

UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO - UNINOVE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

CRISTIAN DAVID GONÇALVES

**(DES)JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: UM DEBATE ATUAL E NECESSÁRIO, COM
ÊNFASE NO ÂMBITO MUNICIPAL**

SÃO PAULO

2020

CRISTIAN DAVID GONÇALVES

**(DES)JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: UM DEBATE ATUAL E NECESSÁRIO, COM
ÊNFASE NO ÂMBITO MUNICIPAL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Nove de Julho - UNINOVE, como requisito parcial para a obtenção do Grau de Mestre em Direito.

Profa. Dra. Luciana de Toledo Temer Lulia.

SÃO PAULO

2020

CRISTIAN DAVID GONÇALVES

**(DES)JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: UM DEBATE ATUAL E NECESSÁRIO, COM
ÊNFASE NO ÂMBITO MUNICIPAL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Nove de Julho - UNINOVE, como requisito parcial para a obtenção do Grau de Mestre em Direito, pela Banca Examinadora, formada por:

São Paulo, 1 de setembro de 2020.

Profa. Dra. Luciana de Toledo Temer Lulia

Prof. Dr. Gabriel Benedito Issaac Chalita

Profa. Dra. Adriana da Costa Ricardo Schier

SÃO PAULO

2020

“Combater enfermidades que não se conhecem bem é desferir às cegas golpes na escuridão. Para saber em que direção nos devemos mover, cumpre ter uma imagem tão exata quanto possível da situação atual. Perseverar no culto de mitos, que a deformam, é condenarmo-nos a procurar a difícil via com os olhos toldados pelo mais espesso nevoeiro. Não será assim que lograremos assegurar um horizonte ensolarado para o futuro da nossa justiça.”
Barbosa Moreira.

Dedico essa obra à minha filha Luisa Roggieri
Gonçalves, à minha família, e a todos que me
incentivaram.

AGRADECIMENTOS

Eis que chega o momento final desse longo caminho chamado “mestrado”, com enormes desafios que foram sendo superados, um a um, mas que contou com a ajuda e colaboração de muitos professores, em especial minha orientadora e sempre professora, Luciana Temer, bem como dos diretores, coordenadores, funcionários, de todo o time da Uninove, a quem tenho muito a agradecer.

Agradeço a toda minha família, amigos e a todos que tanto me incentivaram e fortaleceram nessa caminhada, além dos muitos amigos novos que fiz e reencontrei no mestrado.

Um agradecimento especial à Profa. Adriana da Costa Ricardo Schier, minha maior incentivadora e, também, sempre orientadora de estudos e pesquisas; grande referência e a quem tive a honra de convidar e poder contar com sua valorosa presença na banca de defesa.

Aos professores que me marcaram especialmente durante todo esse trajeto, tornando-se referências de profissional, acadêmico, professor e pessoa, não podendo deixar de fazer esse agradecimento especial à André Lemos, Gabriel Chalita e Guilherme de Campos.

Agradeço também à Uninove, excelente instituição e incentivadora de pesquisas, por tudo, nas pessoas dos magníficos reitor e pró-reitora acadêmica.

O mestrado sempre foi um sonho, que me permitiu aprofundar um tema que muito me incomodava e pensar em possíveis soluções. Além disso, me permitirá realizar um outro sonho – de lecionar, e poder, assim, colaborar com a formação de muitos que cruzarem meu caminho, o que me amplia o sentimento de gratidão.

Obrigado a Deus, acima de tudo, por mais essa oportunidade, que mais essa ferramenta alcançada seja instrumento do bem!

Muito obrigado!

RESUMO

O Direito Fundamental Social à Saúde encontra guarida constitucional de relevância, merecendo a devida atenção e realização, com uma melhor implementação de políticas públicas nessa área. O elevado déficit prestacional associado a outras conjunturas, em especial em âmbito municipal, porta de entrada do SUS, tem potencializado o instrumento de judicialização, ativismo judicial e politização da justiça, com preocupante protagonismo do Judiciário brasileiro, fazendo surgir desdobramentos e reflexos preocupantes que merecem reflexão.

Dessa forma, necessário se faz repensar e refletir sobre soluções possíveis, buscando-se a (des)judicialização para uma melhor implementação de políticas públicas na área de saúde, de forma igualitária/isonômica, eficiente e justa, com a utilização de um melhor diálogo interinstitucional, além da utilização de mecanismos consensuais, a exemplo de algumas práticas, ainda embrionárias, mas com resultados positivos em âmbito municipal, que ilustram a presente pesquisa.

Palavras-chave: Direito Fundamental Social à Saúde. SUS. Municipalização da Saúde. Judicialização. Ativismo Judicial. Isonomia. Eficiência. Justiça Social. Políticas Públicas. Diálogos Interinstitucionais. Mecanismos Consensuais de Resolução de Conflito na Administração Pública.

ABSTRACT

The Fundamental Social Right to Health finds relevant constitutional shelter, deserving due attention and realization, with a better implementation of public policies in this area. The high service deficit associated with other situations, especially at the municipal level, the gateway to the SUS, has strengthened the instrument of judicialization, judicial activism and the politicization of justice, with worrying protagonism of the Brazilian judiciary, causing developments and worrying reflexes, which deserve reflection.

Thus, it is necessary to rethink and reflect on possible solutions, seeking (de) judicialization for a better implementation of public policies in the health area, in an egalitarian / isonomic, efficient and fair manner, with the use of a better dialogue. interinstitutional and the use of consensual mechanisms, like some practices, still embryonic but with positive results at the municipal level, which illustrate the present research.

Keywords: Fundamental Social Right to Health. SUS. Municipalization of Health. Judicialization. Judicial Activism. Isonomy. Efficiency. Social justice. Public policy. Interinstitutional dialogues. Consensual Conflict Resolution Mechanisms in Public Administration.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE	15
1.1 DO CONTEXTO HISTÓRICO E DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE	15
1.2 ALGUNS SISTEMAS PÚBLICOS INTERNACIONAIS DE SAÚDE	43
1.2.1. Canadá	43
1.2.2. Inglaterra	45
1.2.3. França	46
1.3. DO SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE BRASILEIRO – SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)	48
1.3.1. O SUS e o seu funcionamento	48
1.3.2. O SUS e o seu financiamento	56
1.3.3. Distribuição de competências, solidariedade e a questão da municipalidade	61
2. DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE	69
2.1 - DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO, DO ATIVISMO JUDICIAL E QUESTÕES RELEVANTES	69
2.2. DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE, HISTÓRICO E IMPLICAÇÕES NO CAMPO SOCIAL E DO DIREITO	90
2.3. ALGUNS DADOS COMPLEMENTARES DE JUDICIALIZAÇÃO	116
3. DA DESJUDICIALIZAÇÃO E MELHOR REALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	121
3.1. DAS POLÍTICAS PÚBLICAS, DOS DIVERSOS ATORES ENVOLVIDOS E DA PRIMAZIA DO PODER EXECUTIVO – SAÚDE BASEADA EM EVIDÊNCIA	121
3.2. DO PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO, DIÁLOGOS INTERINSTITUCIONAIS E MÉTODOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA	134
3.3 ALGUMAS EXPERIÊNCIAS E INICIATIVAS MUNICIPAIS DE SUCESSO	143
3.3.1. Lages/SC	143
3.3.2. Imperatriz/MA e Guarulhos/SP	144
3.3.3. Araguaína/TO	147
CONCLUSÃO	150
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	151

INTRODUÇÃO

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), preâmbulo da sua Constituição (1946), a saúde deve ser concebida como um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.

Por tamanha abrangência e importância, corolário do próprio direito à vida, a saúde ao longo do tempo foi ganhando relevância, reconhecimento e proteção jurídica, obtendo seu devido reconhecimento de fundamentalidade com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

A Constituição Cidadã, além de estabelecer um amplo catálogo de direitos sociais, principalmente no art. 6, estendeu a eles, portanto, o regime dos direitos fundamentais, concretizando o marco da justiça social.

Com efeito, uma vez reconhecida a sua fundamentalidade, sua realização tornou-se imperativa, em especial com a previsão constitucional expressa de aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, à luz do disposto no § 1º do art. 5º da CF/88.

Fato é que, desde que inaugurado o Estado Social, no início do século XX, o Estado passou a ostentar o dever de garantidor da prestação dos serviços sociais, como, por exemplo, o de saúde.

Nesse momento de maturidade institucional brasileira, com a ideia que se consolidou de uma efetividade da Constituição, dotando-se as normas constitucionais de força jurídica, passa-se a reconhecer a Carta Magna como uma lente através da qual devem ser lidas e interpretadas todas as normas infraconstitucionais, abrindo caminho para a constitucionalização do direito.

Percebe-se, portanto, que há uma evolução do Estado Liberal, em que prevalecia a vontade legislativa e a aplicabilidade da literalidade das leis, para um Estado Social e Democrático de Direito, em que se têm uma “Constituição Cidadã” impregnada de normas cogentes de valores e garantias sociais fundamentais que devem ser concretizadas.

Passa-se a discutir, então, não mais a declaração dos direitos, mas sua efetivação, através de uma política pública de saúde bem-elaborada, implementada e executada, de forma universal, igualitária, justa e eficiente.

Nessa toada, a atual Constituição previu a existência de um Sistema Único de Saúde, porém de caráter descentralizado, de forma que é composto por todos os entes federativos, com direção autônoma e única entre cada um deles, à luz de uma competência concorrente e solidária, para uma universal, justa, igualitária e efetiva prestação de serviços públicos de saúde.

Entretanto, em seu viés prestacional, o direito à saúde encontra dificuldades de implementação e efetivação, uma vez que envolve relevantes custos que demandam uma boa e assertiva alocação de recursos públicos.

Os custos elevadíssimos para uma efetiva prestação de saúde demandam, cada dia mais, o enfrentamento das limitações orçamentárias e financeiras frente ao crescente aumento da demanda em saúde, representando um grande desafio aos gestores públicos, em especial aos municipais, que sofrem com elevada demanda, por serem a porta de entrada do sistema de saúde e da proximidade do cidadão.

Num cenário pandêmico, como o vivenciado atualmente, a situação ainda se agrava, surgindo a necessidade de se repensar todo um modelo falido de financiamento, que se revela incapaz de fazer frente à demanda. Não por outra razão, foram adotadas medidas financeiras e econômicas, inclusive pacote de ajuda aos estados e municípios pela União, para fazer frente à necessidade e insuficiência financeira enfrentada, vez que a saúde quando cotejada com outros direitos deve sempre ser priorizada como corolário do direito à vida.

Não obstante, ainda que num cenário normal, apesar de haver essa promessa constitucional de uma prestação efetiva dos direitos sociais fundamentais por parte do Estado, o déficit prestacional em matéria de saúde face aos limitados recursos estatais é visível e refletido na judicialização, mecanismo que tem sido buscado pelo cidadão, de forma crescente, o que pode trazer enormes distorções, prejuízos e consequências.

No campo das escolhas públicas, adstritas ao poder do Estado, está-se diante de uma decisão política, que demandará um conjunto de atos necessários para

implementação do direito à saúde. As escolhas dos poderes políticos majoritários, legitimamente eleitos, nem sempre atenderão em sua plenitude a todos.

Não obstante, quando se identifica uma falha no processo decisório, implicando negação de um direito fundamental, seja por ação ou omissão estatal, emerge também a missão institucional, dentro dos limites constitucionais, legitimando o Judiciário a intervir, devidamente provocado para tal, no que se tem denominado “judicialização da política”.

Os direitos fundamentais sociais constitucionalizados, portanto, passaram a orientar toda interpretação e se fazer exigíveis, à luz de sua força normativa, de tal forma que a tutela jurisdicional de tais direitos se tornou pressuposto da realização da democracia e do Estado Democrático de Direito, uma vez que categorizam-se como direitos umbilicalmente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que fixam patamares intransponíveis, sem os quais haveria a supressão deste valor intrínseco do ser humano.

Entretanto, referida intervenção judicial em matéria de políticas públicas, ainda que admitida em caráter excepcional, nos limites constitucionais e na busca da realização dos direitos fundamentais sociais, tem gerado implicações, distorções e reflexões, o que remete ao estudo desta (judicialização) no campo da saúde pública.

Assim, o fenômeno da judicialização em sua perspectiva histórica, e considerando o seu atual desenvolvimento, pode representar um óbice ao planejamento dos gestores públicos em garantir o acesso à saúde básica ao cidadão, uma vez que, através das ações judiciais, o requerente alcança e prejudica todo um planejamento público - financeiro e organizacional, podendo prejudicar os seus pares no recebimento da prestação do serviço.

Isso porque, não raras vezes, as decisões judiciais deixam de considerar seus efeitos extraprocessuais, implicando realocação forçada e não planejada de recursos públicos destinados à saúde, revelando que os juízes, em boa parte, não percebem a dimensão de suas decisões, entre outras questões.

Nesse cenário, portanto, de ineficiência estatal, necessidade de aplicabilidade imediata e efetiva dos direitos fundamentais sociais, além da escassez de recursos, exsurtem questionamentos acerca dos limites de atuação do Poder Judiciário, em especial quando se determina a implementação de políticas públicas, demandando,

inclusive, o estudo do denominado “ativismo judicial”, com seus preocupantes reflexos.

Assim, considerando essa problemática do aumento substancial da judicialização da saúde e de ativismo judicial, e não deixando de observar, também, o congelamento de gastos públicos com saúde que se deu em meados de 2017, o cenário tende a agravar, com inúmeras implicações, caso não sejam realizadas reformas ou alterações de perspectiva para a solução dessa questão.

Daí a importância de se começar a repensar uma forma de desjudicializar o processo de realização dos direitos fundamentais sociais, mais especificamente o da saúde, tema central da presente pesquisa, e, assim, garantir que tal fruição alcance de forma universal, justa, igualitária e efetiva toda a população, como idealizado pelo constituinte.

Propõe-se, assim, com a presente pesquisa, no primeiro capítulo, analisar o direito à saúde, sob a ótica de seu contexto histórico, sua constitucionalização e necessária concretização, passando-se pela breve e descritiva análise de alguns sistemas públicos internacionais de saúde, em um recorte para breves comparações, uma vez que os sistemas abordados observam e seguem as diretrizes traçadas pela Organização para Cooperação do Desenvolvimento Econômico (OCDE) e pela Organização Mundial da Saúde (OMS), para, em seguida, analisar o sistema público de saúde brasileiro, ou “Sistema Único de Saúde - SUS”, seu funcionamento, financiamento e competências, com um especial enfoque sobre a realidade municipal como recorte metodológico.

No segundo capítulo, partindo-se das premissas então desenvolvidas, analisar-se-á a intervenção judicial (judicialização) em matéria de política pública, em especial na área de saúde, com seus reflexos e distorções, no campo social e do direito, além de um olhar sobre o ativismo e a politização da justiça, que tem conferido ao Judiciário preocupante protagonismo, em detrimento dos demais poderes, trazendo alguns dados estatísticos preocupantes e expressivos, que demonstram uma realidade que precisa ser repensada, com vias à produção de respostas mais universais, justas, igualitárias e efetivas para o cidadão em matéria de saúde.

Por fim, no terceiro capítulo, como tese central da pesquisa, lança-se um olhar mais atento sobre as políticas públicas de saúde, sua formulação e implementação,

estudando os atores envolvidos nesse processo, em especial a primazia do Poder Executivo, por atribuição constitucional que lhe estabelece a função típica para tal, além de analisar os necessários arranjos institucionais, numa coalizão e aproximação com melhor diálogo interinstitucional entre os atores e da utilização dos métodos consensuais de resolução administrativa, como caminho para a desjudicialização da saúde, uma melhor implementação de políticas públicas e, conseqüentemente, realização do direito fundamental social à saúde.

Pretende-se, assim, evidenciar que essa lógica da primazia do Poder Executivo, dos arranjos institucionais, à luz do presidencialismo de coalizão que fomenta negociações e diálogos interinstitucionais e entre os atores envolvidos de forma consensual, revela-se um importante instrumento de ação com vias a desjudicializar a questão de saúde, numa melhor implementação de políticas públicas e conseqüente realização do direito fundamental social à saúde, tal como idealizado na “Constituição Cidadã”, trazendo-se, ao final, algumas experiências e iniciativas municipais, dado o recorte metodológico para ilustração do proposto.

Desta forma, pretende-se analisar sob a ótica da justiça e da eficiência a questão da judicialização e efetivação do direito fundamental social à saúde.

O método a ser utilizado será o dedutivo, partindo-se de premissas gerais para chegar a uma conclusão específica e cientificamente válida sobre as questões enfrentadas durante o desenvolvimento do trabalho.

A pesquisa será do tipo exploratória e de revisão conceitual, a partir de fontes bibliográficas estabelecidas em torno dos assuntos, livros e artigos científicos, servindo-se, também, da pesquisa documental, pela análise da legislação e da jurisprudência, a fim de atingir os objetivos propostos.

Servirão de referenciais teóricos para a pesquisa as obras pertinentes ao tema proposto, decisões judiciais e demais fontes de informação oficiais.

Essa dissertação está inserida na Linha de Pesquisa 1.

1. DO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE

1.1 DO CONTEXTO HISTÓRICO E DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Inicialmente, é mister anotar que a historicidade e o surgimento das questões envolvendo o direito à saúde foram debatidas durante muitos séculos em diversas localidades do globo. Sendo assim, será trabalhado em um tópico específico para entendimento o surgimento do debate no mundo e a sua contemporaneidade na atualidade.

Assim, para que se possa partir para o presente introito, passa-se à análise da questão de uma perspectiva brasileira, inicialmente.

Sabidamente, a história brasileira como nação, em seu início, muito se confundiu com a nação portuguesa, uma vez que era apenas uma colônia de exploração e não tinha grande relevância política ou social para a Coroa portuguesa.¹

Durante o período colonial, praticamente não havia uma preocupação a respeito da saúde pública – inclusive, essa questão também não era muito debatida no exterior. A diminuta estrutura que foi implantada por Portugal era praticamente voltada ao pagamento de tributos para a Coroa, sendo que o resto da estrutura foi se formando a partir de investimentos privados, assim compreendidas as fazendas, estradas, vilas, igrejas e praças, para fins privados; não havia uma estrutura administrativa estatal voltada aos interesses gerais dos colonos.²

¹ SANTOS, Ricart César Coelho dos. **Financiamento da saúde pública no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016, p. 69.

² SCHIER, Paulo Ricardo. **Presidencialismo de coalizão: Contexto, formação e elementos na democracia brasileira**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 48-49. Sobre a organização e funcionamento de estrutura administrativa no Brasil colônia, o autor sugere consultar: ALBUQUERQUE, Luis de (Dir.). **Dicionário de historiados descobrimentos portugueses**. Lisboa: Caminho, 1994; ALBUQUERQUE, Luis de (Coord.). **Portugal no mundo**. Lisboa: Alfa, 1989; ARAUJO, Carlos; CLANDEIGNE, Michel (Dirs.). **Lisboa e os descobrimentos, 1415-1580: a invenção do mundo pelos navegadores portugueses**. Lisboa: Terramar, 1990; ARRUDA, José Jobson de Andrade. **O Brasil no comércio colonial**. São Paulo: Ática, 1980; BOXER, Charles Ralph. **O império marítimo português**. Tradução do Inglês de Inês Silva Duarte. Lisboa: Edições 70, 1969; CARRERA, António. **As companhias pombalinas: de Grão-Pará e Maranhão e Pernambuco e Paraíba**. Lisboa: Presença, 1982; FREITAS, Gustavo. **A companhia geral do comércio do Brasil (1649-1720)**. São Paulo: Coleção da Revista de História, 1951; LAPA, José Roberto do Amaral. **O sistema colonial**. São Paulo: Ática, 1994; NOVAIS, Fernando. **Portugal e Brasil na crise do antigo sistema colonial (1777-1808)**. 6ª ed. São Paulo: Hucitec, 1995.

Assim, considerando a perspectiva brasileira, somente podemos falar entre uma relação direta da saúde e a sociedade em meados do século XVIII.³

Não obstante, considerando as transformações políticas que ocorreram durante o século XIX, o país foi atingido, também, por uma revolução na medicina. É notório que a vinda da família real portuguesa, em 1808, trouxe diversas transformações para a administração pública da colônia.

Ora, diferente não seria, eis que o governo central português se encontrava em solo brasileiro.

Invariavelmente, as atenções dadas pela administração portuguesa ao território brasileiro cresceram em uma velocidade que beirava o absurdo. Com tais melhorias sendo implementadas paulatinamente, podemos verificar que houve também o implemento de um sistema que visava uma melhoria sanitária geral da antiga colônia e, conseqüentemente, uma melhoria no quesito saúde pública – de forma que foram fundadas, inclusive, as academias médico-cirúrgicas.⁴

Ultrapassando esse período de influência portuguesa na administração pátria, ou seja, a partir da independência do Brasil, as questões concernentes à saúde cresceram exponencialmente.

Já durante a primeira república, ganhou extrema força e relevância um movimento de reforma sanitária, criado e integrado por jovens médicos, que, a partir de uma grande revolução histórica – dada a quase inexistente preocupação dos anos anteriores -, conseguiram criar o Departamento Nacional de Saúde Pública (DNSP), em 1920⁵.

Marco esse fundamental, inclusive, para as análises que serão abordadas ao longo do presente trabalho, uma vez que a criação de tal departamento deu azo a uma sistematização verticalizada e concentrada nas mãos do poder central, sistema esse que também é aplicado na atualidade com o Sistema Único de Saúde (SUS).

³ SANTOS, Ricart César Coelho dos. **Financiamento da saúde pública no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016, p. 69.

⁴ *Ibid.*

⁵ O Departamento Nacional de Saúde Pública (DNSP) foi criado pelo Decreto nº 3.987, de 2 de janeiro de 1920.

Avançando a perspectiva histórica para a Era Vargas, em meados de 1930, o governo central atuou fortemente na área ligada às questões de natureza social, incluindo a previdência social e a saúde pública.⁶

Nesse período houve a criação da pasta ministerial relacionada à saúde - uma inovação histórica do governo Vargas. Assim, em meados da década de 30, foi criado o Ministério da Educação e da Saúde Pública, o chamado “MESP”⁷.

É mister ressaltar que, neste período, o sistema de saúde alcançou um sistema *dual*, ou seja, possuíamos um sistema de saúde pública direcionado para aqueles que possuíam um emprego formal às vistas da legislação trabalhista pátria, e outro direcionado para aqueles indivíduos que não ingressavam no mercado de trabalho (trabalhadores informais, desempregados e pobres), os quais eram atendidos pelo MESP.⁸

Uma vez findada a Era Vargas, foi criado o Ministério da Saúde em 1953⁹.

Posteriormente, no auge da Ditadura Militar, algumas reformas nos setores de saúde pública foram realizadas notadamente na concentração da prestação dos serviços de saúde pelos institutos previdenciários¹⁰ e no aumento da prestação dos serviços em caráter particular, mas com incentivo público.¹¹

Segundo Ricart SANTOS, em sua pesquisa, esse sistema, então, existente com *“ênfase na medicina curativa levou a que os resultados alcançados fossem insatisfatórios, sobretudo em relação às epidemias, pandemias e alguns indicadores, como, por exemplo, a mortalidade infantil”*.¹²

⁶ SANTOS, Ricart César Coelho dos. **Financiamento da saúde pública no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016, p. 69.

⁷ Criado por meio do Decreto Federal nº 19.402, de 14 de novembro de 1930.

⁸ SANTOS, *op. cit.*, p. 70.

⁹ O Ministério da Saúde só veio a ser instituído no dia 25 de julho de 1953, com a Lei nº 1.920, que desdobrou o então Ministério da Educação e Saúde em dois ministérios: Saúde e Educação e Cultura. A partir da sua criação, o ministério passou a encarregar-se, especificamente, das atividades até então de responsabilidade do Departamento Nacional de Saúde (DNS).

¹⁰ BATICH, Mariana. São Paulo Perspec. vol. 18, nº 3. São Paulo, july/sept., 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000300004. Acesso em: 24/03/2020. Nesse ponto, importante observar a unificação dos IAPs (Institutos de Aposentadoria e Pensões) no Instituto Nacional de Previdência Social, através do Decreto-Lei nº 72, de 21 de novembro de 1966, consolidando-se em um único sistema previdenciário, e deixando definitivamente de existir diferenças entre os segurados do setor privado da economia quanto à instituição previdenciária que os assistia.

¹¹ SANTOS, *op. cit.*, p. 70.

¹² *Ibid.*, p. 70.

Aproximando-se do período de redemocratização do país, aumentaram-se as manifestações no sentido de uma necessidade de reforma sanitária. Findada a ditadura, os membros integrantes do movimento sanitarista passaram a ocupar posições de destaque na saúde pública, de forma que a 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986, foi um importante marco histórico para o movimento da democratização da saúde pública, que permitiu o lançamento dos princípios da reforma sanitária.¹³

Anteriormente ainda à promulgação da atual Constituição fora criado pelo governo federal o chamado Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS), no ano de 1987. Os princípios básicos desse sistema eram a universalização, a equidade, a descentralização, a regionalização, a hierarquização e a participação comunitária, tendo alguns desses princípios sido incorporados ao próprio SUS, como será abordado mais à frente.

Considerando esse panorama histórico, faz-se necessário, neste momento, adentrar à perspectiva constitucional do direito à saúde no Brasil.

O momento em que se deu a estruturação da constituinte pode ser considerado como um momento *sui generis* em relação à história pátria, uma vez que se caracterizou a partir de uma participação popular.

Os temas constitucionais que foram intensamente debatidos, e os direitos humanos, sem dúvida os temas de maior apelo popular, considerando a redemocratização, foram objeto de incessantes discussões.

O povo brasileiro não perderia a oportunidade de fazer concretizar a sua implementação na Constituição de 1988, em especial o direito fundamental social à saúde. O respeito e reconhecimento do direito à saúde como um direito fundamental dependia demasiadamente do contexto histórico e econômico da população¹⁴ de determinada região.¹⁵

Nesse sentido, considerando que o acesso à saúde era uma questão relativamente adormecida no direito brasileiro, a sociedade brasileira, especialmente

¹³ DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário - Journal of Health Law**. São Paulo, v. 9, nº 3, p. 9-34; nov./fev., 2009, p. 11.

¹⁴ Quando se refere à população, entenda-se àquela camada mais pobre e com pouco acesso ao mercado. Ou seja, aqueles que estão à margem do mercado consumidor.

¹⁵ DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista de Saúde Pública**. São Paulo, 1988.

na década de 1980, adquiriu a consciência da necessidade de implementação de políticas públicas voltadas ao amparo à saúde, tanto preventiva quanto ostensivamente.¹⁶

Observa-se que houve uma movimentação crescente que deu respaldo a tais reivindicações, iniciando-se, principalmente, quando da assinatura pelo Brasil da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas (ONU)¹⁷, de forma que, por meio do seu art. 25, estatuiu o acesso à saúde como uma das condições necessárias à vida digna, reconhecendo o direito humano fundamental à saúde.¹⁸

Podemos observar, também, que a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 reconhece, ainda que indiretamente, a saúde como um direito, mesmo que decorrente do direito assegurado ao indivíduo e sua família a um nível adequado de vida¹⁹.

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), preâmbulo da sua Constituição (1946), a saúde deve ser concebida como: *"a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity"*²⁰.

Importante, segundo Sueli DALLARI, era compreender a angústia dos sanitaristas com tão vasto objeto de trabalho, assim considerado a *"busca constante do completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças"*; e que qualquer redução na definição desse objeto o deformaria irremediavelmente.²¹

¹⁶ DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista de Saúde Pública**. São Paulo, 1988.

¹⁷ Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas (ONU). Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 15/1/2020.

¹⁸ DALLARI, *op. cit.*

¹⁹ Nesse sentido, verificamos o art. 25 - (1) *"Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control."* Art. 25 - (1) *"Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade."* Organização das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.un.org/en/documents/udhr/>. Acesso em: 10/3/2020.

²⁰ Traduzindo: um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS). Disponível em: http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf. Acesso em: 10/3/2020.

²¹ DALLARI, *op. cit.*

Assim, houve também uma pressão dos profissionais ligados à saúde, que exigiram do governo brasileiro a proteção, promoção e recuperação da saúde a um status de direito fundamental²².

Destaca-se que, durante a Assembleia Nacional Constituinte, acerca da temática da saúde pública, muitas propostas/emendas foram apresentadas, sendo que o texto aprovado foi fruto praticamente do acolhimento da emenda popular apresentada pelos sanitaristas da época.²³

E foi, portanto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que se inaugurou um novo momento político e jurídico no Brasil²⁴, conhecida como a “*Constituição Cidadã*”²⁵; inovou a ordem jurídica e elevou, adicionalmente, no que diz respeito ao status trazido à saúde pública. Com efeito, o art. 6º do referido texto legal consagrou a saúde como direito social fundamental, *in verbis*:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010).

José Afonso DA SILVA comenta em sua obra ter recebido com certo grau de espanto o fato de a saúde somente ter sido considerada como um bem extremamente relevante à vida humana e, portanto, um direito fundamental, em 1988.²⁶

A Constituição Cidadã, além de estabelecer um amplo catálogo de direitos sociais, principalmente no art. 6º, estendeu a eles o regime dos direitos fundamentais²⁷, concretizando o marco da justiça social.²⁸

Por oportuno, acerca da justiça, com viés social, segundo John RAWLS, “a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas

²² DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista de Saúde Pública**. São Paulo, 1988.

²³ *Id.*, A construção do direito à saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário - Journal of Health Law**. São Paulo. v. 9, nº 3, p. 9-34. nov.-fev., 2009, p. 11.

²⁴ SCHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: RT 2014. v. 1, p. 87-102.

²⁵ A expressão “*Constituição Cidadã*” foi utilizada pelo deputado federal Ulysses Guimarães - Presidente da Assembleia Nacional Constituinte - no discurso de promulgação da Constituição da República de 1988, tendo tal termo se popularizado.

²⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 308.

²⁷ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço público**: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social. Curitiba: Íthala, 2016, p. 160.

²⁸ SCHIER, Paulo Ricardo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. v. 6, p. 251, 2009.

de pensamento. (...) É a estrutura básica da sociedade, ou mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social.”²⁹

Fato é que, desde que inaugurado o Estado Social, no início do século XX, o Estado passou a ostentar o dever de garantidor da prestação dos serviços sociais, como, por exemplo, os da saúde, assistência social, entre outros, todos elencados e escolhidos pela sociedade como imprescindíveis ao desenvolvimento social³⁰.

Os direitos sociais enquadram-se na categoria dos direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão, o que, na lição de Paulo Bonavides³¹ “*são os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social.*”

Nas lições de Ingo Wolfgang SARLET, os direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão, como corolário do princípio de justiça social, correspondem às reivindicações das classes menos favorecidas, em especial da classe operária, para fins de compensação, já que evidenciava a grande desigualdade que permeava as relações com a classe empregadora, que detinha o maior poder econômico.³²

Segundo Adriana SCHIER e Léa BEREJUK³³:

(...) os direitos sociais, surgidos como resposta à necessidade de impor ao Estado ações voltadas a promover o bem-estar dos cidadãos, são a pedra de toque para o desenvolvimento das políticas públicas voltadas às necessidades do cidadão. Decorrendo de vários momentos históricos, a sua evolução acentuou-se a partir da Segunda Guerra Mundial, após os horrores vivenciados naquele período, quando se passou a pensar na dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos do homem, princípio incorporado por todos os países que possuem uma Constituição.

²⁹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 5.

³⁰ Cf. Sabino, da mesma forma se coloca a Constituição da República Federativa do Brasil. O legislador constituinte originário, seguindo a tendência mundial dos Estados modernos, resolveu adotar o modelo *social* de Estado. A Carta de 88 não apenas assim agiu, mas fez mais: definiu, em seu bojo, algumas das ações que deveria tomar o Estado no trato dos direitos sociais, descendo, muitas vezes, a minúcias, como sucede no caso da saúde e da educação, p. 355. (COSTA SABINO, Marco Antonio da. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde. *In: O controle jurisdicional de políticas públicas*. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe (Coords.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013).

³¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 518.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10ª ed. Porto Alegre, 2011.

³³ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; BEREJUK, Léa Maria Massignan. O Direito Fundamental Social à Saúde e a Administração Pública. **Revista Em Tempo - Marília**, v. 16, 2016.

Adentrando ao estudo dos direitos fundamentais, numa perspectiva mais genérica ainda, segundo ALEXY, estes seriam princípios de otimização, determinantes de seu conteúdo em seu maior grau possível, à luz das potencialidades fáticas e jurídicas.³⁴

No Brasil, podemos destacar como referência Ingo Wolfgang SARLET, que define direito fundamental como:

Posições jurídicas concernentes a pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, agregando-se à Constituição material, tendo ou não, assento na Constituição formal (aqui a abertura material do catálogo).³⁵

Como visto, são direitos constitucionais diferenciados e que demandam maior proteção, formando a espinha dorsal do Estado Democrático de Direito.³⁶

Conforme destaca Luiz Alberto David ARAÚJO, os direitos fundamentais constituem direitos de defesa do indivíduo perante o Estado, direitos políticos e relativos à nacionalidade, bem como os direitos sociais. Para o autor, são direitos de categoria jurídica peculiar voltados à proteção da dignidade humana em todas as suas dimensões, ou seja, na proteção da liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais) e na sua preservação.³⁷

Os direitos fundamentais sociais guardam íntima relação com a dignidade da pessoa humana. Como aduz José Afonso DA SILVA “no qualificativo ‘fundamentais’ acha-se a indicação de que se tratam de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais

³⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 117.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª ed. Porto Alegre, 2011, p. 77. Cf. autor, a abertura material do catálogo seria decorrente do disposto no art. 5º § 2º, da CF/88, que permite entender a Constituição como uma moldura que admite a aquisição de novos direitos fundamentais, p. 83.

³⁶ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Serviço público: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social*. Curitiba: Íthala, 2016, p. 182.

³⁷ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 77-80.

do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados”.³⁸

Conforme Ingo Wolfgang SARLET, “verifica-se, desde já, a íntima vinculação dos direitos fundamentais sociais com a concepção de Estado consagrada pela nossa Constituição, sem olvidar que tanto o princípio do Estado Social quanto os direitos fundamentais sociais integram os elementos essenciais, isto é, a identidade de nossa Constituição”, incluído no rol das cláusula pétreas (art. 60, § 4º, inciso IV, da CF).³⁹

Os direitos fundamentais sociais traduzem os valores fundamentais da república,⁴⁰ a tradução daqueles valores que a sociedade reconhece por mais caros, por se encontrarem no núcleo principal dos anseios da sociedade, voltada à sua proteção e garantia das condições de existência.⁴¹

Para Adriana SCHIER, a Constituição da República de 1988 apresenta um extenso rol de direitos sociais, conferindo a eles o regime jurídico de direitos fundamentais, observando que o ideal de justiça social estaria estampado nos direitos fundamentais sociais.⁴²

Categorizam-se como direitos umbilicalmente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que fixam patamares intransponíveis, sem os quais haveria a supressão deste valor intrínseco do ser humano.⁴³

Há de se observar, contudo, que pode haver colisão entre direitos fundamentais, eis que se limitam entre si, pois na ocorrência de mais de um direito fundamental tem-se defendido a utilização da ponderação como técnica de

³⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 182.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático - E Agora? Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008, p. 163- 206. (rev. e atual.). Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PE_TROPOLIS_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 21/4/2020.

⁴⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Crítica Jurídica**. Curitiba, nº 22. jul./dez., 2003, p. 23.

⁴¹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime Jurídico do Serviço Público: Garantia Fundamental do Cidadão e Proibição do Retrocesso Social**. Curitiba: Íthala, 2016, p. 126-127.

⁴² *Ibid.*, p. 183.

⁴³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação do cidadão nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulamentação na experiência brasileira. **Revista Interesse Público**. Porto Alegre, nº 16, 2002, p. 14. CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Crítica Jurídica**. Curitiba, nº 22. jul./dez., 2003, p.14.

interpretação, justamente porque não é possível hierarquizá-los em abstrato, dada a sua fundamentalidade.⁴⁴

Conforme já decidiu o STF, “juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos”.⁴⁵

Conforme será visto à frente, valendo esse pequeno destaque para melhor compreensão do tema, o neoconstitucionalismo eclodiu num ambiente pós-positivista, retratando uma verdadeira ruptura de paradigmas com abertura de novas perspectivas de concepção, de tal forma a buscar a realização dos direitos fundamentais à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, defende BARROSO e BARCELLOS que os princípios demandam no neoconstitucionalismo, à luz da interpretação constitucional, mais ponderação do que subsunção.⁴⁶

Sobre a ponderação, defende ALEXY:

*Uno de los principios tiene que ceder ante el outro. Pero, esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una clausula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro.*⁴⁷

A posição de ALEXY fica ainda mais clara na tradução de Virgílio Afonso da Silva: “Considerando os argumentos contrários e favoráveis aos direitos fundamentais sociais, fica claro que ambos os lados dispõem de argumentos de peso. A solução consiste num modelo que leve em consideração tanto os argumentos a favor quanto os argumentos contrários.

(...) De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios.⁴⁸

⁴⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 240, 83-103, abr./jun., 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>. Acesso em: 18/4/2020.

⁴⁵ STF. **STA nº 175-Agr/CE**, Rel. Min. Gilmar Mendes, 17/3/2010.

⁴⁶ BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios do direito brasileiro. **Revista da EMERJ**. v. 6, nº 23, 2003. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23.pdf. Acesso em: 18/4/2020.

⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 89.

⁴⁸ *Id.* **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 511-512.

Para o autor, a ponderação demanda uma verificação de qual dos interesses envolvidos, com mesmo status constitucional, possui maior peso no caso concreto, uma questão de sopesamento.

Segundo Suzanna POZZOLO, observado o reconhecimento de princípios conflitantes no ordenamento jurídico, à luz da legalidade estrita *versus* a justiça substancial, a utilização de um novo método interpretativo demanda a utilização de uma técnica de ponderação, com vias a encontrar através da razoabilidade a melhor solução, e, portanto, menos traumática, no caso concreto.⁴⁹

Conforme Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, diante de conceitos indeterminados que tenham que ser aplicados em casos concretos, deve-se utilizar da ponderação de interesses, avaliando a relação custo-benefício, com critérios de interpretação, sem perder de vista a supremacia do interesse público, razoabilidade e proporcionalidade, para se buscar a solução mais adequada.⁵⁰

Na lição de Paulo BONAVIDES, no caso de conflitarem os direitos fundamentais, a solução legítima deve ser buscada considerando os três elementos do princípio da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*.⁵¹

Na adequação, verifica-se se o meio eleito é apto a alcançar o fim visado. Na necessidade, busca-se não exceder os limites indispensáveis à consecução do fim proposto. Elege-se a via menos ofensiva. Finalmente, o último elemento a escolha deve recair nos meios, que, no caso específico, comportem todos os interesses em questão.⁵²

⁴⁹ POZZOLO, Suzanna. *Un constitucionalismo ambiguo*. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 193. Cf., autora: *“el intérprete, en el fondo, deberá elegir entre la estricta legalidade y la justicia sustancial, adoptando la solución menos traumática y más compatible com la realidad (ocasional) y con el sistema jurídico em su conjunto, haciendo así prevalecer un o otro valor contingentemente relevante”*.

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público - sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (coord.). **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antonio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 203-219; p. 217.

⁵¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 396/398.

⁵² *Ibid.*

Contudo, como observa Ingo Wolfgang SARLET, a limitação em seu núcleo essencial⁵³, o que levaria à supressão ou esvaziamento do direito fundamental, sempre será desproporcional.⁵⁴

Nessa linha, a técnica da ponderação demanda a fundamentação das decisões e, segundo Virgílio Afonso DA SILVA, permitindo uma maior controlabilidade dos conteúdos identificados como essenciais à luz do caso concreto, de tal forma que restrições não fundamentadas, ainda que ínfimas, violam seu conteúdo essencial.⁵⁵

Segundo Gilmar Ferreira MENDES, objetiva-se com a proteção do núcleo essencial evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental, se adotadas medidas restritivas descabidas, desmensuradas ou mesmo desproporcionais.⁵⁶

Frisa SARLET que o princípio da dignidade da pessoa humana é elemento e medida dos direitos fundamentais. Disto decorre que os direitos fundamentais são manifestações prévias do constituinte daquilo que entendeu como afeito à dignidade.⁵⁷

Nessa linha, para José Afonso da SILVA, a “*dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.*”⁵⁸

Assim, a Constituição consagrando a dignidade da pessoa humana pressupõe que o homem é sujeito de direitos a serem reconhecidos pelo Estado e pela sociedade, o que deriva simplesmente de sua condição humana.⁵⁹

⁵³ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10ª ed. Porto Alegre, 2011, p. 460, “o núcleo essencial está diretamente relacionado ao mínimo existencial. Retrata um “conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, que necessariamente só poderá ser uma vida saudável, que corresponda a padrões quantitativos mínimos”.

⁵⁴ *Id.*, **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011, p. 100/118. Cf. autor, o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado encontra-se constitucionalmente garantido contra medidas de restrição, limitação etc.

⁵⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 198.

⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos, 1998, p. 35.

⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011, p. 100/118.

⁵⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34ª ed. São Paulo/SP: Malheiros Editores, 2011, p. 105. Cf. autor “a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.”

⁵⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. s.n. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 111. Cf. a autora, “de forma bastante simples é possível afirmar que o conteúdo jurídico da dignidade se relaciona com os chamados direitos fundamentais ou humanos. Isto é, terá respeitada sua dignidade o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados, ainda que a dignidade não se esgote neles”.

Mister ponderar que do princípio da dignidade da pessoa humana pode se extrair duas funções: limite e prestação concomitantemente. Limite, e este é o caráter fixo do princípio, implica na vedação de supressão deste atributo na proibição da inexistência ou alienação deste atributo⁶⁰.

A supressão ou alienação da dignidade do ser humano tornar-se-ia em meio para o uso arbitrário da vontade. Prestação, pois, ao Estado e à comunidade, incumbe o patrocínio de ações, cujo objetivo seja a promoção e proteção da dignidade, dando condições ao indivíduo de exercê-la. Este é o elemento mutável da dignidade da pessoa humana. A dignidade torna-se nesse diapasão como legitimadora do processo de promoção do bem-estar social.⁶¹

Segundo CANOTILHO, como a maioria dos direitos fundamentais, e não seria diferente com o direito à saúde, podemos extrair do texto constitucional duas vertentes distintas acerca da sua aplicação prática. A primeira seria um direito de natureza negativa, ou seja, um direito consistente em exigir que o Estado ou terceiros se abstenham da prática de qualquer ato que atente contra a saúde; já a segunda seria um direito de natureza positiva, ou seja, um direito que se traduz na necessidade de prestação dos entes estatais na prevenção e no tratamento de doenças.⁶²

Nesse viés prestacional acerca dos direitos fundamentais sociais, importante observar, desde já, que “o seu ‘custo’⁶³ assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando, pelo menos para grande parte da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se aloque algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas”.⁶⁴

⁶⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana.** s.n. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 111.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 407-410.

⁶³ Essa questão do custo dos direitos sob o viés prestacional será enfrentada mais a frente, quando da compatibilização da “Reserva do Possível” com o “Mínimo Existencial”.

⁶⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica.** 20 Anos de Constitucionalismo Democrático - E Agora? Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008, p. 163- 206. (rev. e atual.). Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PE_TROPOLIS_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 21/4/2020.

Sobre a efetividade dos direitos fundamentais sociais muito se tem discutido. Registre-se, inicialmente, que segundo o disposto no art. 5º §1º, da Constituição Federal, encontramos a previsão do dever de concretização dos direitos fundamentais, a princípio de forma imediata.⁶⁵

Há uma corrente que defende sua aplicação imediata, independente da eficácia da norma, seja ela plena, contida ou limitada⁶⁶, desconsiderando, inclusive, as normas de índole programática decorrentes desta última (limitada).

Sobre essa questão, observa Gilmar Ferreira MENDES que entender tratar-se de norma meramente programática, incapaz de produzir efeitos, apenas trazendo diretrizes ao poder público, seria o mesmo que negar a força normativa da Constituição.⁶⁷

Arno KELLER, nesse sentido, defende que os “direitos sociais positivados nas constituições constituem-se em obrigações positivas, o que lhes confere a característica da exigibilidade”.⁶⁸

Para Clèmerson CLÈVE, ao referir-se aos direitos fundamentais sociais, asseverou que *“não são, pois, meras normas-programa”,* devendo *“ser compreendidos por uma dogmática constitucional singular, emancipatória, marcada pelo compromisso com a dignidade da pessoa humana e, pois, com a plena efetividade dos comandos constitucionais”*.⁶⁹

Entretanto, há quem defenda, a exemplo de Manoel GONÇALVES, que os direitos fundamentais só teriam aplicação imediata se as normas que os definem forem completas na sua hipótese e no seu dispositivo.⁷⁰

Ainda em sentido contrário, José CRETELLA JUNIOR, que defende:

⁶⁵ “Art. 5º - [...] §1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

⁶⁶ Cf. classificação de SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

⁶⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 686.

⁶⁸ KELLER, Arno. **A exigibilidade dos direitos fundamentais sociais no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007, p. 232.

⁶⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Crítica Jurídica**. Curitiba, nº 22, jul./dez., 2003, p. 19.

⁷⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

Na regra jurídica constitucional que dispõe que todos têm direitos e o Estado tem dever – dever de saúde -, na realidade, todos não têm direito, porque a relação jurídica entre o cidadão-credor e o Estado-devedor não se fundamenta em ‘vinculum iuris’ gerador de obrigações, pelo que falta ao cidadão o direito subjetivo público, oponível ao Estado.⁷¹

Luciana TEMER, por sua vez, ao analisar decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a questão do direito fundamental, em especial à saúde, assevera: “acredito que as corajosas decisões do Judiciário traduzem o que Konrad Hesse chama ‘vontade de Constituição’, ou seja, a busca pela efetividade da Constituição, por meio da plena eficácia de suas normas. No entanto, esta concretização precisa se dar no ritmo das possibilidades materiais reais. Para que essa adequação seja possível é que existem as chamadas normas programáticas.”⁷²

E aproveita a autora a oportunidade para ilustrar a eficácia das normas programáticas por meio de uma analogia a um trilho de trem, da seguinte forma: “o Estado é o trem e a efetividade do direito a estação final. O trem (Estado) não pode sair do trilho (norma programática), sob pena de descarrilhar. No entanto, o tempo que levará para alcançar a estação final (efetividade da norma), dependerá da velocidade possível (capacidade material)”⁷³.

Importante ressaltar, nesse ponto, o que dispõe o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PDESC)⁷⁴, em seu art. 12:

1. Os Estados-Partes do presente pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.

Sobre o referido pacto internacional, dispõe o Decreto Federal nº 591/1992:

Art. 1º O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, apenso por cópia ao presente decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém.

⁷¹ CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro, 1993, v. 8, p. 334.

⁷² LULIA, Luciana Temer de Toledo. **Abrangência do direito à saúde: Fornecimento de medicamentos especiais é dever do Estado?** Fundação Prefeito Faria Lima - CEPAM. Encontro Temático - Financiamento e Gestão de Recursos da Saúde Municipal. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/6409188/direito-social-a-saude-e-fornecimento-de-medicamentos-artigo/7>. Acesso em: 10/2/2020.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ É um tratado multilateral adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, e em vigor desde 3 de janeiro de 1976.

Observado o disposto no pacto, teríamos uma condição de realização programática e progressiva do direito de saúde à luz do “*mais elevado nível possível de saúde*”.

Certo é que, em se tratando de um direito fundamental social, a sua efetividade deve ser buscada. Nesse sentido, observa Luciana TEMER: “*A saúde foi tratada como um direito social fundamental de todo e qualquer ser humano. Mas, como ensina Norberto Bobbio em sua obra A Era dos Direitos, o momento histórico não é de discutir as declarações dos direitos, mas sim sua efetivação.*”⁷⁵

A efetivação ou concretização do direito à saúde também pode ser observada de uma perspectiva social e individual, a primeira se traduz na universalização do acesso⁷⁶ à saúde e a segunda se consolida a partir da possibilidade de uma prestação individual, colocando-se em pauta as questões relacionadas à judicialização da saúde, uma demanda crescente no Judiciário nos tempos contemporâneos e que será melhor analisada mais adiante.

Mister esclarecer que a questão da saúde e sua proteção jurídica não foi muito bem observada pelos ordenamentos jurídicos em geral, desde a antiguidade, conforme aponta Sueli DALLARI:

É inegável que o homem sempre teve necessidade de abrigo ou de saúde, por exemplo, mas a expressão delas tem variado conforme a consciência individual derivada da organização social historicamente dominante. Assim, a Tábua VI da Lei das XII Tábuas romanas protege expressamente o direito à habitação, ainda nos anos 290 d.C., e a Constituição dos Estados Unidos da América, de 1787, não contém uma só linha sobre o assunto. E o Código de Hamurabi, legislação babilônica de 2.000 anos a.C, preocupa-se com a função social da propriedade da terra, tema que os constituintes franceses sequer abordaram.⁷⁷

No Brasil, diferentemente e ainda que de forma tímida e subsidiária, conforme ressalta a mesma autora, mesmo nas Constituições anteriores a 1988 já era possível identificar a ação do Estado na prestação de serviços de saúde:

A noção contemporânea de saúde pública começa a ganhar maior nitidez de contorno no Estado Liberal burguês do final do século XVIII. A assistência

⁷⁵ LULIA, Luciana Temer de Toledo. **Abrangência do direito à saúde:** fornecimento de medicamentos especiais é dever do Estado? Fundação Prefeito Faria Lima - CEPAM. Encontro Temático - Financiamento e Gestão de Recursos da Saúde Municipal. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/6409188/direito-social-a-saude-e-fornecimento-de-medicamentos-artigo/7>. Acesso em: 10/2/2020.

⁷⁶ A questão da “Universalização” será tratada mais à frente.

⁷⁷ DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista de Saúde Pública**. São Paulo, 1988, p. 1.

pública, envolvendo tanto a assistência social propriamente dita (fornecimento de alimentação e abrigo aos necessitados) como a assistência médica continuou a ser considerada matéria dependente da solidariedade da vizinhança, na qual o Estado deveria se envolver apenas se a ação das comunidades locais fosse insuficiente. Pode-se colocar nessa atuação subsidiária do Estado um primeiro germe do que viria a ser o serviço público de saúde.⁷⁸

Nesse sentido, Adriana SCHIER observa que as constituições brasileiras anteriores à atual trouxeram diversas referências aos serviços públicos.⁷⁹ Entretanto, com exceção à Constituição de 1934 - que versou de forma muito discreta⁸⁰, não havia previsão expressa anterior sobre a saúde no texto constitucional pátrio.

Como visto, a Constituição Federal de 1988, ao inaugurar uma nova ordem jurídica no Brasil, contemplou os anseios sociais por uma proteção significativa e realização efetiva dos direitos fundamentais, reflexo do consagrado princípio da dignidade humana.

⁷⁸ DALLARI, Sueli Gandolfi. Políticas de Estado e Políticas de Governo: o caso da saúde pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 249.

⁷⁹ SCHIER, A. observa que “na Constituição do Império, de 25 de março de 1824, não havia menção à expressão serviço público, ainda que já se fizesse referência à ‘administração do correio’, em seu artigo XXVII. A primeira Constituição da República, de 24 de fevereiro de 1891, embora não tenha citado expressamente o termo, faz referência aos serviços dos correios e telégrafos federais (art. 34, 15º), ao Ensino Superior e ‘demais serviços’ (art. 34, 30º). A Constituição de 1934 atribui um elenco maior de atividades prestacionais ao poder público. Menciona, assim, no art. 5º, dentre as competências privativas da União, a manutenção do serviço de correios (VII); a exploração direta ou mediante concessão dos serviços de telégrafos, radiocomunicação e navegação aérea, inclusive as instalações de pouso, bem como as vias férreas que liguem diretamente portos marítimos a fronteiras nacionais, ou transponham os limites de um Estado (VIII). Os serviços públicos traduzem-se, também, como instrumentos de política pública voltados à garantia dos direitos sociais. Vejam-se, assim, as prescrições dos arts. 121 § 3º (serviços de amparo à maternidade e à infância); 138 (assegurar amparo aos desvalidos); art. 5º, XIV (direito à educação); art. 10, II (direito à saúde); por exemplo. A Constituição de 1937 repete, no art. 15, VI e VII, as competências da União para a prestação dos serviços, nos moldes da Carta de 34. Assegura, ainda, no citado artigo, no inc. IX, a prestação do serviço de educação. A Constituição de 1946 conserva as competências em relação aos serviços de correio (art. 5º, XI), e os serviços de comunicações (art. 5º, XII). Assegura a competência dos municípios para a prestação de serviços públicos, com a referência a serviços locais (art. 28, II, b). Trata do serviço de educação no art. 172. Na Constituição de 1967, a matéria dos serviços públicos é amplamente regulada. O art. 8 estabelece que ‘Compete à União (...) XI - manter o serviço postal e o Correio Aéreo Nacional; XIV - estabelecer planos nacionais de educação e de saúde; XV - explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão: a) os serviços de telecomunicações; b) os serviços e instalações de energia elétrica de qualquer origem ou natureza; c) a navegação aérea; d) as vias de transporte entre portos marítimos e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de um Estado, ou território;’ O art. 16 prevê que ‘A autonomia municipal será assegurada: (...) II - pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse, especialmente quanto: (...) b) à organização dos serviços públicos locais.’ O art. 160 inaugura a expressão serviço público adequado no constitucionalismo brasileiro: ‘Art. 160 - A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais’.” (**Serviço público**: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social. Curitiba: Íthala, 2016, p. 60-61).

⁸⁰ Art. 10 - Compete concorrentemente à União e aos Estados: (...) II - cuidar da saúde e assistência públicas.

A Carta Magna de 1988 representa o marco zero de um recomeço, de uma nova história, sem velhas utopias ou mesmo certezas ambiciosas, mas um caminho a percorrer, dotada de uma carga de esperança e um lastro de legitimidade sem precedentes.⁸¹

Pois bem, avançando na temática proposta, a previsão constitucional do direito à saúde, no Brasil, demanda ainda uma tratativa específica no que se refere à teoria do direito constitucional que, desde os fins do século passado, tem adotado uma metodologia própria para interpretação das normas que tratam dos direitos fundamentais.

Dentro dessa nova realidade constitucional, percebe-se uma preocupação muito maior na eficácia da Constituição, deixando de ter o seu texto um caráter meramente retórico para ser mais efetivo, com vias a concretização dos direitos fundamentais.⁸²

Surge, então, em um ambiente filosófico pós-positivista, um novo modelo para o constitucionalismo, por muitos denominado como “neoconstitucionalismo”, retratado por BULOS em duas acepções distintas: uma primeira contemplando o modelo de Estado de Direito, que se assenta na força vinculante da Constituição, na supremacia constitucional diante dos sistemas de fontes do Direito, na eficácia e aplicabilidade integral da carta magna e na “sobre interpretação constitucional”, que impede espaços em branco a exigir discricionariedade legislativa; e uma segunda oriunda de uma nova Teoria do Direito, em que se busca respeito aos princípios, mais ponderação do que subsunção, mais direito constitucional que conflitos desnecessários, mais trabalho

⁸¹ BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A Nova Interpretação Constitucional e o papel dos princípios do direito brasileiro. **Revista da EMERJ**. v. 6, nº 23, 2003. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23.pdf. Acesso em: 18/4/2020. Antes da CF/88, cf. os autores “A falta de efetividade das sucessivas Constituições brasileiras decorreu do não reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata. Prevaleceu entre nós a tradição europeia da primeira metade do século, que via a Lei Fundamental como mera ordenação de programas de ação, convocações ao legislador ordinário e aos poderes públicos em geral. Daí porque as Cartas brasileiras sempre se deixaram inflacionar por promessas de atuação e pretensos direitos que jamais se consumaram na prática. Uma história marcada pela insinceridade e pela frustração.

O desrespeito à legalidade constitucional acompanhou a evolução política brasileira como uma maldição, desde que D. Pedro I dissolveu a primeira Assembleia Constituinte. Das rebeliões ao longo da Regência ao golpe republicano, tudo sempre prenunciou um enredo acidentado, onde a força bruta diversas vezes se impôs sobre o Direito. Foi assim com Floriano Peixoto, com o golpe do Estado Novo, com o golpe militar, com o impedimento de Pedro Aleixo, com os Atos Institucionais. Intolerância, imaturidade e insensibilidade social derrotando a Constituição. Um país que não dava certo.”

⁸² LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59.

judicial, sem aguardar que os legisladores cumpram seu papel, e mais valores em lugar de dogmas e axiomas indiscutíveis.⁸³

Segundo BARROSO, o marco teórico do neoconstitucionalismo é constituído por três grandes transformações: o reconhecimento da força normativa da Constituição; a expansão da jurisdição constitucional; e o desenvolvimento de uma nova dogmática constitucional.⁸⁴

Para Ana Paula de BARCELLOS, neoconstitucionalismo refere-se ao estado do constitucionalismo contemporâneo, apresentando como principais características, ou premissas metodológico-formais fundamentais: a normatividade das suas disposições, a superioridade hierárquica e a centralidade da Constituição; e materiais: a incorporação de valores e opções políticas no seu texto relacionadas à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais e a expansão de conflitos entre as opções normativas constantes do próprio sistema constitucional.⁸⁵

Écio Oto Ramos DUARTE concebeu o neoconstitucionalismo partindo de uma nova visão de constituição, buscando dar a ela sentido e, assim, superando o seu caráter meramente retórico, encontrar mecanismos para a real e efetiva concretização de seus preceitos.⁸⁶

A Constituição, sob olhar da eficácia, procura imprimir ordem e conformação à realidade social⁸⁷, passando, em toda a sua substancialidade, a conformar, como topos hermenêutico, a interpretação do sistema jurídico.⁸⁸

SARMENTO retrata os fenômenos provocados pelo neoconstitucionalismo:

- (a) reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; (b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico: ponderação, tópica, teorias da argumentação etc.; (c) constitucionalização do Direito, com irradiação das normas e valores constitucionais, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para

⁸³ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 22.

⁸⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). RERE, Salvador, IDBP, nº 9, mar./abr./mai., 2007. Disponível em: <http://direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 18/4/2020.

⁸⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 240, 83-103. abr./jun., 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>. Acesso em: 18/4/2020.

⁸⁶ DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**, p. 24.

⁸⁷ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. s.n. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 15.

⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 244.

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.⁸⁹

Nesse sentido, também SCHIER e FLORES, observando uma aproximação da moral ao direito; a utilização da técnica da ponderação; a observância dos fatos e da realidade na própria estrutura da norma jurídica; o reconhecimento de certa liberdade interpretativa criativa aos magistrados; e, dentre outras conquistas, a afirmação da especial normatividade dos princípios.⁹⁰

A Constituição Federal de 1988 passa a ser concebida:

como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A mudança de paradigma nessa matéria deve especial tributo às concepções de Ronald Dworkin e aos desenvolvimentos a ela dados por Robert Alexy. A conjugação das ideias desses dois autores dominou a teoria jurídica e passou a constituir o conhecimento convencional na matéria.⁹¹

Conforme Paulo Ricardo SCHIER, sobre esse novo olhar principiológico pode-se conceber “a Constituição como verdadeiro fundamento material de toda ordem jurídica, de modo que será possível sustentá-la como um pacto dotado de verdadeira reserva de justiça”.⁹²

Nessa linha ainda, segundo referido autor, “(...) os princípios passam a caracterizar o próprio ‘coração das constituições’, iluminando a leitura de todas as

⁸⁹ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 73.

⁹⁰ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo, FLORES, Pedro Henrique Brunken. Estado de direito, superação do positivismo e os novos rumos do constitucionalismo. **Revista Brasileira de Teoria e Constituição**. Curitiba, v. 2, nº 2, p. 1.208-1.229. jul./dez., 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/teoriaconstitucional/article/view/1556>. Acesso em: 18/4/2020.

⁹¹ BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios do Direito Brasileiro. **Revista da EMERJ**. v. 6, nº 23, 2003. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23.pdf. Acesso em: 18/4/2020. Cf. os autores, as referências citadas podem ser vistas em: Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1997 (a 1ª edição é de 1977). O texto seminal nessa matéria, do próprio Dworkin, foi *The model of rules*, *University of Chicago Law Review*, 35/14 [1967]. Robert Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, 1997 (a 1ª ed. do original: *Theorie der Grundrechte* é de 1986.)

⁹² SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. Porto Alegre: SAFE, 1999b., p. 3.

questões da dogmática jurídica, que devem passar pelo necessário processo de filtragem constitucional axiológica”.⁹³

Nesse momento de maturidade institucional brasileira, com a ideia que se consolidou de uma efetividade da Constituição, dotando-se as normas constitucionais de força jurídica, passa-se a reconhecer a Carta Magna como uma lente através da qual devem ser lidas e interpretadas todas as normas infraconstitucionais⁹⁴, abrindo caminho para a constitucionalização do direito.⁹⁵

Verifica-se, portanto, que a sistemática da constitucionalização do direito apresenta-se como característica do fenômeno neoconstitucionalista, fazendo prevalecer as normas constitucionais sobre as leis infraconstitucionais em um observável protagonismo daquelas (normas constitucionais), à luz da força normativa da constituição, seus princípios e demais preceitos.⁹⁶

Contudo, a afirmação da força normativa integral da Constituição de 1988 não encontrou facilidade no campo jurídico brasileiro, tendo vivenciado momento de difícil aceitação da legitimidade e potencialidade da nova ordem constitucional⁹⁷.

Conforme defende Paulo Ricardo SCHIER⁹⁸:

Foi necessário, para atravessar este período e alcançar uma visão mais adequada do constitucionalismo, um grande esforço. E, neste sentido, a comunidade acadêmica desempenhou relevante papel, desenvolvendo uma espécie de ‘nova pedagogia constitucional’, num primeiro instante, bradando o discurso da força normativa da Constituição e deixando o texto constitucional protegido contra ataques infundados (...).

⁹³ SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**. Porto Alegre: SAFE, 1999b., p. 3.

⁹⁴ BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios do Direito Brasileiro. **Revista da EMERJ**. v. 6, nº 23, 2003: Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23.pdf. Acesso em: 18/4/2020.

⁹⁵ BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *In*: PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 12. BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios do direito brasileiro. **Revista da EMERJ**. v. 6, nº 23, 2003. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23.pdf. Acesso em: 18/4/2020.

⁹⁶ NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de. Reflexões sobre o ativismo judicial. **Revista da Faculdade de Direito UERJ-RFD**, nº 27, 2015, p. 150. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/ferj/article/view/12339>. Acesso em: 20/4/2020.

⁹⁷ SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. *In*: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **A constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 252-2.

⁹⁸ *Id.* **Presidencialismo de coalizão: Contexto, formação e elementos na democracia brasileira**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 31-32.

Dignos de relevo a contribuição e o impacto que a tradução do trabalho de Konrad HESSE (A força normativa da constituição), realizada por Gilmar Ferreira MENDES, causou no Brasil.

Nesse sentido, HESSE, diferentemente de LASSALLE⁹⁹, defende ser a Constituição muito mais que mera folha de papel, afirmando:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas (...) se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízes de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem.¹⁰⁰

Na mesma linha, diversos trabalhos de Clèmerson Merlin CLÈVE, Luis Roberto BARROSO, Ingo Wolfgang SARLET e Lênio STRECK foram fundamentais para o desenvolvimento da teoria constitucional da efetividade¹⁰¹.

Consolidou-se, a partir de então, a era do direito constitucional da efetividade, com a busca por uma adequada realização da Constituição¹⁰².

Paulo BONAVIDES, por sua vez, observa que as Constituições em geral passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exiguidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos¹⁰³.

E continua: “de juridicidade questionada nessa fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para a sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive

⁹⁹ Cf. LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição política**. Rio de Janeiro: Global, 1987, defende Lassale, a Constituição não passa de mera carta/documento de papel, expressando intenções políticas e, portanto, sem força normativa.

¹⁰⁰ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. s.n. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 19.

¹⁰¹ SCHIER, Paulo Ricardo. **Presidencialismo de coalizão**: Contexto, formação e elementos na democracia brasileira. Curitiba: Juruá, 2017, p. 31-32.

¹⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10ª ed. Porto Alegre, 2011.

¹⁰³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 564.

a do Brasil, formularam um preceito de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.”¹⁰⁴, sendo vinculante e plenamente exigíveis.¹⁰⁵

Percebe-se, portanto, que há uma evolução do Estado Liberal, em que prevalecia a vontade legislativa e a aplicabilidade da literalidade das leis, para um Estado Social e Democrático de Direito, em que se têm uma “Constituição Cidadã” impregnada de normas cogentes de valores e garantias sociais fundamentais que devem ser concretizadas.

Conforme ensina Paulo Ricardo SCHIER, “esse processo de constitucionalização impôs diversas consequências que possibilitaram, quase que concomitantemente e paralelamente, o desenvolvimento da terceira fase. O amplo movimento de judicialização dos direitos sociais visto no Brasil é uma delas”.¹⁰⁶

Seguindo na linha constitucional, é importante referenciar ainda o fato de que a saúde integra a seguridade social, juntamente com a previdência e a assistência social. É o que dispõe, inclusive, o art. 194, *caput*, da Constituição Federal de 1988:

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

Com base nessa inclusão sistêmica, à luz dos incisos I a VII do artigo acima citado da Constituição Federal, a saúde deve observar os seguintes princípios e preceitos: universalidade de cobertura; universalidade do atendimento; uniformidade e equivalência dos serviços às populações urbana e rural – que nem sempre foi uma realidade na égide de programas de saúde anteriores; seletividade e distributividade na prestação de serviços; equidade na forma de participação no custeio; diversidade da base de financiamento; e caráter democrático e descentralizado da gestão.

Ademais, ultrapassada essa questão relacionada à seguridade social, a saúde é tratada com maior riqueza pelo art. 196 e 198 da Constituição pátria, *in verbis*:

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

¹⁰⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 564.

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Livraria do Advogado, 1988, p. 261-262.

¹⁰⁶ SCHIER, Paulo Ricardo. **Presidencialismo de coalizão: Contexto, formação e elementos na democracia brasileira**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 35.

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

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

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

Segundo Paulo MOTTA, a universalidade como princípio constitucional implícito deve “proporcionar a toda população, independente de sua renda, acesso aos serviços públicos”,¹⁰⁷ como decorrência direta do princípio da isonomia¹⁰⁸, “na medida em que as utilidades em que se traduz o serviço público são essenciais à dignidade do usuário, todos devem receber tratamento equivalente”¹⁰⁹.

Para SCHIER, “o princípio da universalidade integra o núcleo de garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988, uma vez que proporciona, a todos, o acesso aos bens diretamente ligados ao mínimo existencial, tais como saúde(...)”.¹¹⁰

Para que o serviço público seja eficiente deve ser prestado de forma universal, assegurando o mais amplo acesso dos cidadãos¹¹¹, além de implicar ao particular o poder de reivindicar junto ao Judiciário tratamento idêntico à luz da maior eficácia possível que se deve conferir aos direitos fundamentais.¹¹²

A questão da universalidade foi muito bem abordada pela atual Constituição, uma vez que os sistemas anteriores não garantiam um livre acesso à população, o que aumentava ainda mais a precariedade sistêmica e aumentava os índices de morte em decorrência de doenças tratáveis no território nacional. Além de também prejudicar o Brasil de um ponto de vista macroeconômico, no que tange à sua classificação nos índices internacionais, notadamente no Índice de Desenvolvimento Humano - IDH.¹¹³

¹⁰⁷ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. As Estruturas do Serviço Público. A&C. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 4, nº 17. jul./set., 2004, p. 60.

¹⁰⁸ ZANCANER, Weida. Responsabilidade do estado, serviço público e os direitos dos usuários. *In*: FREITAS, Juarez (Org.) **Responsabilidade civil do estado**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 345.

¹⁰⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 31.

¹¹⁰ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime jurídico do serviço público**: garantia fundamental do cidadão e proibição do retrocesso social. Curitiba: Íthala, 2016, p. 246.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 177 e 236.

¹¹² CLÉVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Crítica Jurídica**. Curitiba, nº 22. jul./dez., 2003, p. 22.

¹¹³ Nesse sentido, SANTOS observa que, atualmente, os três eixos que embasam o IDH são educação, renda e saúde: “o fato de a saúde constar inclusive como um dos eixos do IDH, índice que é referência

Segundo DALLARI, o acesso ao serviço público é um direito subjetivo do cidadão, haja vista a necessária concretização dos direitos fundamentais.¹¹⁴

Nesse momento do discurso, importante uma abordagem, ainda que breve, sobre os serviços públicos, já que a instrumentalização prática do direito à saúde e das políticas públicas¹¹⁵ se dá através de uma prestação estatal¹¹⁶, apenas no que interessa para o recorte metodológico pretendido.

A doutrina brasileira do Direito Administrativo, em geral, tem reconhecido tratar-se o serviço público, em sua concepção subjetiva, como a atividade titularizada e prestada pela administração pública (Estado) ou por seus delegados (alguém em seu nome ou sob sua responsabilidade).¹¹⁷

Nesse sentido, conforme pesquisa apresentada por Adriana SCHIER, cita-se como exemplos: Adilson Abreu DALLARI, Cármen Lúcia Antunes ROCHA, Romeu Felipe BACELLAR FILHO, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, José CRETELLA JUNIOR, Hely Lopes MEIRELLES, Diogenes GASPARINI, Daniele Wunder HACHEM e André Luiz FREIRE.¹¹⁸

Já em seu aspecto material, ou objetivo, em que se define os fins buscados pelo Estado com o serviço público, a doutrina tem defendido veementemente, a exemplo de Romeu Felipe BACELLAR FILHO, e o que se adota como referencial para este trabalho, o de busca pela concretização dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição da República.

mundial para a análise do progresso na qualidade de vida das pessoas, atesta a sua clara relação com o desenvolvimento humano (...). (SANTOS, p. 52-53)

¹¹⁴ DALLARI, Adilson Abreu. Direito ao uso dos serviços públicos. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, nº 13, 1996, p. 215.

¹¹⁵ Sobre as “políticas públicas”, de forma mais abrangente - sua formulação, implementação e controle, será tratado no capítulo terceiro.

¹¹⁶ Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 240, 83-103, abr./jun., 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>. Acesso em 18/4/2020. (...) compete à administração pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica e, para isso, cabe-lhe implementar ações e programas dos mais diferentes tipos, garantir a prestação de determinados serviços etc. Esse conjunto de atividades pode ser identificado como 'políticas públicas'. É fácil perceber que apenas por meio das políticas públicas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição (e muitas vezes detalhados pelo legislador), sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais que dependam de ações para sua promoção. (Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas.)

¹¹⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 11ª ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, p. 311.

¹¹⁸ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço público: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social**. Curitiba: Íthala, 2016, p. 66-67.

Para o autor, “ao possibilitar o exercício de direitos fundamentais, encontra seu fim na realização prática do valor máximo do sistema jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana”.¹¹⁹

Segundo Clèmerson Merlin CLÈVE, nessa dimensão material é que sobressai o serviço público como instituto que, por excelência, permitirá ao Estado (precipualemente o Poder Executivo) desenvolver políticas realizadoras dos direitos sociais.¹²⁰

Abarcando os dois aspectos em seu conceito, Marçal JUSTEN FILHO conceitua o serviço público - de origem do Estado Social de Direito - como a atividade prestacional titularizada pelo Estado, prestada por ele ou por quem lhe faça as vezes, regida por um regime jurídico especial de prerrogativas e sujeições, voltada à realização dos direitos fundamentais, notadamente, à dignidade da pessoa humana.¹²¹

Segundo Juarez FREITAS, serviço público “é todo aquele essencial para a realização dos objetivos fundamentais do Estado Democrático, devendo, por isso mesmo, ser prestado sob o regime peculiar publicista”.¹²²

No mesmo sentido, defendendo um regime jurídico de direito público como único capaz de normatizar o serviço público, aponta-nos SCHIER os seguintes autores: Romeu Felipe BACELLAR FILHO, Themistocles Brandão CAVALCANTI, José CRETELLA JUNIOR, Hely Lopes MEIRELLES, Diogenes GASPARI, Juarez FREITAS, Daniel Wunder HACHEM, Carolina Zancaner ZOCKUN, entre outros.¹²³

Nessa linha, também, vale citar BANDEIRA DE MELLO, segundo o qual serviço público seria:

(...) toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça, às vezes, sob um regime de Direito Público - portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de

¹¹⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação do cidadão nesta atividade. *Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulamentação na experiência brasileira. Revista Interesse Público*. Porto Alegre, nº 16, 2002, p. 14.

¹²⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista Crítica Jurídica*. Curitiba, nº 22, jul./dez., 2003, p.20.

¹²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 480.

¹²² FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 31.

¹²³ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Serviço público: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social*. Curitiba: Íthala, 2016, p. 76.

restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.¹²⁴

Apresentados alguns referenciais teóricos importantes para o desenvolvimento do trabalho, voltando agora para a temática propriamente dita do direito fundamental social à saúde, nesse ponto, com guarida nos art. 197 e 199 do texto constitucional, têm-se que o serviço de saúde é de natureza autenticamente pública, muito embora a sua execução possa se dar de forma indireta, ou seja, por particulares:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Segundo MÂNICA, a opção brasileira amolda-se à tendência internacional, fundamentando uma gestão do sistema de saúde de forma pública e estatal, sendo que a prestação dos serviços, além de estatal, pode se dar de forma privada, englobando instituições com ou sem fins lucrativos, através de pactuação com o poder público por instrumentos contratuais¹²⁵, que especifiquem padrões, critérios e diretrizes e que garantam atendimento de qualidade à população pelo menor custo possível.¹²⁶

Relevante nesse ponto destacar a ADI nº 1.923, de 17/12/2015, uma vez que o STF reconhece que o terceiro setor poderá prestar serviço de saúde, fomentado

¹²⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 665.

¹²⁵ Nesse ponto, podem ser firmadas parcerias entre órgãos públicos (adm. direta e indireta), e com a iniciativa privada, com instituições sem fins lucrativos componentes do Terceiro Setor, através da contratualização de convênios e congêneres (art. 199 e § 1º da CF/88; e art. 116 da Lei Federal 8.666/93 - Termo de Convênios; Leis 13.019/2014 - Termos de Colaboração e de Fomento, Lei Federal nº 9.637/98 - Contrato de Gestão com OSs; Lei Federal nº 9.790/99 - Termo de Parceria com OSCIPs, entre outras parcerias), bem como contratos administrativos públicos (art. 55 da Lei Federal nº 8.666/93) e Parcerias Público-Privadas (Lei Federal nº 11.079/2004 - Lei das PPPs) com instituições privadas, com fins lucrativos. Sobre o assunto, para aprofundamento, recomendamos a leitura do livro de DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. São Paulo: Atlas; bem como MÂNICA, Fernando Borges. **Prestação de serviços de assistência à saúde pelos municípios**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

¹²⁶ MÂNICA, Fernando Borges. **Prestação de serviços de assistência à saúde pelos municípios**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 31.

pelo Estado. Por oportuno, vale citar trecho do voto do relator e ministro Luiz Fux, que sintetiza bem a questão:

(...) cabe aos agentes democraticamente eleitos a definição da proporção entre a atuação direta e a indireta, desde que, de qualquer modo, o resultado constitucionalmente fixado – a prestação dos serviços sociais – seja alcançado. (...) Com efeito, a intervenção do Estado no domínio econômico e social pode ocorrer de forma direta ou indireta, como ensina Floriano Azevedo Marques Neto: enquanto na primeira hipótese cabe ao aparelho estatal a disponibilização de utilidades materiais aos beneficiários, na segunda hipóteses o Estado faz uso de seu instrumental jurídico para estimular a que os próprios particulares executem atividades de interesse público, seja através da regulação, com coercitividade, seja através do fomento, fazendo uso de incentivos e estímulos a comportamentos voluntários. (...) o texto constitucional é expresso em afirmar que será válida a atuação indireta, através do fomento, como o faz com setores particularmente sensíveis como saúde.¹²⁷

Deve-se observar na prestação de saúde, ainda, as diretrizes do SUS¹²⁸, na complementariedade da participação privada a este sistema, que será melhor detalhado à frente, mas que por ora cumpre referenciar que, além da participação da comunidade em sua gestão, contempla o conjunto de provedores de serviços assistenciais composto por entidades estatais e privadas, com ou sem fins lucrativos, estas últimas em caráter complementar.¹²⁹

Como visto, a titularidade é estatal e pública em que pese a possibilidade de prestação direta e indireta, e por isso torna-se impraticável pensarmos que o serviço público de saúde fuja do controle estatal quanto à sua regulamentação, fiscalização e controle, mormente ao considerarmos sua prestação por particulares, observando-se sempre as diretrizes do SUS.

Sobre a regulamentação necessária e o efetivo controle da prestação do serviço público de saúde, ressalta Ricart SANTOS que a regulamentação é realizada por intermédio da expedição de leis complementares, leis ordinárias, normas infralegais etc. Já a fiscalização e o controle devem ser exercidos na forma

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923/DF. Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux. **Diário de Justiça da União**, 12/12/2015.

¹²⁸ BRASIL. Recurso Extraordinário nº 581.488/RS. Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli. **Diário de Justiça da União**, 8/4/2016.

¹²⁹ MÂNICA, Fernando Borges. **Prestação de serviços de assistência à saúde pelos municípios**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 32.

determinada pela Constituição Federal, ou seja, controles e fiscalização sob os aspectos contábil, financeiro, orçamentário, patrimonial e operacional.¹³⁰

Esse é o panorama de constitucionalização do direito à saúde. Superado todo esse aparato constitucional e referencial teórico necessários à compreensão preliminar do tema, será tratado no próximo item, de forma descritiva e breve, três exemplos de sistemas públicos internacionais de saúde, para depois adentrar na abordagem do sistema público de saúde brasileiro - Sistema Único de Saúde (SUS), trazendo os aspectos mais relevantes do seu regramento, funcionamento, estruturação, financiamento etc.

1.2 ALGUNS SISTEMAS PÚBLICOS INTERNACIONAIS DE SAÚDE

Considerando que o sistema público de saúde brasileiro foi inspirado em programas públicos de saúde de outros países, optou-se, no presente trabalho, em trazer, ainda que de forma breve e descritiva, uma apreciação de três sistemas públicos internacionais considerados bem-avaliados, em um recorte para breves comparações, uma vez que os sistemas abordados a seguir observam e seguem as diretrizes traçadas pela Organização para Cooperação do Desenvolvimento Econômico (OCDE) e pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

1.2.1. Canadá

O sistema público de saúde no Canadá é extremamente elogiado por grandes especialistas no setor de desenvolvimento governamental de saúde e condições básicas de sobrevivência, pois é apresentado pela Organização Mundial da Saúde como um modelo a ser observado pelos demais países integrantes da organização, diante da sua grande abrangência e operacionalidade viável.

Há tempos podia-se observar os sistemas de saúde pública mais utilizados e com o melhor funcionamento no mundo a partir do infográfico que era elaborado pela

¹³⁰ SANTOS, Ricart César Coelho dos. **Financiamento da saúde pública no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 73.

Organização Mundial da Saúde. Não obstante, a organização não mais expõe qualquer tipo de análise do gênero. Entretanto, mesmo com o fim do infográfico supramencionado, o sistema público de saúde canadense continua sendo uma potência e deve ser observado por quaisquer países que pretendam aprimorar seu sistema ou até mesmo criar um.

O sistema utilizado pelo país funciona por intermédio de um financiamento público, de forma que a maior parte dos programas disponibilizados para a população é fornecida por hospitais públicos e sem qualquer interferência ou gestão do setor privado. Contudo, há uma segunda via, eis que há a possibilidade de uma gestão mista, ou seja, a prestação do serviço por particular, mas com financiamento público.

Não obstante, o sistema privado não fornece os mesmos serviços disponibilizados pelo setor público, de forma que a sua atuação fica mais restrita a certos programas de saúde, como, por exemplo, a odontologia.

As fundações de saúde pública no Canadá foram instituídas em 1985 através do “*Canada Health Act*”, um programa instituído pelo governo central, no qual os tratamentos com a saúde pública são administrados de uma maneira indireta, ou seja, delegando-se as responsabilidades para as províncias e seus territórios, de forma que cada uma dessas províncias fornece um atendimento diferente – possuindo certo grau de autonomia – ao sistema público de saúde canadense.¹³¹ O “*Health Care Act*”, apenas institui padrões mínimos para que as províncias e territórios não deixassem ou mesmo violassem a dignidade da pessoa humana.

Assim, percebe-se que há certo grau de semelhança para com o sistema brasileiro, eis que cada município possui certa autonomia na prestação de serviços, ou seja, para quais doenças haverá ou não uma cobertura.

Em conformidade com o plano instituído pelo governo federal, restou definido que todas as pessoas, inclusive os imigrantes recém-chegados e sem cidadania efetiva, podem utilizar o sistema disponibilizado sem custear diretamente pelos serviços.

Por outro lado, o Canadá é um dos países que mais gastam com saúde pública entre os membros da OCDE, em consonância com os dados disponibilizados pela

¹³¹ Informações sobre o *Canada Health Act*. Disponíveis em: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-6/page-2.html>; <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-6/page-1.html#docCont>. Acesso em: 12/3/2020.

CBC, onde se estima que os gastos com a saúde pública passam dos CDN\$ 183 bilhões de dólares.¹³²

No entanto, mesmo com a grande qualidade dos serviços prestados, existem críticas de determinados setores a respeito do tratamento médico público canadense, como, por exemplo, a privatização de mais alguns setores para se evitar problemas com esperas e filas que podem se prolongar durante meses.

Com relação à saúde, a expectativa de vida no nascimento, no Canadá, é de 82 anos, dois anos a mais do que a média da OCDE, de 80 anos. A expectativa de vida das mulheres é de 84 anos, comparada a 79 anos para os homens” – Index Better Life OCDE.¹³³

Um dos principais fundamentos críticos entre a comparação do sistema canadense de saúde em relação ao brasileiro, que será mais à frente abordado, é da atuação do sistema privado, onde, neste último, ocorre uma espécie de sistema paralelo em que o sistema privado pode atuar em todas as áreas da saúde, fazendo com que o sistema público não forneça igualdade material aos pacientes e não possa disponibilizar tratamento a todos de uma maneira eficiente.

1.2.2. Inglaterra

O sistema público de saúde inglês foi instituído em 1948 através do NHS (“*National Health Service*”), sendo sustentado através da arrecadação de impostos, na qual possui a maioria de seus serviços gratuitos.

Tal sistema abrange aqueles que possuem um número de inscrição no NHS, desde cidadãos ingleses até a imigrantes regularizados, sem desembolsarem pelo pagamento do serviço disponibilizado, só em alguns exames específicos (dentários, óticas, entre outros) se faz necessário o gasto para a sua realização. No entanto, a população de baixa renda está isenta desses gastos mencionados, ou seja, o sistema

¹³² Informações sobre os valores. Disponíveis em: <http://www.ctvnews.ca/health-care-spending-to-reach-5-170-per-person-1.342502>. Acesso em: 12/3/2020.

¹³³ Informações dos dados. Disponíveis em: <http://www.oecdbetterlifeindex.org/pt/paises/canada-pt/>. Acesso em: 12/3/2020.

foi pautado através do princípio da equidade e da integralidade na saúde.¹³⁴ Tal sistema foi basilar e inspirador para a criação do SUS (Sistema Único de Saúde).

O sistema pauta-se na prevenção e na utilização dos chamados “*General Practitioner*” (GP), onde são médicos gerais, no Brasil, por equiparação, enquadraríamos nos “clínicos gerais”, que realizam trabalhos focalizados e dão uma espécie de primeiro atendimento, ou triagem. Tais médicos funcionavam como uma espécie de filtro para encaminhar o paciente a um médico especializado, ou seja, só se tem acesso a um médico especialista depois da autorização dos GP’s, o que facilita a identificação da doença e elimina gastos desnecessários com procedimentos de alto custo para o governo.

O Reino Unido, de um modo geral (que é regulado pela NHS, porém cada Estado possui o seu principal), possui um dos maiores indicadores de qualidade e longevidade de vida nos padrões da OCDE.¹³⁵

Em relação à satisfação pública, os índices apresentados em algumas pesquisas foram extremamente altos, onde se chega à conclusão de que o sistema é eficiente e agrada maior parte da população.¹³⁶

A principal crítica dos pesquisadores comparativos nessa área é de que o Brasil possui um sistema particular paralelo ao público, crítica essa em constância à apresentada ao sistema canadense. Outra crítica muito relevante é da instituição dos GP’s, onde se resolveriam os problemas mais básicos e simples de maneira mais eficiente, dependendo menos das unidades de pronto-socorro.

1.2.3. França

A Saúde na França é tratada através de um sistema universal (“*Assurance Maladie*”), ou seja, atendem todos aqueles legalmente regularizados no país, não discriminando por capacidade contributiva, etnia ou gênero.

¹³⁴ Disponível em: <http://www.nhs.uk/pages/home.aspx>;
<http://www.nhs.uk/NHSEngland/thenhs/about/Pages/overview.aspx>;
https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/448466/NHS_Constitution_WEB.pdf. Acesso em: 12/3/2020.

¹³⁵ Disponível em: <http://www.oecdbetterlifeindex.org/pt/paises/united-kingdom-pt/>. Acesso em: 12/3/2020.

¹³⁶ Disponível em: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/213052/Public-Perceptions-of-the-NHS-Tracker-Spring-2012-Report-FINAL-v1.pdf. Acesso em: 12/3/2020.

O sistema de saúde francês já foi eleito o melhor do mundo pela Organização Mundial de Saúde no ano 2000. Hoje, no entanto, a OMS não faz mais rankings, porém o sistema francês continua bem cotado como um dos melhores da Europa.

Em consonância com os países supracitados, a França tem como característica não tratar os seus “médicos” como funcionários públicos (como acontece no Brasil), porém, eles trabalham para o governo de forma indireta, são em maioria da iniciativa privada e o governo reembolsa (sistema de coparticipação) os cidadãos em conformidade com suas consultas e necessidades, podendo tal reembolso chegar, em certos casos, até 100% do valor empenhado.

Esse sistema é financiado através de uma contribuição previdenciária e sobre o imposto auferido sobre a renda. Não obstante, aqueles que não trabalham, ou seja, não contribuem, não deixam de ser atendidos, pautado no princípio da universalidade adotado pelo governo francês.

A expectativa de vida na França é extremamente alta em consonância pelos informativos disponibilizados pela OECD, onde a população, ao nascer, tem possibilidades de alcançar a faixa dos 82 anos, superando a média da OECD nesse aspecto. Contudo, é relativamente fácil de apontar que a qualidade de preservação do meio ambiente é grande influente nessa expectativa de vida, considerando a baixa quantidade de doenças pulmonares e as doenças transmissíveis através da qualidade da água potável.¹³⁷

Existem programas específicos para cuidar de doenças crônicas, como, por exemplo, o programa “Sophie”, um programa instituído pelo governo francês devido à alta demanda e ausência de especializações nesses casos.

Em consonância com o apontado pela “*Better Life Index*” (OECD):

(...) 67% das pessoas na França disseram que a saúde estava boa, perto da média da OCDE de 68%. Apesar da natureza subjetiva da pergunta, considera-se que as respostas recebidas sejam bons prognosticadores do uso futuro de assistência médica por parte dos indivíduos. Sexo, idade e condição social podem afetar as respostas a esta pergunta. Nos países da OCDE, os homens têm uma tendência maior a relatar boa saúde do que as mulheres, com, em média, 70% dos homens relatando saúde “boa” ou “muito boa” contra 66% das mulheres. Na França, a média é 70% para homens e 64% para mulheres. De forma não surpreendente, as pessoas mais velhas relatam menos saúde, assim como as desempregadas ou as que possuem menos grau de instrução ou renda. Cerca de 83% dos adultos com renda líquida na faixa dos 20% maiores rendas na França classificam sua saúde como “boa” ou “muito boa”,

¹³⁷ Disponível em: <http://www.oecdbetterlifeindex.org/pt/paises/france-pt/>. Acesso em: 12/3/2020.

comparado a cerca de 67% dos adultos com renda líquida na faixa das 20% menores rendas.”¹³⁸

1.3. DO SISTEMA PÚBLICO DE SAÚDE BRASILEIRO – SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

1.3.1. O SUS e o seu funcionamento

Com pouco mais de três décadas desde a sua elaboração e institucionalização, o Brasil vem se destacando em um contexto internacional no que tange as políticas públicas relacionadas à saúde, notadamente em relação ao seu sistema público, o Sistema Único de Saúde (SUS).¹³⁹

Diante de um modelo tão complexo, ao mesmo tempo tão simples, tão enxuto, mas também tão acessível e capilarizado em relação a um país com proporções continentais, o sistema vem sendo estudado por diversos países com o fito de aprimorarem os seus sistemas locais com base no nosso sistema, assim como fizemos outrora – nos espelhamos em sistemas modernos internacionais de saúde e aprimoramos.

Segundo Drauzio VARELLA: “A criação do SUS foi a maior revolução da história da medicina brasileira. Nenhum país com mais de cem milhões de habitantes ousou oferecer assistência médica gratuita para todos.”¹⁴⁰

Para Luiz Henrique MANDETTA, então ministro da Saúde 2017/2019, no último relatório de gestão apresentado (2018):

O Sistema Único de Saúde (SUS) é o maior sistema público de saúde com cobertura universal do mundo. Segundo estimativas, mais de 70% da população nacional é usuária do SUS, o que equivale a aproximadamente 160 milhões de pessoas exclusivamente dependentes do Sistema. Em 2018, o SUS realizou quase 4 bilhões de procedimentos ambulatoriais, 11,6 milhões

¹³⁸ Disponível em: <http://www.oecdbetterlifeindex.org/pt/paises/france-pt/>. Acesso em: 12/3/2020.

¹³⁹ Cf. Relatório de Gestão 2018: “Nos foros internacionais de que participou, o Ministério da Saúde buscou exemplificar como a boa governança em saúde pode, por meio de ações intersetoriais, ajudar no alcance dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) em áreas relacionadas à saúde e definidos na Agenda 2030. Devido ao seu protagonismo, o Brasil foi convidado a presidir o Conselho Executivo da Organização Mundial da Saúde (OMS), com mandato de maio de 2018 a maio de 2019.” Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relatorio_gestao_2018.pdf, p. 3. Acesso em: 22/4/2020.

¹⁴⁰ Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/drauziovarella/2018/03/imposicao-pelas-maos.shtml>. Acesso em: 22/4/2020.

de internações, 1,4 bilhão de consultas e atendimentos, e 900 milhões de exames.”¹⁴¹

Obviamente, em que pese seja um motivo de orgulho para um país que sofre com a corrupção e a má gestão das políticas públicas direcionadas à população¹⁴², o sistema de saúde mais estudado avançado socialmente no globo ainda assim apresenta diversas dificuldades sistêmicas e estruturais, demandando esforços de implementação diários.¹⁴³

Um problema evidenciado, e que será objeto dessa pesquisa, segundo MANDETTA: “As sentenças judiciais representam outro importante desafio na gestão do SUS, já que privilegiam o emprego de recursos no plano individual, em detrimento do coletivo.”¹⁴⁴

Não obstante, antes de adentrar nesse ponto especificamente, o que será feito a partir do próximo capítulo, faz-se necessário um breve introito sobre o SUS, seu regramento, estrutura e funcionamento.

Nessa toada, a criação do SUS, considerando toda a perspectiva histórica e constitucional outrora mencionada, foi possível com fundamento no art. 198, da Constituição Federal.

Com efeito, o SUS foi criado pela Lei Federal nº 8.080/1990¹⁴⁵, “que reafirmou em seu art. 2º ser dever do Estado promover as indispensáveis condições para a observância do direito à saúde, imprescindível à dignidade da pessoa humana”.¹⁴⁶

¹⁴¹ Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relatorio_gestao_2018.pdf, p. 3. Acesso em: 22/4/2020.

¹⁴² Disponível em: <http://cebes.org.br/2014/10/a-soma-da-ma-administracao-com-a-corrupcao/>. Acesso em: 12/4/2020.

¹⁴³ Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relatorio_gestao_2018.pdf, p. 3. Acesso em: 22/4/2020. Cf. então ministro da Saúde, Luis Henrique Mandetta, “A diversidade geográfica, demográfica, socioeconômica e epidemiológica do Brasil torna altamente complexas e abrangentes as determinações da Constituição Federal de 1988 de garantia integral e equânime de atenção à saúde para todos os habitantes do território nacional. Nesse sentido, são crescentes as necessidades de recursos físicos, financeiros e humanos para cobrir a extensão das carências da população. (...) Um sistema dessa magnitude demanda esforços diários de implementação”.

¹⁴⁴ Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relatorio_gestao_2018.pdf, p. 3. Acesso em: 22/4/2020.

¹⁴⁵ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20/4/2020.

¹⁴⁶ COSTA SABINO, Marco Antonio da. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde. *In: O Controle jurisdicional de políticas públicas*. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe (Coords.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

Digna de destaque também a regulamentação infraconstitucional trazida pela Lei Federal nº 8.142/1990.¹⁴⁷Toda a regulamentação vem sendo ajustada à evolução do SUS.¹⁴⁸

O SUS é, em verdade, um sistema relacionado ao direito sanitário do país, não possuindo personalidade jurídica. O sistema de saúde pátrio não pode ser titular de direitos e obrigações no ordenamento jurídico. Ou seja, o SUS não pode ser proprietário de um hospital (titular de direito de propriedade), nem devedor no caso de atraso no pagamento de algum fornecedor, bem como não pode figurar em polo processual de demandas.¹⁴⁹

Segundo SABINO, “a lei que criou o SUS foi o ponto de partida para que fosse montada uma intrincada e complexa rede estatal para dar cabo do mandamento constitucional, composta por órgãos das quatro esferas federadas, a rigor do art. 23, II, da Constituição”.¹⁵⁰

Nesse sentido, destaca o referido autor que o SUS compreende todas as ações na área da saúde tomadas pela administração pública (art. 4º, da Lei nº 8.080/90); além das ações do Ministério da Saúde e das Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, compõem a rede de definição de políticas na área de saúde a Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), a ANS (Agência Nacional de Saúde), os Conselhos de Saúde (CNS, CONASS e CONASEMS), a CMED (Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos).¹⁵¹

O SUS, portanto, é um sistema e não se confunde com qualquer organização tradicional do direito administrativo, sendo organizado de forma regionalizada e hierarquizada.

É deveras importante mencionar que o conceito de hierarquia supramencionado não se confunde com a hierarquia no sentido comum da palavra e

¹⁴⁷ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20/4/2020.

¹⁴⁸ Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relatorio_gestao_2018.pdf, p. 3. Acesso em: 22/4/2020. Cf. Relatório, acerca do ajuste para evolução do SUS: “Atualmente, suas principais referências são o Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011 (que regulamentou as referidas leis), e a Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012, que estabeleceu bases referenciais para o escopo das ações e dos serviços de saúde e para o compartilhamento do financiamento setorial.”

¹⁴⁹ Para melhor compreensão, recomendamos a leitura do Código Civil vigente (Lei Federal nº 10.406/2002), Parte Geral, Livro I, Título I, Capítulo I – Da Personalidade e da Capacidade, em especial os arts. 1º e 40 a 43.

¹⁵⁰ COSTA SABINO, *op. cit.*

¹⁵¹ *Ibid.*

adotada pela doutrina brasileira. A hierarquia que abarca o sistema SUS é uma hierarquia que não subordina uma esfera de governo em relação às outras.

Assim, por exemplo, o município X não se encontra subordinado à União no âmbito do SUS e nem poderia ser diferente, já que os entes políticos possuem autonomia em um Estado federativo como o Brasil.¹⁵²

A hierarquia ora mencionada diz respeito aos níveis de complexidade crescente da problemática envolvendo a saúde tão somente.

Nesse sentido, é cristalino o art. 8º da referida lei, *in verbis*:

Art. 8º. As ações e serviços de saúde, executados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), seja diretamente ou mediante participação complementar da iniciativa privada, serão organizados de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente.

Assim, a hierarquização referida observará, pelo menos em tese, a seguinte premissa: Atenção Básica (primária), que realiza a triagem dos interessados em utilizar o sistema; a Atenção Secundária (média complexidade) e Atenção Terciária (alta complexidade).¹⁵³

Conquanto a regionalização, Lenir SANTOS aponta que:

Em contrapartida, seria impossível pensar em rede de serviços de saúde sem uma conseqüente delimitação territorial, que é a região de saúde. Poderia ter sido o território estadual, mas o legislador preferiu a região, mais condizente com o modelo tridimensional da nossa Federação e com a descentralização da saúde.¹⁵⁴

Dessa forma, as municipalidades têm a faculdade de se agruparem em regiões para que possam, em conjunto e associação, alcançar a finalidade principal do sistema, qual seja: a prestação dos serviços de saúde de forma integral, universal e de qualidade.

Em que pese haja essa possibilidade de regionalização, pode-se afirmar inviável que todos os entes tenham condições de prestar todos os serviços em sua integralidade sozinhos.

¹⁵² SANTOS, Ricart César Coelho dos. **Financiamento da saúde pública no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 74.

¹⁵³ Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relatorio_gestao_2018.pdf. Acesso em: 22/4/2020.

¹⁵⁴ SANTOS, Lenir. **Sistema Único de Saúde: desafios da gestão interfederativa**. Campinas: Saberes Editora, 2013, p. 85.

Assim, é possível verificar que um tratamento para uma doença específica esteja disponível para os cidadãos somente em um município que não é o dele, fazendo com que o doente tenha que se tratar em município diverso do que o de sua moradia. Observa-se, na questão municipal, a ênfase na Atenção Básica como estratégia de acesso prioritário ao atendimento integral, que compreende também os níveis de Atenção Especializada e Alta Complexidade.¹⁵⁵

Essa problemática pode representar uma falha sistêmica ou, até mesmo, uma falha relacionada à questão da organização enquanto federação. Contudo, tal problemática não será abordada, pelo menos nesse momento.

O sistema é, em verdade, um modelo de saúde voltado para as necessidades da população, visando assegurar o direito fundamental à saúde, um bem-estar social, em consonância com o que fora sedimentado na Constituição da República.

Considerando toda essa sistemática, o SUS representa uma quebra de paradigma para com a sistemática pré-Constituição de 1988, uma vez que representa uma alteração em relação à política de saúde existente sob a égide da Constituição precedente.¹⁵⁶ A Carta Magna elegeu um novo modelo de tratamento de saúde aos nacionais e estrangeiros, residentes ou em passagem pelo Brasil.¹⁵⁷

Consoante fora mencionado na perspectiva histórica, antes da implementação do SUS, as ações e serviços de saúde não eram destinados a toda a população, priorizavam a medicina curativa e estavam burocratizados e centralizados nas mãos do governo central/União.

Na quebra desse paradigma, a atual Constituição previu a existência de um Sistema Único de Saúde, porém de caráter descentralizado, de forma que é composto por todos os entes federativos, com direção autônoma e única entre cada um deles, o que implica uma delegação das decisões a nível local¹⁵⁸ – o que será objeto de debate no próximo tópico.

¹⁵⁵ Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relatorio_gestao_2018.pdf, p. 3. Acesso em: 22/4/2020. Cf. relatório, essa questão fica bem evidenciada na p. 5.

¹⁵⁶ SANTOS, Ricart César Coelho dos. **Financiamento da saúde pública no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 75-76.

¹⁵⁷ COSTA SABINO, Marco Antonio da. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde. *In: O controle jurisdicional de políticas públicas*. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe (Coords.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

¹⁵⁸ Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relatorio_gestao_2018.pdf, p. 3. Acesso em: 22/4/2020.

Adicionalmente, determinou que o atendimento seria de uma forma integral, com ênfase nas atividades preventivas – por uma questão científica e mercadológica/financeira, as quais se mostram mais adequadas às questões de saúde coletiva, como, por exemplo, o controle de epidemias e pandemias¹⁵⁹, as quais tem os seus efeitos mitigados a partir de campanhas de vacinação.¹⁶⁰

Com relação à dispensação de medicamentos e a utilização de listas oficiais, fato é que desde 1977 a OMS estabelece a utilização de dispensação de medicamentos como estratégia a ser buscada pelo Estado, visando uma melhor execução das ações e políticas estatais na área de saúde.¹⁶¹

No Brasil, a primeira lista oficial de dispensação de medicamentos essenciais data de 1964.¹⁶²

Desde então têm se adotado uma Política Nacional de Medicamentos (PMN). Conforme SABINO, o “uso racional, em outras palavras, nada mais é senão ‘planejamento’, cobertura mais eficaz com menor dispêndio de recursos”.¹⁶³

A lista mais importante em âmbito nacional é a Rename (Relação Nacional dos Medicamentos Essenciais), para o tratamento das doenças mais prevalentes.¹⁶⁴ Em âmbito estadual¹⁶⁵ e municipal¹⁶⁶ também existem políticas de medicamentos e listas oficiais de dispensação.

¹⁵⁹ Importante referenciar, desde já, que quando não há uma ação preventiva eficaz o país perde muito, a exemplo da atual pandemia mundial vivenciada (contaminação e mortes pelo vírus Covid-19), que representou no Brasil, de 12/3/2020 até 9/7/2020, 69.184 óbitos confirmados, com 1.755.779 casos confirmados de contaminação, e que continua avançando, segundo dados governamentais oficiais disponíveis em <http://covid.saude.gov.br>.

¹⁶⁰ Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvsm/publicacoes/relatorio_gestao_2018.pdf, p. 3. Acesso em: 22/4/2020.

¹⁶¹ COSTA SABINO, Marco Antonio da. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde. *In: O controle jurisdicional de políticas públicas*. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe (Coords.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

¹⁶² Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/renome2010.pdf>. Acesso em: 12/3/2020.

¹⁶³ COSTA SABINO, *op. cit.*

¹⁶⁴ O Ministério da Saúde publicou a Portaria GM/MS nº 3.047, de 28 de novembro de 2019, que estabelece o elenco de medicamentos e insumos da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais - Rename. A Rename foi elaborada a partir das definições do Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, e estruturada de acordo com a Resolução MS/GM/CIT nº 25, de 31 de agosto de 2017. A Rename contempla os medicamentos e insumos disponibilizados no SUS, além de determinados medicamentos de uso hospitalar e outros insumos para saúde. Disponível em: <http://conitec.gov.br/en/renome18>. Acesso em: 23/4/2020.

¹⁶⁵ No estado de São Paulo, temos a Lei nº 10.938/2001, que instituiu a Política Estadual de Medicamentos.

¹⁶⁶ Em Guarulhos, por exemplo, temos a Remome, prevista na Lei Municipal nº 7195/2013, que são distribuídos gratuitamente à população nas Unidades da Rede Pública Municipal de Saúde (Unidades

Com relação à questão da participação da comunidade, a última diretriz do SUS, importante registrar o regramento previsto na Lei Federal nº 8.142/90:

Art. 1º. O Sistema Único de Saúde (SUS), de que trata a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, contará, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, com as seguintes instâncias colegiadas:

I - a Conferência de Saúde; e

II - o Conselho de Saúde.

§ 1º A Conferência de Saúde reunir-se-á a cada quatro anos, com a representação dos vários segmentos sociais, para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, convocada pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, por esta ou pelo Conselho de Saúde.

§ 2º O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua 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.

§ 3º O Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass) e o Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (Conasems) terão representação no Conselho Nacional de Saúde.

§ 4º A representação dos usuários nos Conselhos de Saúde e Conferências será paritária em relação ao conjunto dos demais segmentos.

§ 5º As Conferências de Saúde e os Conselhos de Saúde terão sua organização e normas de funcionamento definidas em regimento próprio, aprovadas pelo respectivo conselho.

Como visto, referida questão assumiu um papel de suma importância e relevância, eis que a própria população é destinatária das ações e serviços oferecidos, e é a maior interessada na qualidade e na excelência do atendimento. Age como um verdadeiro fiscal sistêmico e que não se enquadra nos conceitos de controle interno e externo que foi mencionado outrora. É um fiscal prático, um termômetro, e um verdadeiro ator na implementação de políticas públicas – o que será abordado no terceiro capítulo -, a exemplo dos Conselhos de Saúde.

Conforme Sueli DALLARI, “A participação popular no processo de planejamento é fundamental para que o conteúdo do direito à saúde corresponda aos limites tolerados de interferência na liberdade e respeite a igualdade essencial dos homens, assim como esteja adequado ao estágio de desenvolvimento atingido pela comunidade”.¹⁶⁷

Básicas de Saúde, Centros de Atendimento Psicossocial, Ambulatórios e Centro de Especialidades Médicas).

¹⁶⁷ DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista de Saúde Pública**. São Paulo, 1988.

Vale consignar, ainda, que na visão de Saulo PIVETTA, a atuação popular é relevante instrumento de controle e avaliação dos administradores públicos, o que permite que fiscalizem a melhor utilização dos recursos orçamentários destinados à saúde e, com isso, colaborem trazendo informações que permitirão tornar os serviços mais eficientes.¹⁶⁸

Por fim, cumpre mencionar, conforme já visto, que o funcionamento do SUS, na prática, se opera através da implementação de políticas públicas com a prestação efetiva de serviços públicos pelo Estado, podendo ser privados em sua complementariedade¹⁶⁹, preferencialmente por instituições sem fins lucrativos (art. 199 § 1º, da CF/88), observando-se, sempre, as diretrizes do SUS, à luz das paradigmáticas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF, ADI 1.923/DF e STF, RE 581.488/RS).¹⁷⁰

Segundo MÂNICA, a interpretação constitucional do STF reconhece “a supremacia do direito fundamental à saúde e do regime jurídico de sua prestação em detrimento da estrutura encarregada de fornecer os serviços assistenciais de saúde”.¹⁷¹

Acerca da complementariedade, cumpre observar ainda o disposto na Lei Orgânica da Saúde (Lei Federal nº 8.080/1990):

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

¹⁶⁸ PIVETTA, Saulo Lindorfer. Direito fundamental à saúde: regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial. 270-f. Dissertação (Mestrado) - Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná. Defesa: Curitiba, 15/3/2013, p. 140.

¹⁶⁹ Cf. MÂNICA, Fernando Borges. **O setor privado nos serviços públicos de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 167. “A noção de complementariedade deve ter por parâmetro todas as ações em serviços de saúde, as quais não podem ser executados integralmente por entidades privadas, por envolverem atividades exclusivas de Estado, como ações de vigilância, regulação e formulação de políticas públicas. (...) Segundo a tese defendida, parte das ações e serviços públicos de saúde envolvem atividades exclusivas de Estado, as quais não podem ser trespassadas aos particulares por meio de parcerias. Já as atividades assistenciais, por envolverem a mera prestação de serviços, podem ser trespassadas a entes privados, desde que por meio de vínculos jurídicos que garantam o respeito às diretrizes do SUS e os princípios do serviço público.”

¹⁷⁰ STF. **ADI 1.923/DF**, Tribunal Pleno. Rel. para o acórdão Min. Luiz Fux. DJU17.12.2015; e STF. RE 581.488/RS, Tribunal Pleno. Rel. Min. Dias Toffoli. DJU, 8/4/2016.

¹⁷¹ MÂNICA, Fernando Borges. Enciclopédia Jurídica da PUC-SP. Direito administrativo e constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr. *et al.* (Coord.). São Paulo, 2017. Disponível em: <http://enciclopediajuridica.pucsp.br>. Acesso em: 22/4/2020.

Conforme a normativa, fica claro que a iniciativa privada só atua, mediante a celebração de parcerias, quando há insuficiência (qualitativa e quantitativa) da cobertura assistencial de saúde à população, visando aumento ou melhoria na prestação, a ser instrumentalizadas por ajustes que observem as diretrizes do SUS e dos princípios dos serviços públicos, que materializam as bases do Estado social e democrático de direito plasmado pela CF/88¹⁷².

Nesse ponto, vale reiterar que podem ser firmadas parcerias entre órgãos públicos (adm. direta e indireta), e com a iniciativa privada, com instituições sem fins lucrativos componentes do Terceiro Setor, através da contratualização de convênios e congêneres (art. 199 e § 1º da CF/88, e art. 116, da Lei Federal 8.666/93 – Termo de Convênios; Leis 13.019/2014 – Termos de Colaboração e de Fomento, Lei Federal nº 9.637/98 – Contrato de Gestão com OSs; Lei Federal nº 9.790/99 – Termo de Parceria com OSCIPs, entre outras parcerias), bem como contratos administrativos públicos (art. 55, da Lei Federal nº 8.666/93) e Parcerias Público-Privadas (Lei Federal nº 11.079/2004 – Lei das PPPs) com instituições privadas, com fins lucrativos.¹⁷³

1.3.2. O SUS e o seu financiamento

Considerando as questões supramencionadas e observando, neste momento, a amplitude sistêmica (universalidade) fornecida pelo sistema brasileiro, podemos concluir que o custo da prestação dos serviços de saúde é altíssimo.¹⁷⁴

Segundo Ingo Wolfgang SARLET¹⁷⁵ e Virgílio Afonso DA SILVA¹⁷⁶, acerca dos direitos sociais prestacionais, seu “custo” assume especial relevância no âmbito de

¹⁷² MÂNICA, Fernando Borges. Enciclopédia Jurídica da PUC-SP. Direito administrativo e constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr. *et al.* (Coord.). São Paulo, 2017. Disponível em: <http://enciclopediajuridica.pucsp.br>. Acesso em: 22/4/2020.

¹⁷³ Sobre o assunto, para aprofundamento, recomendamos a leitura do livro de DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**. São Paulo: Atlas; bem como MÂNICA, Fernando Borges. **Prestação de serviços de assistência à saúde pelos municípios**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

¹⁷⁴ MÂNICA, Fernando Borges. **Prestação de serviços de assistência à saúde pelos municípios**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 32.

¹⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático - E Agora? Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008, p. 163- 206. (rev. e atual.). Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PE_TROPOLIS_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 21/4/2020.

¹⁷⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. *In: Direitos sociais*, p. 589 e ss.

sua eficácia e efetivação, reafirmando que, para boa parte da doutrina, a realização das prestações sociais demandam a alocação de recursos.¹⁷⁷

Nesse sentido, há a necessidade de recursos públicos (financiamento) para fazer frente à realização do direito fundamental de saúde, através do SUS e sua prestação de serviços em caráter universal. Nos dizeres de Fernando Borges MÂNICA:

(...) o Estado intervém em fatos signo presuntivos de riqueza de todas as pessoas, com o objetivo de obter recursos para despesas gerais, como as da saúde. Essa capacidade tributária, fonte maior dos recursos estatais, é limitada, de modo que o orçamento público condiciona a ação estatal, em especial na saúde.¹⁷⁸

A Constituição de 1988 (ADCT), em sua redação original, dispôs que, até a aprovação da Lei de Diretrizes Orçamentárias, 30% (trinta por cento), no mínimo, do orçamento da seguridade social, desconsiderando o seguro-desemprego, seriam destinados ao setor da saúde.¹⁷⁹

Essa é uma das razões, inclusive, para que se institua alguns tributos direcionados à seguridade social através de contribuições¹⁸⁰, eis que a arrecadação destas é direcionada a uma finalidade específica e não fica ao crivo do administrador público dispor como bem entender de tais verbas.

Não obstante, no decorrer constitucional ao longo dos anos, diversas emendas constitucionais mudaram a distribuição e o financiamento da saúde, notadamente quando nos referimos à União Federal.¹⁸¹

Já em meados dos anos 2000, a Emenda Constitucional de nº 29 alterou toda a perspectiva supramencionada, eis que determinou um mínimo de reserva para cada um dos entes federativos

¹⁷⁷ Nesse sentido, também, Gustavo Amaral. **Direito, Escassez & Escolha**, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 69ss; e Flávio Galdino. **introdução à teoria do custo dos direitos**: direitos não nascem em árvores, Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005, p. 147ss.

¹⁷⁸ MÂNICA, *op. cit.*, p. 33.

¹⁷⁹ Art. 55 (ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). Disponível em: [https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/ADC1988_04.10.2017/art_55_.asp#:~:text=55%20\(ADCT\)-,Art.,destinados%20ao%20setor%20de%20sa%C3%BAde](https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/ADC1988_04.10.2017/art_55_.asp#:~:text=55%20(ADCT)-,Art.,destinados%20ao%20setor%20de%20sa%C3%BAde). Acesso em: 21/4/2020

¹⁸⁰ A contribuição é uma obrigação tributária, ou seja, uma prestação pecuniária compulsória paga ao Estado (*lato sensu*), com destinação específica para determinada finalidade, por exemplo, constituição de fundo econômico destinado ao fomento do Sistema de Seguridade Social. Observar o art. 195 da Constituição Federal de 1988.

¹⁸¹ Fundo Social de Emergência (1994), Fundo de Estabilização Fiscal (1996) e a Desvinculação das Receitas da União (2000).

Para os estados um mínimo de 12% (doze por cento), para os municípios 15% (quinze por cento) e para a União a sistemática ficou mais complexa, haja vista que restou determinado que deveria ser investido mais 5% (cinco por cento) sobre o valor investido no ano anterior e, a partir desse momento, a correção teria por base a variação do Produto Interno Bruto (PIB).¹⁸²

Partindo para um panorama mais recente, as Emendas Constitucionais de nº 86/15 e 95/16 alteraram novamente a sistemática do financiamento da saúde sob o prisma constitucional. Restou delimitado que a União deveria investir, no mínimo, 15% (quinze por cento) do valor da receita líquida. Contudo, há de se observar a limitação dada pela emenda de congelamento de gastos, a qual determina que os valores não poderão ser alterados, mas, tão somente, atualizados com base no IPCA (Índice Nacional de Preços ao Consumidor).¹⁸³

Com efeito, observa-se do atual texto constitucional:

Art. 198. (...)

§ 1º O Sistema Único de Saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, além de outras fontes.

§ 2º A União, os estados, o Distrito Federal e os municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais

I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento);

II - no caso dos estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos municípios;

III - no caso dos municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.

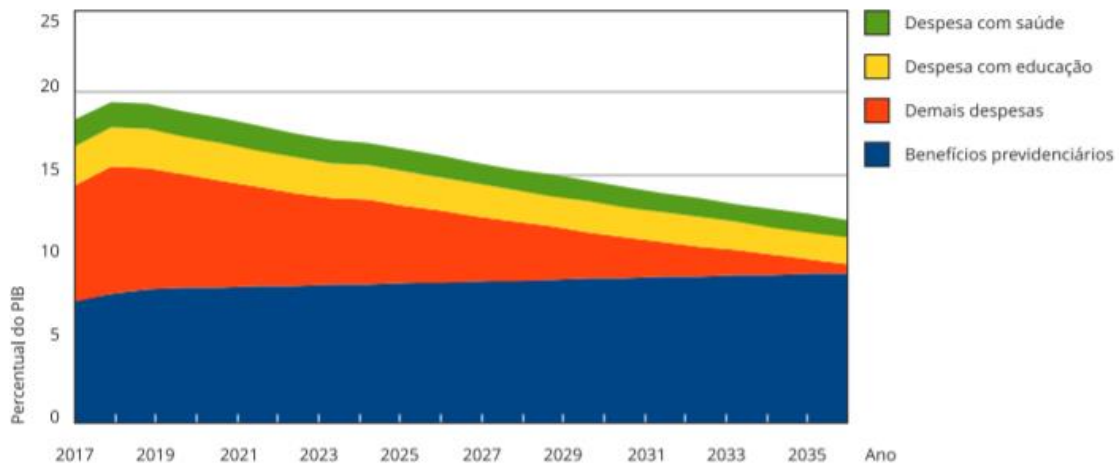
Verifica-se, atualmente, um verdadeiro congelamento de investimentos, que pode prejudicar não somente o desenvolvimento econômico a curto e médio prazo, mas também pode prejudicar um crescimento social da população, fazendo com que os estudos direcionados à área permaneçam congelados e não mais sejam realizadas

¹⁸² MÂNICA, Fernando Borges. **Prestação de serviços de assistência à saúde pelos municípios**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 33. Observar, ainda, a CF/88, art. 198 e parágrafos.

¹⁸³ Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relatorio_gestao_2018.pdf, p. 3. Acesso em: 22/4/2020.

pesquisas inovadoras com descoberta de curas/tratamentos de doenças que acometam a população pátria.¹⁸⁴

Gráfico 1 - Simulação de despesas públicas sob o Novo Regime Fiscal, 2015-2036



Fonte: documento *Austeridade e Retrocesso: Análise das Finanças Públicas e da Política Fiscal no Brasil*³.

* A simulação considera um cenário bastante otimista de retomada do crescimento econômico a 2,5% ao ano a partir de 2018, ainda que inferior à média de crescimento do PIB dos últimos 20 anos, próxima de 3%. Além disso, a simulação considera uma evolução conservadora para o gasto com benefícios previdenciários.

Segundo MÂNICA, o prognóstico é invariavelmente pessimista. A maioria dos países no mesmo patamar econômico e social do Brasil vêm investindo muito mais em relação à saúde e à seguridade social.¹⁸⁵

No mesmo sentido, Ricart César Coelho DOS SANTOS, afirmando que os gastos com saúde do Brasil (4,1%), em percentual do PIB (2015), ficaram atrás dos vizinhos Argentina (4,9%) e Uruguai (5,4%). Traz ainda os seguintes dados: França (8,9%), EUA (8,2%), Canadá (7,9%), Reino Unido (7,7%), entre outros.¹⁸⁶

Em 2015, o mundo gastou US\$ 7,3 trilhões em saúde, representando perto de 10% do PIB global com saúde. As despesas estão crescendo mais rápido que a

¹⁸⁴ ROSSI, Pedro; DWECK, Esther. **Cadernos de Saúde Pública**. Espaço Temático: austeridade fiscal, direitos e saúde, 2016. Fiocruz. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v32n12/1678-4464-csp-32-12-e00194316.pdf>. Acesso em: 24/4/2020.

¹⁸⁵ MÂNICA, Fernando Borges. **Prestação de serviços de assistência à saúde pelos municípios**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 34.

¹⁸⁶ SANTOS, Ricart César Coelho dos. **Financiamento da saúde pública no Brasil**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 30.

economia em geral. O gasto médio em saúde per capita é 1.011 dólares, mas metade dos países do mundo gasta menos USD 366 por pessoa.¹⁸⁷

Segundo o relatório global de financiamento da saúde de 2018, apresenta-se dados de gastos com saúde de todos os Estados-Membros da OMS entre 2000 e 2016, com base na metodologia SHA 2011. Ele mostra uma trajetória de transformação para os gastos globais em saúde, com aumento do financiamento público interno e declínio do financiamento externo.¹⁸⁸

Como visto, o financiamento público da saúde tem demandado cada vez mais investimentos, representando um grande desafio em nível mundial. No Brasil, com essa austeridade fiscal, com vias a um desejado crescimento econômico, põe em xeque o que já dizia Amartya SEN: “O crescimento econômico não pode sensatamente ser considerado um fim em si mesmo. O desenvolvimento tem de estar relacionado com a melhora da vida que levamos (...)”.¹⁸⁹

Segundo Ricart SANTOS, “o investimento na área social (incluindo a saúde), quando bem realizado, acarreta um verdadeiro ciclo virtuoso, que contribui para a melhoria da qualidade de vida das pessoas”, além de “influenciar o grau de desenvolvimento humano de um lugar” - IDH.¹⁹⁰

Conforme visto, os custos elevadíssimos para uma efetiva prestação de saúde, dependendo cada dia mais do enfrentamento das limitações orçamentárias e financeiras frente ao crescente aumento da demanda em saúde tem sido um grande desafio aos gestores públicos, em especial aos municipais, revelando-se como tema de relevo na atual conjuntura, cuja discussão será enfrentada no próximo tópico.

Num cenário pandêmico¹⁹¹, como o vivenciado atualmente, a situação ainda se agrava, surgindo a necessidade de se repensar todo um modelo falido de

¹⁸⁷ Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/259632/WHO-HIS-HGF-HFWorkingPaper-17.10-eng.pdf?sequence=1>. Cf. Relatório: “*In 2015 the world spent USD 7.3 trillion on health, representing close to 10% of global GDP. Health expenditure is growing faster than the overall economy. The average health expenditure per capita is USD 1,011, but half of the world’s countries spend less USD 366 per person.*” Acesso em: 25/4/2020.

¹⁸⁸ Disponível em: https://www.who.int/health_financing/documents/health-expenditure-report-2018/en/. Acesso em: 24/4/2020.

¹⁸⁹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia de Letras, 2000, p. 29.

¹⁹⁰ SANTOS, Ricart César Coelho dos. **Financiamento da saúde pública no Brasil**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 49 e 53.

¹⁹¹ Declaração de pandemia pela ONU da doença provocada em razão da disseminação do coronavírus Covid-19, em 11/3/2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/organizacao-mundial-da-saude-classifica-novo-coronavirus-como-pandemia/>. Acesso em: 23/7/2020.

financiamento, que se revela incapaz de fazer frente a demanda. Não por outra razão, foram adotadas medidas financeiras e econômicas, inclusive pacote de ajuda aos estados e municípios pela União¹⁹², para fazer frente à necessidade e insuficiência financeira enfrentada, vez que a saúde, quando cotejada com outros direitos, deve sempre ser priorizada, como corolário do direito à vida.

1.3.3. Distribuição de competências, solidariedade e a questão da municipalidade

Conforme visto, o sistema SUS encontra seu fundamento constitucional no art. 198 da CF/88, que prevê que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, em um sistema único, descentralizado, mas com direção única em cada esfera de governo, atendimento integral e participação da comunidade.

No art. 200 da Carta Magna, estão previstas as chamadas Ações e Serviços Públicos de Saúde (ASPS), consideradas competências do SUS, com direcionamentos e deveres estatais.¹⁹³

As ASPS circundam, especialmente, nos seguintes pontos, quais sejam: I) formulação de políticas públicas; II) financiamento das atividades públicas e privadas; III) regulação do setor; IV) fiscalização e controle de atividade que possam afetar a saúde pública – repressivo e preventivo; e, por fim, V) prestação de serviços de assistência à saúde.

Ainda na linha constitucional, é possível identificar o seguinte regramento:

Art. 23. É competência comum da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios:
(...)
II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

¹⁹² Sobre essa temática foi editada, como principal medida, a Lei Complementar Federal nº 173, de 27/5/2020, como pacote de ajuda para repasse direto de R\$ 60 bilhões a estados e municípios, entre outras medidas. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-complementar-n-173-de-27-de-maio-de-2020-258915168>. Acesso em: 29/7/2020.

¹⁹³ A esse respeito, importante observar também a Lei Complementar Federal nº 141/12, que trata do investimento mínimo nacional para essas ações/atividades.

Art. 24. Compete à União, aos estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

Art. 30. Compete aos municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

(...)

VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do estado, serviços de atendimento à saúde da população;

Como visto, a saúde encontra-se amplamente regrada na Constituição cidadã, demonstrando coerência com a fundamentalidade do direito social envolvido.

Observa-se do regramento constitucional que, a princípio, não há divisão de atribuições de cada ente federado, além de atribuir um rol extenso de deveres estatais na área de saúde.

Entretanto, ao analisarmos a Lei Orgânica da Saúde (Lei Federal nº 8.080/1990), que regulamenta o art. 198, da CF/88, verifica-se que se buscou, além de trazer princípios e diretrizes a serem seguidas e de reforçar uma conjugação de esforços de todas as esferas de governos nas ações de saúde, distribuir as competências através dos entes federados.

E isso fica claro quando analisamos os seguintes dispositivos:

Art. 7º. As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS) são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

(...)

XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;

Art. 8º. As ações e serviços de saúde, executados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), seja diretamente ou mediante participação complementar da iniciativa privada, serão organizados de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente.

Art. 16. À direção nacional do Sistema Único da Saúde (SUS) compete: (...)

Art. 17. À direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) compete: (...)

Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete:

I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde;

II - participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde (SUS), em articulação com sua direção estadual;

- III - participar da execução, controle e avaliação das ações referentes às condições e aos ambientes de trabalho;
- IV - executar serviços:
 - a) de vigilância epidemiológica;
 - b) vigilância sanitária;
 - c) de alimentação e nutrição;
 - d) de saneamento básico; e
 - e) de saúde do trabalhador;
- V - dar execução, no âmbito municipal, à política de insumos e equipamentos para a saúde;
- VI - colaborar na fiscalização das agressões ao meio ambiente que tenham repercussão sobre a saúde humana e atuar, junto aos órgãos municipais, estaduais e federais competentes, para controlá-las;
- VII - formar consórcios administrativos intermunicipais;
- VIII - gerir laboratórios públicos de saúde e hemocentros;
- IX - colaborar com a União e os estados na execução da vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras;
- X - observado o disposto no art. 26 desta Lei, celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução;
- XI - controlar e fiscalizar os procedimentos dos serviços privados de saúde;
- XII - normatizar complementarmente as ações e serviços públicos de saúde no seu âmbito de atuação.

Art. 19. Ao Distrito Federal competem as atribuições reservadas aos estados e aos municípios.

Há ainda a Norma Operacional Básica - NOB-SUS nº 1/1996, que estabelece uma gestão plena de saúde básica aos municípios, nos seguintes termos: "(...) A totalidade das ações e de serviços de atenção à saúde, no âmbito do SUS, deve ser desenvolvida em um conjunto de estabelecimentos, organizados em rede regionalizada e hierarquizada, e disciplinados segundo subsistemas, um para cada município - o SUS-Municipal - voltado ao atendimento integral de sua própria população e inserido de forma indissociável no SUS, em suas abrangências estadual e nacional."¹⁹⁴

Cumprindo observar que foi feito um destaque mais pormenorizado acerca das atribuições municipais, à luz de um recorte metodológico para a pesquisa e uma vez que contempla uma gestão plena e um extenso rol, que representa, com nitidez, a prevalência do dever de os municípios garantirem a prestação integral de serviços de assistência à saúde, ganhando relevância a prioridade municipal.¹⁹⁵

¹⁹⁴ Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1996/prt2203_05_11_1996.html. Acesso em: 22/4/2020.

¹⁹⁵ Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relatorio_gestao_2018.pdf, p. 5. Acesso em: 22/4/2020.

Tal relevância pode ser explicada pelo fato, segundo MÂNICA, “de as pessoas viverem nos municípios, não na União ou nos estados. Assim, os problemas tendem a ser solucionados de modo mais efetivo no âmbito local, ou seja, nas cidades”.¹⁹⁶

Diante disso, considerando os elementos já trazidos, é possível afirmar que os municípios são os maiores prejudicados nessa conta. Obviamente – e a própria sistemática de atribuição de competências deixa isso claro – que o município é sempre o mais próximo da população.

E o prefeito municipal, porque delimitado em seu âmbito de competência menor, os limites lindeiros do município, é a autoridade mais próxima e localizável sempre.¹⁹⁷

Assim, o gasto das municipalidades é extremamente desproporcional, principalmente em comparação com a sua arrecadação, haja vista que quase a totalidade dos entes municipais gastam muito além do percentual mínimo de 15% (quinze por cento), chegando até a absurdos 35% (trinta e cinco por cento) de comprometimento de sua receita decorrente da arrecadação.¹⁹⁸

Conforme último gráfico disponível de evolução/participação de gastos por unidade federativa no financiamento público de saúde pelo BNDES, em 1980, o comprometimento orçamentário municipal era de 7,0%, em 2010 já chegava a 28,6%, e em 2015, último dado apresentado nesse estudo, o percentual beirava o absurdo de 30,9%, sendo que a União reduziu de 75% (1980) para 43,2% (2015). E o estadual passou de 18% (1980) para 25,9% (2015).¹⁹⁹

Na atualidade, conforme citado acima por MÂNICA, já se tem comprometido em âmbito municipal 35% da arrecadação municipal com ações em saúde, engessando sobremaneira o gestor público local para realização dos demais deveres

¹⁹⁶ MÂNICA, Fernando Borges. **Prestação de serviços de assistência à saúde pelos municípios**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 43.

¹⁹⁷ NALINI, José Renato. **Justiça: uma questão de educação**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 129.

¹⁹⁸ MÂNICA, *op. cit.*, p. 40.

¹⁹⁹ **Revista BNDES**, setorial 46. Saúde, 2017, p. 46. Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/14134/2/BNDES-Setorial-46_Saude_P_BD.pdf. Acesso em: 20/3/2020.

constitucionais, em especial se tivermos em mente que outros 25% devem ser destinado obrigatoriamente à educação.²⁰⁰

Como fora ressaltado, o município, por diversas razões, é a porta de entrada da população com vias ao seu acesso à saúde.

É evidente, portanto, que o acesso ao serviço de saúde se dá pelo município (UBS, UPAs, PAs²⁰¹) e isso traz um enorme prejuízo à administração local, que, invariavelmente, tem uma arrecadação tributária insignificante (em Guarulhos chegou em aproximadamente R\$ 4 bilhões em 2019)²⁰² se comparada aos estados (em 2019 a arrecadação do estado de São Paulo foi de R\$ 225 bilhões, com superávit de R\$ 18,3 bilhões)²⁰³ e à União (que em 2019 chegou a R\$ 1,537 trilhão).²⁰⁴

Assim, é possível afirmar que os municípios, na atual conjuntura de descentralização, são os mais prejudicados na questão orçamentária destinada à saúde, vez que sofrem o maior comprometimento, bem acima dos 15% mínimos exigidos.

Em Guarulhos, por exemplo, o comprometimento financeiro total com saúde nos anos de 2017, 2018 e 2019 revelou, respectivamente, 31,28%, 28,17% e 26,40%.²⁰⁵ A queda no percentual aplicado pode ser explicada pelas iniciativas de gestão diferenciadas, tanto no aumento de arrecadação como no controle e melhor dispêndio de recursos; nesse último ponto com uma nova sistemática de enfrentamento da judicialização, conforme será visto em uma das experiências retratadas no terceiro capítulo, item 3.3.2.

Importante, nessa toada, começar a repensar a questão da municipalidade na prestação integral de saúde. Até porque, com o maior acesso à informação e à justiça, os municípios vêm sofrendo com o aumento do fenômeno da judicialização, o que

²⁰⁰ CF/88: Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os estados, o Distrito Federal e os municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

²⁰¹ Unidades Básicas de Saúde, Unidades de Pronto Atendimento e Pronto Atendimentos.

²⁰² Dados obtidos junto à Secretaria Municipal da Fazenda de Guarulhos.

²⁰³ Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/ultimas-noticias/sp-registra-melhor-resultado-primario-desde-2010-com-superavit-de-r-183-bilhoes/>. Acesso em: 12/3/2020.

²⁰⁴ Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-01/arrecadacao-federal-com-impostos-chega-r-1537-trilhoes-em-2019>. Acesso em: 12/3/2020.

²⁰⁵ Dados fornecidos pela Secretaria Municipal de Saúde de Guarulhos em 24/3/2020, por solicitação.

causa enormes reflexos de variada ordem, demandando o enfrentamento dessa temática no próximo capítulo.

A baixa e, muitas vezes, precária prestação de serviços, fruto de um orçamento limitado e uma necessidade cada vez maior da população em atendimento²⁰⁶, dá fundamento para que o cidadão, em seu exercício regular de direitos, intente contra os municípios demandas que exijam dele uma maior prestação e maior alocação de verbas destinadas à saúde, mesmo em questões de média e alta complexidade, que não lhe seriam, a priori, atribuições precípuas.

Posto isso, e considerando os relevantes dados acima, bem como o recorte metodológico proposto na presente pesquisa, revela-se importante refletir sobre a distribuição de competências e a responsabilidade solidária que tem sido reconhecida pelo Judiciário, à luz dos entendimentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, ao longo do tempo, a Corte Suprema foi consolidando o entendimento da responsabilidade solidária, ressaltando a necessidade dos entes federados na interlocução (conjugação de esforços) para a prestação de saúde devida, à luz do art. 23, II, da CF/88 (estabelece a competência comum dos entes em matéria de saúde), do art. 7º, XI, da Lei Federal nº 8.080/1990 (conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população).²⁰⁷

Entretanto, em recente julgamento pelo Corte Suprema, o ministro Dias TOFFOLI, na condição de presidente, na STP 127, de 21 de maio de 2019, ressaltou em seu voto que:

O município não participa do financiamento de medicamentos da mais alta complexidade técnica, responsabilidade que se reparte, via de regra, entre estado e União ou é assumida exclusivamente pelo ente federal.

O atendimento de alta complexidade, realizado notadamente em centros de referência, se afinam em maior medida com a vocação dos estados; ao passo em que o financiamento dessa espécie de medicação ocorre, em regra, de forma compartilhada entre estados e União ou exclusivamente pelo ente federal.

Considerando que a prestação de serviços se dá de forma descentralizada, regionalizada e hierarquizada, é evidente que os serviços assistenciais – aqueles que correspondem ao principal dever a ser cumprido pelos

²⁰⁶ Cf. último relatório de gestão do MS, 70% são SUS dependentes. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relatorio_gestao_2018.pdf, p. 3. Acesso em: 22/4/2020.

²⁰⁷ Nesse sentido, podemos citar as seguintes decisões: RE 195.192-3/RS, DJ 22/2/2000; RE-AgR 255.627-1 DJ 22/11/2000 e STA 175-AgR/CE, DJ 17/3/2010.

municípios, em termos de volume, representa o maior comprometimento das receitas destinadas à saúde²⁰⁸.

Ainda, segundo TOFFOLI, embora seja o ente mais próximo do cidadão “*verdadeira porta de entrada do SUS*”, o atendimento que compete ao município é precipuamente o atendimento básico²⁰⁹.

Em outro julgamento, dois dias após, o C. STF, por maioria, nos termos do voto do ministro Edson FACHIN, relator para o acórdão, vencido o ministro Marco Aurélio, sob a presidência do ministro Dias Toffoli, Plenário, 23/5/2019, fixou a seguinte tese de repercussão geral (Tema 793)²¹⁰:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

Dessas recentes mudanças de entendimento que começam a se consolidar na Corte Suprema, extrai-se que os entes federados - União, estados e municípios -, em que pese terem responsabilidade solidária na prestação dos serviços assistências à saúde, devem, à luz da descentralização e hierarquização do sistema SUS, observar as regras de repartição de competências, deixando a cargo dos municípios a atenção básica e baixa complexidade, aos estados e União a média e alta complexidades e medicamentos de alto custo, respectivamente.

Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal e a sociedade como um todo começam a despertar para a realidade municipal, em sinalização positiva de mudança jurisprudencial.

Com efeito, o cidadão pode acionar qualquer dos entes, ou mesmo todos eles solidariamente, como litisconsortes passivos nas demandas em que se pleiteia que o SUS forneça determinada tecnologia de saúde. Inobstante, segundo a decisão referida, cabe ao juiz, ao julgar o caso concreto, avaliar e considerar a repartição de

²⁰⁸ Informação disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/711488288/presidente-do-stf-retira-de-municipio-obrigacao-de-fornecer-medicacao-de-alto-custo>. Acesso em: 10/1/2020.

²⁰⁹ *Ibid.*

²¹⁰ *Leading Case*. Recurso Extraordinário nº 855.178/SE. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>. Acesso em: 21/4/2020.

competências próprias do Sistema Único de Saúde, direcionando o cumprimento da obrigação ao ente responsável pelo ônus financeiro do quanto requerido judicialmente.

Há, ainda, a possibilidade de que o ente incompetente, que tenha arcado com o ônus financeiro da obrigação, seja ressarcido dos valores disponibilizados pelo seu coobrigado.

Ainda, mister abordar, ainda que brevemente, uma temática de ordem processual: o litisconsórcio.

A doutrina pátria trata o litisconsórcio passivo necessário da seguinte forma, *in verbis*:

O conceito de litisconsórcio necessário, como se sabe, mas nunca é demais repisar, não se confunde com o de litisconsórcio unitário. Ao exigir o litisconsórcio em certos casos, ou seja, ao ditar a regra da necessidade, a lei toma em consideração certos fatores de aglutinação que aconselham ou mesmo tornam indispensável a exigência. Esses fatores de aglutinação decorrem das realidades disciplinadas pelo direito substancial (a incidibilidade da situação jurídica) ou da conveniência, sempre metaprocessual, de que o processo tenha maior abrangência (o litisconsórcio por meio de lei específica).²¹¹

Sob esse viés, é evidente que, por conta do princípio da conveniência - muito bem ressaltado pelo autor -, dada a disposição legal específica, as ações que estejam relacionadas à saúde devem possuir no polo passivo, obrigatoriamente, os três entes federados executores dos programas de saúde trazidos pelo SUS.

Desta feita, pode-se afastar uma sobrecarga colocada sobre os administradores municipais, uma vez que eles são, invariavelmente, a porta de acesso dos cidadãos ao SUS, arcando com despesas extremamente vultuosas e que fogem à sua capacidade financeira e às suas próprias atribuições, como demonstrado.

Assim, os nítidos, porém ainda tímidos avanços da jurisprudência, sobre esse relevante aspecto, devem ser verdadeiros norteadores aptos ao necessário respeito à questão da solidariedade no sistema SUS, caso contrário, corre-se o risco de se atravessar um período de problemáticas incoerentes na gestão dos orçamentos, em especial municipais.

²¹¹ DINAMARCO, Candido Rangel. **Litisconsórcio**. 3ª ed. São Paulo: Melhoramentos, p. 161.

Ponto relevante para o atual momento de pandemia vivenciado,²¹² à luz da distribuição de competência constitucional e seus reflexos no momento de um enfrentamento sem precedentes no Brasil, onde os esforços conjuntos fazem a diferença, porém as peculiaridades regionais e locais devem ser observadas, revelam embates que desaguam no Judiciário, só que dessa vez entre entes públicos.

Exemplo claro restou na discussão de competência do presidente (ente federal), para regular questões de saúde, que chegou ao C. STF.²¹³

Em âmbito local e regional, referente às questões de saúde (sanitárias) e de reabertura de mercado, medidas de restrição de circulação, isolamento social e de retomada econômica, com flexibilização, foram diversas as discussões também, provocando o Judiciário em demandas, questionando a competência entre estados e municípios, com forte atuação do Ministério Público.²¹⁴

Não obstante, ainda que num cenário normal, o déficit prestacional em matéria de saúde face aos limitados recursos estatais é visível e refletido na judicialização, mecanismo que tem sido buscado pelo cidadão, de forma crescente, o que pode trazer enormes distorções, prejuízos e consequências²¹⁵, como será tratado a seguir.

2. DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE

2.1 - DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO, DO ATIVISMO JUDICIAL E QUESTÕES RELEVANTES

Conforme defende Carlos María CÁRCOVA, à luz de uma crise crescente dos sistemas de representação política, que afeta as democracias ocidentais, em especial as novas democracias, exsurge o Judiciário e seus juízes, no olhar imaginário da

²¹² Já referenciado anteriormente (Covid-19).

²¹³ Sobre essa questão, recomenda-se a leitura da decisão proferida na Medida Cautelar na ADIN 6.341, Distrito Federal, que apreciou a constitucionalidade da Medida Provisória nº 926, de 20/3/2020, e, por arrastamento, do Decreto Federal nº 10.282/2020, reconhecendo a competência concorrente dos estados e municípios, em termos de saúde.

²¹⁴ A esse respeito, observe-se a ADI estadual nº 2142501-45.2020.8.26.0000, Tribunal de Justiça de SP, em que se questionou competência municipal para regular, via decreto, regras de flexibilização que ultrapassavam as previstas em decreto estadual de quarentena.

²¹⁵ LAGASTRA, Valeria Ferioli. A judicialização da saúde e os métodos consensuais de solução de conflitos. *In: Visão multidisciplinar das soluções de conflitos no Brasil*. João Grandino Rodas *et al.* (Coord.). Curitiba: Prismas, 2018, p. 48-55.

sociedade, como “salvadores da pátria”, último recurso para assegurar o funcionamento do sistema democrático.²¹⁶

Inicialmente, cumpre relembrar que a possibilidade de intervenção judicial na coisa pública, contrariando, por vezes, a decisão dos demais Poderes da República, surge com o *Judicial Review*²¹⁷.

Conforme se observa da produção literária e acadêmica a respeito do *judicial review*, prevalece o entendimento de que seu nascedouro nos Estados Unidos remonta ao caso de *Marbury vs. Madison* (1803), em que se teria consolidado o entendimento pelo qual se permitiria o afastamento da aplicação de dada lei ou de parte dela por entender o magistrado estar diante de uma norma inconstitucional, isto é, incompatível com a Constituição Federal.²¹⁸

O referido caso retrata a mudança de governo dos federalistas de John Adams para os republicanos de Thomas Jefferson, em que findando o governo, o então presidente nomeou dezenas de juízes de paz, sendo que alguns deles se deram no último dia do mandato, o que não permitiu ao secretário de governo e *Chief Justice* John Marshall empossá-los a tempo. Realizada a transição de governo, o então novo presidente ordenou ao seu novo secretário James Madison que expedisse apenas 25 atos, desconsiderando os demais. Dentre os desconsiderados, encontrava-se o William Marbury, que, irresignado, impetrou mandado de segurança na Suprema Corte norte-americana pleiteando a sua posse.²¹⁹

O caso trazia grande repercussão, inclusive política, e foi distribuído ao antigo secretário de governo, agora na condição de *Chief Justice* da Suprema Corte, que acabou aproveitando a oportunidade para proferir decisão, que seria o então marco

²¹⁶ CÁRCOVA, Carlos María. Direito, política e magistratura. Tradução de Rogério Viola Coelho e Marcelo Ludwig Dornelles Coelho. São Paulo: LTr, 1996. *In*: COSTA, Claudia Maria. **O protagonismo do Poder Judiciário no estado social de direito**: diagnósticos, consequências e contribuições para a sua transformação democrática. Tese (Doutorado) - Mackenzie, 2017, p. 135. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/3417/5/Claudia%20Marcia%20Costa.pdf>. Acesso em: 25/4/2020.

²¹⁷ COSTA SABINO, Marco Antonio da. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde. *In*: **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe (Coords.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

²¹⁸ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **História do judicial review**. O mito de Marbury. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/520000/001063213.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20/3/2020.

²¹⁹ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **História do judicial review**. O mito de Marbury. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/520000/001063213.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20/3/2020.

de consolidação do *judicial review*, deixando de apreciar o mérito da questão e, portanto, sem desagradar tanto o anterior como o atual governo, entendeu pela inconstitucionalidade do dispositivo legal que embasava o *mandamus*, por entender que a Constituição trazia rol exaustivo acerca da competência originária da Corte Suprema e não poderia o Legislativo modificar preceito constitucional.²²⁰

Com essa decisão, firmou-se o mais relevante precedente jurisprudencial acerca do *judicial review* e consolidou, dessa forma, o controle judicial da constitucionalidade das leis.

Há, no entanto, estudos históricos que revelam existir outros precedentes antes deste caso, que constituíram um ambiente institucional favorável para que se proferisse essa decisão²²¹.

Fato é que os precedentes que foram sendo firmados ao longo do tempo nos Estados Unidos ajudaram a consolidar uma mudança conceitual da Constituição, que passou de uma mera carta de intenções políticas para ostentar o *status* vinculante de norma fundamental, que confere validade a todo o ordenamento jurídico, além de servir como fundamento para as inúmeras pretensões individuais e concretas da população levadas ao Judiciário²²².

Conforme ponderações realizadas no primeiro capítulo, à luz de um neoconstitucionalismo, verificou-se um novo direito constitucional, tendo como marco teórico, segundo BARROSO, três grandes transformações: o reconhecimento da força normativa da Constituição; a expansão da jurisdição constitucional; e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.²²³

²²⁰ *Ibid.*

²²¹ Segundo defende Marcelo Casseb Continentino, “a prática do *judicial review* não deve ser atribuída à ação exclusiva de uma única pessoa ou de uma decisão isolada, de modo que se constatará que existiram importantes precedentes a Marbury, que lhe criaram um ambiente institucional favorável. (...) As decisões de recusa de aplicação da lei surgem de diversas cortes estaduais. É como se houvesse a formação de uma comunidade linguística pelas cortes, que passaram a desempenhar o papel de guardiães da Constituição de modo mais ou menos consensual”, p.116 e 119.

²²² Defende o mesmo autor que “além de a Constituição tornar-se parte integrante do ordenamento jurídico, do qual ela tomou o posto nuclear de fundamento de validade de todas as demais normas jurídicas, ela passou a ser ativada na fundamentação das pretensões individuais e concretas da população, diariamente levadas ao conhecimento do Poder Judiciário”, p. 127.

²²³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, mar./abr./mai., 2007. Disponível em: <http://direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 12/4/2020.

Operou-se uma verdadeira constitucionalização do direito, com uma Constituição pautada em princípios e valores, além de regras, a revelar um redimensionamento constitucional que passa a tornar exigível uma compatibilização das leis com a norma constitucional, tanto no aspecto formal quanto material,²²⁴ além de demandar uma filtragem constitucional.²²⁵

Como visto, ocorreu uma evolução do Estado Liberal, em que prevalecia a vontade legislativa e a aplicabilidade da literalidade das leis, para um Estado Social e Democrático de Direito, em que se têm uma “Constituição Cidadã” impregnada de normas cogentes de valores e garantias sociais fundamentais, que devem ser concretizados/efetivados, cabendo ao Estado o dever de garantidor dessas prestações sociais, já que elencadas e escolhidas pela sociedade como imprescindíveis ao desenvolvimento social.²²⁶

Segundo ROCCO e JACKSON, “essa transformação do nível constitucional carrega sua essencialidade na busca pela efetivação dos direitos fundamentais”.²²⁷

Os direitos fundamentais sociais constitucionalizados, portanto, passaram a orientar toda interpretação e se fazer exigíveis, à luz de sua força normativa, de tal forma que a tutela jurisdicional de tais direitos se tornou pressuposto da realização da democracia e do Estado Democrático de Direito.²²⁸

Entretanto, o que se verifica já há algum tempo é que, apesar de haver essa promessa constitucional de uma prestação efetiva dos direitos sociais fundamentais

²²⁴ NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de. Reflexões sobre o ativismo judicial. **Revista da Faculdade de Direito UERJ-RFD**, nº 27, 2015, p.150. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/12339>. Acesso em: 20/4/2020.

²²⁵ Cf. BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (Coord.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011. “Toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.”

²²⁶ Cf. Sabino, o legislador constituinte originário, seguindo a tendência mundial dos estados modernos, resolveu adotar o modelo *social* de Estado. A Carta de 88 não apenas assim agiu, mas fez mais: definiu, em seu bojo, algumas das ações que deveria tomar o Estado no trato dos direitos sociais, descendo, muitas vezes, a minúcias, como sucede no caso da saúde e da educação, p. 355.

²²⁷ NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de. Reflexões sobre o ativismo judicial. **Revista da Faculdade de Direito UERJ-RFD**, nº 27, 2015, p.160. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/12339>. Acesso em: 20/4/2020.

²²⁸ NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de. Reflexões sobre o ativismo judicial. **Revista da Faculdade de Direito UERJ-RFD**, nº 27, 2015, p.160. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/12339>. Acesso em: 20/4/2020.

por parte do Estado, há um déficit considerável nessa prestação por parte da administração pública.

No campo das escolhas públicas, adstritas ao poder do Estado, está-se diante de uma decisão política, que demandará um conjunto de atos necessários para implementação dos direitos sociais. As escolhas dos poderes políticos majoritários, legitimamente eleitos, nem sempre atenderão em sua plenitude a todos. Nesses casos, há controle de políticas públicas pela própria administração pública, ou autocontrole, através de órgãos internos e externos, nem sempre suficientes²²⁹.

Não obstante, quando se identifica uma falha no processo decisório implicando negação de um direito fundamental, seja por ação ou omissão estatal, emerge também a missão institucional, dentro dos limites constitucionais, legitimando o Judiciário a intervir, devidamente provocado para tal²³⁰, no que se tem denominado “judicialização da política”²³¹.

Exsurge, assim, a criação do direito ou da norma jurídica pela via hermenêutica constitucional através da atuação do Poder Judiciário, com a utilização de métodos capazes de atender à solução de casos que envolvam princípios e valores.²³²

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nesse sentido, prevê em seu art. 5º, inciso XXXV, que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.

A judicialização, nesse contexto, nasce como um fenômeno natural que decorre do próprio modelo constitucional e de uma conjuntura social de ineficiência estatal. É um fato, uma circunstância.²³³

Segundo Luís Roberto BARROSO, são três as causas da judicialização, apontando como primeira grande causa a **redemocratização do país**, com a

²²⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. Buscando um conceito de políticas públicas para concretização dos direitos humanos. *In: Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo, 2001, p. 11.

²³⁰ COSTA SABINO, Marco Antonio da. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde. *In: O controle jurisdicional de políticas públicas*. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe (Coords.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 357.

²³¹ Cf. PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (Coords.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011. “Judicialização da política é uma atitude deliberada das próprias instâncias políticas em levar ao Judiciário questões não resolvidas consensualmente nos parlamentos para mais uma rodada de decisão.”

²³² NELSON, *op. cit.*

²³³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn) Thesis, Rio de Janeiro. v. 5, nº 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 5/12/2019.

promulgação da Constituição de 1988, em que se verificou uma maior legitimação e estruturação do Judiciário, alçado à condição de verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com outros poderes, sem perder de vista que o ambiente democrático reavivou a cidadania e conferiu maior grau de informação à população acerca dos seus direitos e de como defendê-los, inclusive com o auxílio de instituições, hoje, de grande relevância e atuação, como o Ministério Público e a Defensoria Pública; como segunda e terceira causas refere à **constitucionalização abrangente**²³⁴ e ao próprio sistema brasileiro de **controle de constitucionalidade**²³⁵.

Sob esse olhar, praticamente todas as questões de direito, albergadas pela Constituição podem ser objeto de apreciação judicial e as de maior relevância e repercussão, inclusive, diretamente pela nossa Corte Suprema, operando-se, como já dito, uma expansão da jurisdição constitucional.

Sobre essa questão, Paulo SCHIER nos alerta que não são poucos os estudos sobre esse fenômeno da judicialização dos direitos fundamentais sociais, apontando severas críticas à intensidade e modo como vem ocorrendo.²³⁶

Uma vez instado a se manifestar em casos concretos, à luz da Constituição Federal, o Judiciário tem proferido decisões que, não raras vezes, afetam o planejamento técnico e a gestão dos recursos financeiros, inclusive obrigando a alocação forçada destes por parte do Executivo²³⁷, o que será mais para frente abordado.

²³⁴ *Ibid.*, cf. Luís Roberto Barroso, a Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar política em direito. Na medida em que uma questão - seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público - é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial.

²³⁵ *Ibid.*, sobre essa terceira causa, observa Barroso que o nosso sistema de controle de constitucionalidade é o mais abrangente do mundo, referido como híbrido ou eclético, combinando aspectos dos sistemas europeu e americano, adotando-se o controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar a lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional, bem como discutir em tese, direta e imediatamente no Supremo Tribunal Federal.

²³⁶ SCHIER, Paulo Ricardo. **Presidencialismo de coalizão: contexto, formação e elementos na democracia brasileira**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 46.

²³⁷ LAGASTRA, Valeria Ferioli. A judicialização da saúde e os métodos consensuais de solução de conflitos. *In: Visão multidisciplinar das soluções de conflitos no Brasil*. João Grandino Rodas *et al.* (Coord.). Curitiba: Prismas, 2018, p. 47-63, p. 53. Vale citar, como exemplo, para ilustrar, o STF - RE 566.471, incluído como tema 6 e com repercussão geral, tratando do dever de o Estado fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras.

Na busca do justo, e em especial na realização dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição Federal, encontraria o Judiciário mecanismo importante de atuação, visando suprir a inércia governamental, conforme defende Alexandre LEVIN²³⁸:

A inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas pelo Texto Constitucional compromete a integridade e a eficácia da própria Constituição. É missão institucional do Supremo Tribunal Federal, como guardião da Carta, colmatar essa forma de omissão institucional e conferir efetividade a direitos essenciais previstos no texto. Cabe, assim, ao Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo que promova as políticas públicas necessárias à garantia dos direitos fundamentais previstos na Lei Fundamental.

No entanto, importante analisar se tal atuação não encontraria limitação na Constituição Federal, inclusive à luz do princípio da separação de poderes. Ainda mais quando se identifica, com clareza, que o Judiciário, nesse tempo de crise de representatividade ou legitimidade do demais poderes eleitos, venha se fortalecendo e sendo considerado como o poder de maior destaque do século, em detrimento aos demais.²³⁹

Nesse ponto, merece abordagem e diferenciação, inicialmente, o que se tem denominado “ativismo judicial”, que tem conferido elevado protagonismo para o Judiciário brasileiro.²⁴⁰

Isso porque, segundo André Ramos TAVARES, tem se confundido muito o ativismo judicial com a judicialização da política, contrapondo-se à ideia de liberdade da jurisdição constitucional, amplamente utilizada na defesa dos direitos fundamentais.²⁴¹

Conforme Claudia Maria COSTA, “bem verdade que esse protagonismo do Poder Judiciário, destacado comumente na aparição do juiz, na tomada de decisão

²³⁸ LEVIN, Alexandre. **O direito administrativo na jurisprudência do STF e do STJ**: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Flávio Henrique Unes Pereira; Márcio Cammarosano; Marilda de Paula Silveira; Maurício Zockun (Coords.). Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 33.

²³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn) Thesis, Rio de Janeiro. v. 5, nº 1, 2012, p. 26. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 5/12/2019.

²⁴⁰ COSTA, Claudia Maria. O protagonismo do Poder Judiciário no estado social de direito: diagnósticos, consequências e contribuições para a sua transformação democrática. Tese (Doutorado) - Mackenzie, 2017. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/3417/5/Claudia%20Marcia%20Costa.pdf>. Acesso em: 25/4/2020.

²⁴¹ TAVARES, André Ramos. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 63-66.

política, em meio à chamada judicialização da política – em especial diante das promessas consolidadas nos textos constitucionais -, recai em uma forma tida como perigosa vulgata, o chamado ativismo judicial”²⁴².

Importante deixar claro, desde já, que uma coisa é a judicialização, (por vezes necessária) para garantir a eficácia dos direitos sociais, outra coisa, bem diferente, é o ativismo, que coloca o Judiciário em um papel de protagonista, em detrimento, por vezes, do pacto democrático, se não observado o seu caráter de excepcionalidade e os limites constitucionais, conforme será tratado a seguir.

Passando por uma perspectiva mais histórica, inicialmente tem-se sustentado o entendimento de que o ativismo judicial encontra suas origens na jurisprudência norte-americana, citando-se o caso *Lochner v. New York*, em que a Corte declarou inconstitucional uma lei do estado de Nova York, que estabelecia 60 horas como limite de jornada de trabalho semanal aos padeiros, por entender irrazoável, desnecessária e arbitrária. Porém, foi com o historiador Arthur Schlesinger Jr., através de uma matéria na revista *Fortune*, sob o título *The Supreme Court: 1947*, que o termo “*judicial activism*” entrou no léxico não apenas jurídico, mas, sobretudo, político e popular²⁴³.

Sobre essa temática, observa BARROSO:

As origens do ativismo judicial remontam a jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em primeiro momento, de natureza conservadora. Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial (*Dred Scott v. Sanford*, 1857) e para a invalidação das leis sociais em geral (Era *Lochner*, 1905/1937), culminando no confronto entre o presidente Roosevelt e a Corte, com a mudança da orientação jurisprudencial contrária ao intervencionismo estatal (*West Coast v. Parrish*, 1937). A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, sob a presidência de Warren (1953-1969 e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), acusados em processo criminal (*Miranda v. Arizona*, 1966) e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), assim como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e de interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973).²⁴⁴

²⁴² COSTA, *op. cit.*, p. 79.

²⁴³ ALKIMIN, Maria Aparecida; e DUTRA, Lincoln Zub. O Ativismo Judicial como instrumento de transformação do Estado Democrático de Direito. **Revista Direito & Paz**. São Paulo, Lorena, ano 18, nº 34, p. 300-318; 2016, p. 303. Disponível em: www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/download/357/257/. Acesso em: 3/1/2019.

²⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn) Thesis, Rio de Janeiro. v. 5, nº 1, 2012, p. 26. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 5/12/2019.

Não obstante, a evolução do termo dá sentido a uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e finalidades constitucionais, com interferência mais abrangente no espaço de atuação dos demais poderes estatais.²⁴⁵

Segundo COSTA, os juízes já não são mais aqueles concebidos por Montesquieu, que meramente “pronunciam as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem a força nem o rigor”, mas se transformaram em defensores dos direitos e garantias cidadãos.²⁴⁶

Enquanto o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do direito, a autocontenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.²⁴⁷

Segundo BARROSO, pode-se afirmar, ainda, que o ativismo judicial é uma consequência direta de uma crise de legitimidade instalada nos demais poderes, não se confundindo com a judicialização, apesar da proximidade dos institutos.²⁴⁸

Nessa toada, o fenômeno do ativismo judicial evidencia-se a partir de uma influência indireta do Poder Judiciário nos demais poderes. Ou seja, o ativismo judicial é, em verdade, um termo utilizado para definir uma atuação expansiva e proativa dos juízes ao interferir em decisões dos demais poderes.

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ COSTA, Claudia Maria. O protagonismo do Poder Judiciário no estado social de direito: diagnósticos, consequências e contribuições para a sua transformação democrática. Tese (Doutorado) - Mackenzie, 2017, p. 80. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/3417/5/Claudia%20Marcia%20Costa.pdf>. Acesso em: 25/4/2020.

²⁴⁷ BARROSO, *op. cit.*

²⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn) Thesis, Rio de Janeiro. v. 5, nº 1, 2012, p. 26. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 5/12/2019. Cf. BARROSO: a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. **Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.** Normalmente, ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Pode se dizer que a essa busca pela efetivação dos direitos fundamentais através do Judiciário acabou por consolidar o ativismo judicial.²⁴⁹ Segundo Heliana Maria Coutinho HESS, o Judiciário atua quando devidamente provocado porque as políticas públicas e os serviços públicos dela decorrentes são mal elaboradas e executados, apresentado *déficit* prestacional²⁵⁰.

Para TAVARES, acaba recaindo no Judiciário essa “macrojudicialidade” contida nos direitos sociais que foram relegados pelo Executivo e Legislativo.²⁵¹

Não se perca de vista que o excesso de demandas de cunho político levadas ao Judiciário também pode fazer com que os juízes atuem de maneira expansiva, ultrapassando os limites estipulados legalmente, surgindo a figura de um verdadeiro juiz-legislador.²⁵²

Normalmente, quando o magistrado decide acerca de matérias que envolvam tão somente interesses privados, a atuação não costuma suscitar grandes controvérsias.

Frise-se que na judicialização envolvendo o poder público até se pode conceber uma face positiva deste fenômeno: a de que o Judiciário está atendendo as demandas advindas da sociedade e que não puderam ser plenamente satisfeitas com o Legislativo ou mesmo o Executivo²⁵³; já no ativismo não se pode afirmar isso.

Isso porque, quando se trata de matérias públicas, quando há uma sobreposição de vontade do Judiciário sobre a vontade política dos outros dois poderes, há uma grande repercussão e questionamento.

DWORKIN já recomendava que a atuação do Judiciário ficasse adstrita à técnica, com racionalidade e justificação do raciocínio jurídico, com fundamentação em princípios, e não em política. Inclusive, para o autor, a figura do Juiz “Hercules”

²⁴⁹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; FREITAS, Daniel Castanha de. **O protagonismo do órgão jurisdicional**: uma pesquisa empírica da perspectiva dos magistrados do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná sobre o ativismo judicial. Interesse Público - IP. Belo Horizonte, ano 19, nº 101, p. 115-130. jan./fev., 2017.

²⁵⁰ HESS, Heliana Maria Coutinho. **Ativismo judicial e controle de políticas públicas**. Disponível em: http://www4.jfrj.jus.br/ser/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/221/226. Acesso em: 20/3/2020.

²⁵¹ TAVARES, André Ramos. **Manual do Poder Judiciário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 42.

²⁵² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

²⁵³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn) Thesis, Rio de Janeiro. v. 5, nº 1, 2012, p. 27. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 5/12/2019.

não é ativista, recusando-se “a substituir o seu julgamento por aquele do legislador quando acreditar que a questão em jogo é fundamentalmente política, e não de princípios.”²⁵⁴

Segundo BARROSO, pode-se enquadrar nessa postura ativista do Judiciário: “a imposição de condutas ou de abstenções ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas”.²⁵⁵

Atualmente, o que se verifica é a expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes, num verdadeiro deslocamento pós-Constituição de 1988 da Corte Suprema para o centro do arranjo político, no que se tem denominado Supremocracia²⁵⁶.

Marco Antonio da Costa SABINO, analisando algumas decisões judiciais, destaca o seguinte:

As decisões judiciais não consideravam seus efeitos extraprocessuais, o principal deles, o fato de que tais decisões implicavam a realocação forçada e não planejada dos recursos públicos destinados à saúde. Os juízes analisados não tinham noção do vulto de suas decisões.”²⁵⁷

Nesse ponto, vale a reflexão de NALINI:

Não são poucos os juízes que se consideram o D. Quixote a restaurar, com sua decisão, a harmonia no mundo ferido pelas iniquidades.
(...)
Já não existe pudor nenhum em se afirmar que o juiz apoderou-se de parcela da função legislativa, ao suprir a norma perfeita e inacabada pelo Parlamento. E, ao exercer a função de harmonizar os interesses sociais mediante a ponderação, no julgamento do caso concreto, ele invade outro lado da esfera tradicionalmente atribuída ao Poder Legislativo.
Em nada reduz essa tendência o desprestígio do Parlamento chafurdado em escândalos, corrupção e fisiologia que o leva, não raro, à função ancilar e homologatória da vontade do Executivo.”²⁵⁸

²⁵⁴ DWORKIN. **O Império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 474-475.

²⁵⁵ BARROSO, *op. cit.*

²⁵⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito GV**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24323008000200005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 12/1/2020.

²⁵⁷ SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites. *In: O controle jurisdicional de políticas públicas*. Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe (Coord.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

²⁵⁸ NALINI, José Renato. O futuro da segurança jurídica. *In: GERMANOS, Paulo André Jorge (Coord.). Segurança jurídica: coletânea de textos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 104-121.

Segundo Elival da Silva RAMOS, o ativismo judicial representaria, inclusive, uma atuação judicial além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico.²⁵⁹

Para DWORKIN, em especial nos casos que envolvem objetivos coletivos da sociedade (objetivos sociais), o Judiciário deve ser deferente à política, ou melhor dizendo, deve respeitar os processos majoritários de formação da vontade política (Poderes Legislativo e Executivo), uma vez que deteriam a melhor condição de traçar as diretrizes políticas gerais.²⁶⁰ Pode-se evidenciar, assim, que a atuação (ativista) do Judiciário revelou problemas que fazem retornar o debate jurídico sobre temas como a separação dos poderes, dos arranjos e das relações institucionais²⁶¹.

Consoante nos ensina Gabriel CHALITA, o poder pode ser compreendido como a *“capacidade de impor a própria vontade numa relação social”*²⁶² ou, conforme ressalta Marcello CAETANO, como *“a possibilidade de eficazmente impor aos outros o respeito da própria conduta ou de traçar a conduta alheia”*²⁶³

No âmbito da política, notadamente no âmbito do Estado, tem-se o poder político, que é a autêntica manifestação da soberania estatal e que pode ser entendido como *“a faculdade exercida por um povo de, por autoridade própria (não recebida de outro poder), instituir órgãos que exerçam o senhorio de um território e nele criem e imponham normas jurídicas, dispondo dos necessários meios de coação”*.²⁶⁴

A separação dos poderes é uma tese desenvolvida na antiguidade e remonta a ARISTÓTELES, que se baseou nos regimes constitucionais do mundo antigo para desenvolvê-la:

Todas as Constituições têm três elementos... um delibera sobre os negócios públicos; o segundo concerne à magistratura, tratando da matéria sobre que exerce autoridade, bem como do modo de elegê-la, e o terceiro corresponde ao poder judicante.

(...) Em todo governo existem três poderes essenciais, cada um dos quais o legislador prudente deve acomodar da maneira mais conveniente. Quando

²⁵⁹ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial - Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

²⁶⁰ Segundo Dworkin, "o tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política - decisões sobre que direitos as pessoas tem sob o nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove o bem-estar geral". O Poder Judiciário tem como função garantir os direitos individuais e não determinar objetivos sociais. Os juízes não baseiam suas decisões em objetivos sociais ou diretrizes políticas. Decidem, inclusive, os casos difíceis, com base em fundamentos jurídicos. (DWORKIN, p. 101.)

²⁶¹ MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. Disponível em: <http://pct.capes.gov.br/teses/2008/33002010030P6/tes.pdf>. Acesso em: 12/1/2020.

²⁶² CHALITA, Gabriel. **O poder**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 11.

²⁶³ CAETANO, Marcello *apud* CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 514.

²⁶⁴ *Ibid.*

estas três partes estão bem acomodadas, necessariamente o governo vai bem, e é das diferenças entre estas partes que provêm as suas. (...) ²⁶⁵

Não obstante, em que pese tenha delimitado a existência de três grandes poderes, o sobredito autor não esmiuçou as competências atribuídas a cada um, restando uma lacuna teórica nessa conceituação.

A partir dessas bases, outros teóricos e pensadores desenvolveram pensamentos distintos sobre a temática. Inicialmente, e de forma bem breve, Cromwell admitiu a existência de um Poder Executivo e um Poder Legislativo, ao instituir o protetorado. ²⁶⁶

Posteriormente, John LOCKE ²⁶⁷ formulou a teoria de forma diversa e deveras mais abrangente, uma vez que dividiu o poder do Estado em três formas distintas, quais seja: Legislativo, Executivo e o Federativo (a este último seriam destinadas as relações internacionais). ²⁶⁸

Para o teórico, os dois grandes poderes – O Legislativo e o Federativo – se concentrariam na pessoa do monarca e, assim, trabalhariam de forma indissociável. O Poder Judiciário, embora não referido acima, não deixou de ser objeto de análise de John LOCKE, uma vez que atribui as funções do Poder Judiciário ao Poder Legislativo, inspirando-se no direito inglês, onde o parlamento, com o *impeachment* e a *bills of attainder*, constituía a mais alta corte de justiça. ²⁶⁹

Mas, sobretudo, foi o filósofo francês Charles-Louis de Secondat (Montesquieu) o precursor do princípio da separação dos poderes, em contornos mais específicos, estabelecendo a divisão do poder público em três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário, o que ficou conhecido como “teoria tripartite”.

O teórico francês baseou a sua teoria na Constituição Inglesa, e, na realidade, seu pensamento sofreu grandes alterações no sentido primitivo que possuía. Também, o seu objetivo não era tão amplo quanto se pretende e, talvez, até bem

²⁶⁵ ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

²⁶⁶ In: *The writings and speeches of Oliver Cromwell*, 1939, v. II, EV.

²⁶⁷ LOCKE, John. **O segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Editora Vozes, 1994.

²⁶⁸ PAULINO JACQUES. In: **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 223-224.

²⁶⁹ *Ibid.*

diferente do que os autores posteriores quiseram impingir à sua teoria, condensada no “Espírito das Leis”.²⁷⁰

No desenvolvimento de seu marco teórico aduz ser necessária uma colaboração entre os poderes. Montesquieu, no desenvolvimento de sua tese, buscava unicamente a segurança dos cidadãos.²⁷¹

Ou seja, a separação dos poderes justificar-se-ia a partir da garantia concedida aos governados contra a arbitrariedade do poder monocrático. Seria, finalisticamente, uma forma de se assegurar liberdades:

Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o Poder Legislativo está reunido ao Poder Executivo não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Se o Poder Executivo estiver unido ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.²⁷²

Além do mais, haveria a fórmula do sistema de freios e contrapesos, que evita a arbitrariedade de todos os três poderes, uma vez que um fiscaliza o outro de forma direta ou indireta²⁷³.

Em verdade, o teórico francês buscava, por meio da separação dos poderes, afastar-se do absolutismo dos reinados à época. Propondo um sistema onde cada órgão/poder desempenhasse função diversa, seria possível o sistema de interdependência entre os órgãos do poder e de inter-relacionamento de suas atividades (freios e contrapesos).

²⁷⁰ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

²⁷¹ Cf. GALLEGU, Alfredo: “A união do princípio da separação dos poderes com a ideia de garantir a liberdade individual é obra genuína de Montesquieu”. (*Teoria de La Constitucion*. Tradução de Alfredo Gallego, Bracelona, 1970, p. 55.)

²⁷² MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

²⁷³ Cf. JACQUES, Paulino. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed., RJ, Forense, 1983, p. 371: “Convém multiplicar o nome das autoridades públicas de tal sorte que o poder de cada um deles seja limitado pelo poder das autoridades vizinhas e, que assim, nenhuma possa conseguir um poder absoluto. Ora, esta multiplicação de autoridades não seria realizada sem uma divisão de suas atribuições.”

Na “Constituição Cidadã” (1988), o princípio da separação dos poderes está previsto, de forma expressa, no art. 2º da Carta Magna, dispondo: “*São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*”.

Consagra-se, assim, no ordenamento jurídico vigente a separação dos poderes, assentada na independência e harmonia entre os órgãos do poder político, o que resulta, com relação aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, na ausência de qualquer relação de subordinação ou dependência no que se refere ao exercício de suas funções e, paralelamente, no estabelecimento de um mecanismo de controle mútuo entre os três poderes (sistemática de freios e contrapesos).

É notável que a inspiração constitucional se baseou na obra política de Montesquieu e de seus antecessores. A Constituição Federal de 1988, portanto, tornou a divisão dos poderes, com a especialização de funções e a discriminação de competências, como a própria garantia do estado democrático de direito, dando-se importância e relevância na mesma medida para todos os poderes, independentemente de suas funções.

Em suma, o que visa a teoria tripartite, aplicada no Brasil atualmente, é evitar a hipertrofia de um dos poderes em detrimento dos demais, violando o estado democrático de direito e prejudicando a segurança pública, tão ressaltada por Montesquieu.²⁷⁴

Destaque-se, ainda, que, como salientado pelo filósofo iluminista Montesquieu, tal separação de poderes se deve ao fato de que “*tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos*”²⁷⁵.

Isso porque, nesta situação de concentração de poderes, não haveria liberdade política nem controle mútuo e recíproco – os chamados *checks and balances* ou sistema de freios e contrapesos entre os poderes, fundamentais ao exercício das liberdades públicas - entre os poderes estatais, o que resultaria em despotismo, tirania, arbitrariedade e opressão por parte dos que ocupassem as funções estatais

²⁷⁴ Sugere-se para aprofundamento dessa reflexão a leitura de: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

²⁷⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 181.

carentes de separação, nocivos tanto ao próprio Estado quanto aos direitos fundamentais dos governados.

Assim, além da divisão de atribuições do poder político, revela-se necessário que *“essas distintas funções sejam exercidas por órgãos também distintos, da forma mais especializada possível, todos situados num mesmo plano, sem haver qualquer relação de subordinação entre eles”*²⁷⁶.

Nesse sentido, é impossível deixar de anotar, como sintetizado por Dirley da CUNHA JÚNIOR, que:

(...) os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário sejam desempenhados por órgãos diferentes, “de maneira que, sem nenhum usurpar as funções dos outros, possa cada qual impedir que os restantes exorbitem da sua esfera própria de ação.

Só assim é possível o controle do poder pelo poder, só assim é possível a plena realização da separação de poderes, que se traduz – sintetizamos – na separação funcional (cada função deve ser confiada a cada órgão da maneira mais especializada possível) e na separação orgânica (os órgãos da soberania devem ter independência mútua e devem estar, em tudo, em idêntico pé de igualdade). É essa a essência da doutrina da separação de poderes.²⁷⁷

Referendando a força, razão e utilidade da teoria, a Profa. Cíntia Garabini LAGES sustenta que as ideias de Montesquieu são as melhores que podem ser encontradas sobre a temática:

A teoria da separação de poderes de Montesquieu possibilitou a redefinição do poder do Estado como poder limitado. Ao chamar a atenção para o perigo de se concentrar em um só órgão todos os poderes do Estado, afirmou que o mesmo deveria ser dividido em funções distintas atribuídas a órgãos estatais diversos, propondo uma separação de funções equilibrada (...).²⁷⁸

Era evidente que todas estas funções não eram viáveis de serem exercidas por uma única pessoa, concentrada na mão do monarca.

Nesse sentido, Michel TEMER observa:

Foi observando as sociedades que os autores verificavam a existência das três funções básicas: uma produtora do ato geral; outra, produtora do ato

²⁷⁶ CAETANO, Marcello *apud* CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 522.

²⁷⁷ CAETANO, Marcello *apud* CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 522.

²⁷⁸ LAGES, Cíntia Garabini. **Separação dos poderes: tensão e harmonia**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, nº 58, out., 2008. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5223%3E. Acesso em: 10/1/2020.

especial, e uma terceira, solucionadora de controvérsia. As duas últimas aplicavam o disposto no ato geral. Seus objetivos, porém, eram diversos: uma visando executar, administrar, a dar o disposto no ato geral para desenvolver a atividade estatal; a outra, também, aplicando ato geral, mas com vistas a solucionar controvérsias entre os súditos e o Estado ou entre os próprios súditos. Tais funções sempre foram identificáveis em todas as sociedades, especialmente naquela em que a doutrina chama de Estado absoluto”.²⁷⁹

O autor chega a destacar as diferenças entre as funções e os poderes estatais, alegando que os doutrinadores têm se posicionando erradamente em relação ao assunto²⁸⁰. No mesmo sentido, defende José Afonso DA SILVA²⁸¹ e Dirley da CUNHA JÚNIOR:

O que corretamente, embora equivocadamente, se convencionou chamar de separação de poderes, é, na verdade, a distribuição e divisão de determinadas funções estatais a diferentes órgãos do Estado. Deveras, como o poder é uno e indivisível, não há falar em separação de poderes, mas, sim, em separação de funções do poder político ou simplesmente de separação de funções estatais. Insistimos: não é o poder que é divisível, mas, sim, as funções que o compõem e se manifestam por distintos órgãos do Estado.²⁸²

É de suma importância ressaltar, ainda, que a independência entre os poderes não significa exclusividade no exercício das funções que lhe são atribuídas, mas, sim, predominância no desempenho de suas funções típicas.

De fato, embora, com base na clássica tríplice divisão funcional, as funções legislativas, executivas e judiciais sejam exercidas, predominantemente e respectivamente, pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário - funções típicas -, os mencionados poderes também desempenham, de modo subsidiário e/ou alternativo a depender do caso, as funções típicas dos outros poderes - no caso, funções atípicas -, com vistas a garantir a sua própria autonomia e independência.

²⁷⁹ TEMER, Michel. **Elementos do direito constitucional**, 8ª ed., São Paulo: RT, 1981, p. 116.

²⁸⁰ *Ibid.*

²⁸¹ Cf. SILVA, José Afonso da. *In: Curso de direito constitucional positivo*. 34ª ed., 2011, p. 96: “cumpre, em primeiro lugar, não confundir distinção de funções do poder com divisão ou separação de poderes (...). A distinção de funções constitui especialização de tarefas governamentais à vista de sua natureza, sem considerar os órgãos que, a exercem: quer dizer que existem sempre distinção de funções, quer haja órgãos especializados para cumprir cada uma delas, quer estejam concentradas num órgão apenas. A divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam o nome das respectivas funções, menos o Judiciário (órgão ou Poder Legislativo, órgão ou Poder Executivo e órgão ou Poder Judiciário)”.

²⁸² CAETANO, Marcello *apud* CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 515.

Dessa forma, o princípio da separação dos poderes merece uma releitura, de tal forma a ser entendido como:

(...) um meio a proporcionar, tanto quanto possível, não uma separação rígida de funções, mas, sim, uma coordenação, colaboração ou um entrosamento entre as distintas funções estatais, numa relação de interdependência, de modo a permitir que cada poder, ao lado de suas funções típicas ou principais, correspondentes à sua natureza, possa, em caráter secundário, colaborar com os demais, ou desempenhar funções que, teoricamente, não pertencem ao seu âmbito de competência, mas ao de outro poder, desde que, para tanto, não seja sacrificado o seu núcleo essencial.²⁸³

Com efeito, não é mais possível conceber os poderes estanques, atrelados às suas funções essenciais, mas em uma ligação intrínseca, um movimento constante de tensão e harmonia entre estas instituições – um dos maiores exemplos é a reiterada edição de Medidas Provisórias pelo chefe do Poder Executivo federal.

Retornando à temática dos direitos fundamentais, à luz da separação dos poderes, Daniel GIOTTI pontua:

(...) com a proliferação de direitos fundamentais nas modernas constituições e a assunção de que eles são princípios que podem colidir em casos específicos, sendo uma exigência social a máxima aplicação de cada um dos direitos fundamentais, uma nova concepção de separação de poderes é necessária. Não mais se entende que direito e política são campos totalmente separados e cuja conexão deve ser reprimida para o bom funcionamento do Estado.²⁸⁴

Como já mencionado, não há mais como se conceber poderes estanques, atrelados apenas às suas funções básicas, mas em uma interligação intrínseca, um movimento constante de tensão e harmonia entre estas instituições, sem perder de vista o reconhecimento do papel dos juízes no exercício de seu mister, não apenas na função de meros aplicadores de leis, mas também como influenciadores do contexto político, conforme defende François OST²⁸⁵, o qual salienta que o Judiciário

²⁸³ *Ibid.*, p. 527.

²⁸⁴ PAULA, Daniel Gotti. Ainda existe separação dos poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. In: FELLET, A.L.F.; PAULA, D.G.; NOVELINO, M. (Org.) **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 273.

²⁸⁵ Cf. OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: EDUSC, 2005. “No plano prático, o equilíbrio buscado entre uma perspectiva ‘fundacionista’, que pretenderia ligar-se de modo rígido à letra da Constituição histórica, e a perspectiva ‘monista’ (para retomar os termos de Bruce Ackerman), que confiaria uma soberania política ilimitada a maiorias eleitorais atuais, é atualmente confiado aos tribunais constitucionais, cuja tarefa não se limita mais a proteger a Constituição contra o legislador, mas amplia-se ao controle do próprio constituinte (entendido como constituinte ‘derivado’, exercendo o poder de revisão). Este papel é, ao mesmo tempo, de censura e de abertura. De censura quando se trata de invalidar, como aconteceu na Índia e na África do Sul, por exemplo, tentativas de revisão da Constituição, operadas com violação destes princípios fundamentais e num contexto de

também cumpre sua missão ao resguardar as leis fundamentais de manipulações políticas oriundas dos outros poderes, além da atividade de interpretação, conferindo sentido a termos “abertos”.²⁸⁶

Segundo Claudia COSTA:

A ‘criação’ do direito se dá, nesse viés, também, a partir da intervenção judicial, o que gera uma tensão na separação de poderes. Todavia, bem verdade que essa tensão só se materializa caso a separação de poderes constituídos seja concebida de forma estanque.

Dessa forma, sob essa releitura e nova concepção, na realização de direitos fundamentais sociais, ainda que em função atípica e excepcional, não haveria que se falar em violação do princípio de separação de poderes pelo Poder Judiciário, desde que este objetive nada mais que assegurar o cumprimento e eficácia da Constituição, com a concretização dos valores, direitos e garantias lá previstas.

A independência do Judiciário, outrora fragilizada pelos mandamentos do Ato Institucional nº 5, foi restaurada com a Constituição Federal de 1988, além de ampliar o leque de judicialidade, conferiu novo perfil às instituições do Ministério Público e da Defensoria Pública, incrementando o acesso à justiça, o que gerou evidente impacto no posicionamento deste poder (Judiciário) em face do Executivo e do Legislativo²⁸⁷.

Luciana da Silva COSTA, baseando-se em Conrado Hubner MENDES²⁸⁸, em sua tese de doutorado que aborda uma releitura do princípio consagrado da separação de poderes, numa lógica de dialogicidade, observa em sua pesquisa “como

manipulação política. Como abertura, quando se trata de interpretar noções tão abertas quanto ‘forma republicana’, que figura na Constituição francesa: se uma tal referência opõe-se claramente a um retorno do regime monárquico, ou para a instauração de uma ditadura, será que ele visa também o respeito da liberdade de imprensa, a independência da magistratura, o controle do Executivo pelo Parlamento? Pode-se pensar, certamente, mas é preciso convir que estas questões e muitas outras ainda continuarão a derivar da interpretação e, assim, do tempo metamórfico, único suscetível de manter fecunda a tensão entre ordem e desordem. Como sempre, é justamente ao presente que se trata de fazer a triagem, na herança do passado, do que ainda é necessário para que o futuro tenha sentido”.

²⁸⁶ MADEIRA, Daniel Leão Hitzchky; e AMORIM, Roseando Freitas de. **O ativismo judicial**. Instrumento de concretização de direitos ou ingerência no princípio da separação de poderes? Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=20d039f53b4a6786>. Acesso em: 18/12/2018.

²⁸⁷ COSTA, Luciana da Silva. A Revisitação do Princípio da Separação de Poderes: dialogicidade e tensão como elementos conformadores da identidade constitucional brasileira. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-21012015-091338/publico/COMPLETA_REVISITACAO_DO_PRINCIPIO_DA_SEPARACAO_DE_PODERES.pdf p. 160. Acesso em: 22/3/2020.

²⁸⁸ Referido autor ressignifica as fontes canadenses e americanas do diálogo institucional.

algumas interações já avançam rumo a perceber a riqueza do diálogo institucional, bem como a interlocução com a esfera pública”²⁸⁹, o que será retomado no próximo capítulo.

Outro problema que merece reflexão é a alegada ausência de legitimidade democrática dos magistrados. Os membros do Judiciário não são agentes públicos eleitos (integrantes dos poderes majoritários), mas desempenham, sem sombra de dúvidas, um poder político extremamente relevante, uma vez que é possível invalidar os atos dos outros poderes.

Nesse ponto, importante destacar o que defende BARROSO, justificando a legitimidade democrática dos magistrados:

O fundamento normativo decorre, singelamente, do fato de que a Constituição brasileira atribui expressamente esse poder ao Judiciário e, especialmente, ao Supremo Tribunal Federal. (...) magistrados não têm vontade política própria. Ao aplicarem a Constituição e as leis, estão concretizando decisões que foram tomadas pelo constituinte ou pelo legislador, isto é, pelos representantes do povo. (...) a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco.²⁹⁰

SABINO observa, nesse ponto, que, dentre os argumentos favoráveis à legitimidade democrática dos magistrados, destaca-se o fato de as decisões serem mais bem fundamentadas, à luz do art. 93, IX, da Constituição Federal.²⁹¹

Não obstante, observa BARROSO, ainda, para o risco de politização da justiça²⁹² e a falta de capacidade institucional do Judiciário²⁹³

²⁸⁹ COSTA, *op. cit.*, p. 165.

²⁹⁰ Cf. BARROSO, acerca dos riscos, adverte: Legitimidade democrática: “Falta de Capacidade Institucional do Judiciário”. (BARROSO, p. 27-31).

²⁹¹ COSTA SABINO, Marco Antonio da. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde. *In: O controle jurisdicional de políticas públicas*. Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe (Coord.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

²⁹² Cf. BARROSO “(...) já não subsiste no mundo contemporâneo a crença na ideia liberal-positivista de objetividade plena do ordenamento e de neutralidade absoluta do intérprete. Direito não é política. (...) Poucas críticas são mais desqualificadas para uma decisão judicial do que a acusação de é política e não jurídica. (...) Mesmo nas situações que, em tese, comportam mais de uma solução plausível, o juiz deverá buscar a que seja mais correta, mais justa, à luz dos elementos do caso concreto. O dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação. (BARROSO, p. 27-31).

²⁹³ Cf. BARROSO “Capacidade institucional envolve a determinação de qual poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos e/ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico. (...) normalmente, deverão eles prestigiar as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade. (...) Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em autolimitação espontânea, antes eleva do que diminui. (BARROSO, p. 27-31).

Salta aos olhos a questão do risco de politização da justiça, vez que, na visão de Tércio Sampaio FERRAZ JUNIOR, a sua neutralidade é baliza imprescindível à legitimidade da atuação judicial, sem a qual tudo passa a ser regido por relações de meio e fim. Politizada, a experiência jurisdicional torna-se presa de um jogo de estímulos e respostas que exige mais cálculo do que sabedoria. Segue-se daí uma relação meramente pragmática do juiz com o mundo, que sente e transforma suas decisões em pura opção técnica que deve modificar-se de acordo com os resultados.²⁹⁴

Há, portanto, que se ter em mente que a atuação judicial, ainda que ativista e para que seja justa e legítima, deve estar adstrita aos limites constitucionais e legais, na busca incessante pela justiça e na realização dos direitos fundamentais sociais, atento à realidade social que o cerca.²⁹⁵

Como visto, importante perceber a legitimidade da intervenção judicial em matéria de implementação de políticas públicas, fruto da atual e necessária releitura do princípio da separação de poderes, para, dentro dos parâmetros e limites constitucionais e legais, no exercício de função atípica, promover a realização dos direitos fundamentais sociais, sempre de forma motivada e residual.²⁹⁶

Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e concretizar os direitos fundamentais em relação a tudo mais, os protagonistas da vida política devem ser os que tem votos²⁹⁷.

Quando o juiz decide um caso concreto, ele deve conferir sentido à norma, adstrito aos limites constitucionais (sob pena de arbitrariedade), criando o direito para realizar a vontade da Constituição, o que permite o raciocínio de que essa realização

²⁹⁴ Ferraz Junior, T. (1994). O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?

Revista USP (21), 12-21. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i21p12-21>.

Acesso em: 20/3/2020.

²⁹⁵ ALKIMIN, Maria Aparecida; e DUTRA, Lincoln Zub. O ativismo judicial como instrumento de transformação do estado democrático de direito. **Revista Direito & Paz**. São Paulo, Lorena, ano 18, nº 34, p. 300-318; 2016, p. 316. Disponível em: www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/download/357/257/. Acesso em: 3/1/2019.

²⁹⁶ Sobre essa questão de ser “residual”, será tratada no próximo capítulo a primazia do Executivo na formulação e implementação das políticas públicas.

²⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn) Thesis, Rio de Janeiro. v. 5, nº 1, 2012, p. p. 23-32. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 5/12/2019.

judicial (ainda que ativista) dos direitos fundamentais não apresentaria afronta ao pacto federativo, mas seria fonte de realização democrática.²⁹⁸

Tal raciocínio vem ao encontro do que defende Daniel GIOTTI, acerca do “ativismo moderado”, com vias e evitar uma intromissão desnecessária do Judiciário nos demais poderes:

O ativismo moderado de que se fala representaria, no Brasil, a busca por efetividade dos direitos fundamentais, apenas agindo o STF, em situações excepcionais, para forçar os demais poderes no cumprimento da Constituição Federal.²⁹⁹

Assim, após esse introito acerca da judicialização como mecanismo de realização dos direitos fundamentais sociais, com um recorte das questões pertinentes para a presente pesquisa e um olhar para a postura, que muitas das vezes pode se dar de forma ativista pelo próprio Judiciário, adentrar-se-á na análise da questão da saúde e suas implicações propriamente ditas.

2.2. DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE, HISTÓRICO E IMPLICAÇÕES NO CAMPO SOCIAL E DO DIREITO

Como visto, a sociedade brasileira, a partir da década originada em 1980, tem adquirido a consciência de seu direito à saúde.³⁰⁰

E o acesso à informação, em especial nos tempos atuais, é uma realidade para a maior parte dos brasileiros, seja através da imprensa de rádio e televisão, como pela internet, e até mesmo através de seu aparelho de telefone celular.

Tanto aquelas milhões de pessoas ainda completamente à margem do mercado consumidor quanto as elites econômico-sociais têm reivindicado a garantia do direito à saúde. Também os profissionais ligados à área da saúde vêm exigindo do

²⁹⁸ NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de. Reflexões sobre o ativismo judicial. **Revista da Faculdade de Direito UERJ-RFD**, nº 27, 2015, p.169. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/12339>. Acesso em: 20/4/2020.

²⁹⁹ PAULA, Daniel Giotti de. Intranquilidades, positivismo jurisprudencial e ativismo jurisdicional na prática constitucional brasileira. In: Novelino, Marcelo (Coord.). **Leituras complementares de direito constitucional**. Teoria da Constituição. Salvador: Jus Podium, 2009, p. 338.

³⁰⁰ DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista de Saúde Pública**. São Paulo, 1988, p. 1.

governo brasileiro a proteção, promoção e recuperação da saúde como garantia do direito essencial do povo.³⁰¹

Ninguém tem dúvida de que o art. 25, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas, assinada pelo Brasil, quando enumera a saúde como uma das condições necessárias à vida digna, está reconhecendo o direito humano fundamental à saúde, como já desenvolvido outrora.³⁰²

A sociedade brasileira, como visto anteriormente, tem passado por um processo de transformação e evolução, cujo fato marcante para o direito é o de passar a tutelar questões essenciais à humanidade, rol no qual a saúde se amolda com perfeição, diante de sua fundamentalidade (reconhecida pela Constituição Cidadã de 1988), pois é necessária ao bem-estar físico, mental e social, capaz de viabilizar a garantia da própria vida dos indivíduos - configurando-se, portanto, pressuposto da dignidade da pessoa humana e, como tal, deve ser incansavelmente protegida e respeitada.³⁰³

Nessa toada, e como já tratado, o direito à saúde é reconhecido como direito fundamental social no texto da CF/88, demandando a criação de políticas públicas³⁰⁴, haja vista a necessária concretização desse direito fundamental para a sociedade.

Frise-se que os direitos fundamentais, segundo BOROWSKI, por possuírem máxima hierarquia no ordenamento jurídico (se não realizados adequadamente pelos poderes majoritários³⁰⁵), passam a ser exigíveis judicialmente.³⁰⁶

E, como desenvolvido no item anterior, observados os limites constitucionais e na busca da justiça, legitima-se o magistrado, devidamente provocado, a primar pela eficácia das normas constitucionais, pela concretização dos valores lá expressos (defesa dos direitos e garantias fundamentais), à luz da força normativa da Constituição e da sua interpretação.

³⁰¹ *Ibid.*

³⁰² *Ibid.*

³⁰³ DALLARI, Sueli Gandolfi; MAGGIO, Marcelo Paulo. **A efetivação jurídico-política do direito à saúde no Supremo Tribunal Federal**: a referência paradigmática da SL 47-AGR/PE. R. Dir. Sanitário. São Paulo, v. 17. nº 3, p. 58-76. nov., 2016; fev., 2017.

³⁰⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 240, 83-103. abr./jun., 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>. Acesso em: 18/4/2020.

³⁰⁵ Por “poderes majoritários” entenda-se Executivo e Legislativo, eleitos pelo povo.

³⁰⁶ BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 33.

Entretanto, referida intervenção judicial em matéria de políticas públicas, ainda que admitida em caráter excepcional, nos limites constitucionais e na busca da realização dos direitos fundamentais sociais, tem gerado implicações, distorções e reflexões, o que remete ao estudo desta (judicialização) no campo da saúde pública.

O último relatório de gestão do Ministério da Saúde, datado de 2018, revela o “crescimento no fenômeno da ‘judicialização’ da demanda”.³⁰⁷ São inúmeros os estudos e matérias que revelam o excesso de judicialização em matéria de política pública, e na saúde não seria diferente.

Desde 2012, esse processo conhecido como judicialização da saúde aumentou 92% no Brasil. Nos últimos sete anos (2010-2017), o Ministério da Saúde investiu R\$ 4,5 bilhões para compra de remédios, equipamentos e na cobertura de cirurgias e internações a partir de determinações judiciais.³⁰⁸

Segundo estudo, existem 498,7 mil processos envolvendo o sistema de saúde (público e privado) de Primeira Instância, e 277,4 mil na Segunda Instância. Os principais assuntos discutidos nos processos em Primeira Instância são “plano de saúde” (34%), “seguro” (23,8%), “saúde” (13,2%) e “tratamento médico-hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos” (8,8%). O documento descreve que a incidência elevada de assuntos como “plano de saúde” e “seguro” mostra a relevância das ações judiciais na esfera da saúde suplementar.³⁰⁹

Conforme nos retrata a juíza de direito, Valéria Ferioli LAGASTRA:

Existem, atualmente, 330 mil casos ajuizados contra o Sistema Único de Saúde, apenas nos estados do Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e São Paulo (...). Apenas no estado de São Paulo, a Secretaria de Estado da Saúde teve que responder, desde 2010, a 79.557 ações judiciais, cumprindo atualmente (dados de 2017) cerca de 47 mil condenações, com um gasto anual estimado de 1 bilhão de reais (...) E os pedidos são os mais variados, desde obtenção de medicamentos, até internações e cirurgias de emergência.³¹⁰

³⁰⁷ Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relatorio_gestao_2018.pdf, p. 5. Acesso em: 22/4/2020.

³⁰⁸ Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/2017/02/10/demandas-crescentes/>. Acesso em: 17/3/2020.

³⁰⁹ Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/2017/02/10/demandas-crescentes/>. Acesso em: 17/03/2020.

³¹⁰ LAGASTRA, Valeria Ferioli. A judicialização da saúde e os métodos consensuais de solução de conflitos. In: **Visão multidisciplinar das soluções de conflitos no Brasil**. João Grandino Rodas et al. (Coord.). Curitiba: Prismas, 2018, p. 48-49.

Segundo levantamento de Interfarma (2016)³¹¹, que analisou individualmente mais de 15 mil demandas judiciais em quatro unidades da Federação (Minas Gerais, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo) em 2015, há grande tendência dos juízes de concederem ganho de causa aos pacientes: na amostra analisada, 87% das decisões foram favoráveis aos reclamantes em caráter liminar.

É fato que esta enxurrada de demanda, iniciada na década de 90, com pedidos de medicamentos antirretrovirais para o HIV/aids, tem tido importante papel como via alternativa do cidadão ao acesso a medicamentos no Sistema Único de Saúde (SUS).³¹²

A maioria dos pedidos é individual³¹³ e tem sido deferido, liminarmente, tendo como praticamente única base a prescrição medicamentosa apresentada pelo reivindicante. Revela-se presente, ainda, o fato de a prescrição conter tanto medicamentos incorporados como não incorporados pela assistência farmacêutica (AF) do SUS, alguns sem registro no país ou com indicação terapêutica não constante do registro sanitário.³¹⁴

Como observado no item anterior, esse fenômeno de aumento substancial de demandas (inclusive sobre o direito de saúde) pode se justificar a partir da redemocratização e novo constitucionalismo e pela expansão da linguagem dos

³¹¹ Disponível em: <https://www.interfarma.org.br/biblioteca?p=3>. Acesso em: 10/1/2020.

³¹² BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. **O remédio via Justiça**: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/aids no Brasil por meio de ações judiciais. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

³¹³ Santos CC, Guimarães LG, Gonçalves SA. Estratégias para reorganização e otimização das atividades destinadas ao fornecimento de medicamentos demandados judicialmente contra a Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal (Monografia de especialização) - Faculdade de Ciências da Saúde, Universidade de Brasília, Brasília (DF), 2006.

³¹⁴ Messeder AM, Osorio-de-Castro CGS, Luiza VL. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cad. Saúde Pública* 2005; 21(2):525-534; Vieira FS, Zucchi P. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. **Revista Saúde Pública**, 2007; 41(2):214-222.

LOPES Luciane Cruz; BARBERATO-FILHO, Silvio; COSTA, Augusto Chad; OSORIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa. Medicamentos antineoplásicos e ações judiciais: contribuição para o modelo de assistência farmacêutica no SUS. *In: Relatório de Resultados dos Projetos de Pesquisa - Seminário PPSUS-SP*. São Paulo, 2008; Machado MAA. Acesso a medicamentos via Poder Judiciário no estado de Minas Gerais (Dissertação) - Faculdade de Farmácia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte (MG), 2010; Barcelos PC. Perfil de demandas judiciais de Medicamentos da Secretaria de Estado da Saúde do Espírito Santo: um estudo exploratório (Dissertação) - Instituto de Medicina Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro-RJ, 2010; Figueiredo TA. Análise dos medicamentos fornecidos por mandado judicial na Comarca do Rio de Janeiro: A aplicação de evidências científicas no processo de tomada de decisão (Dissertação). Rio de Janeiro (RJ): Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca. Fundação Oswaldo Cruz, 2010.

direitos humanos;³¹⁵ maior informação e procura por acesso, haja vista o crescente número de SUS dependentes;³¹⁶ e pelo apresentado déficit prestacional, fruto de possível má gestão ou mesmo limitações orçamentárias e financeiras.³¹⁷

Esse aumento se dá, considerando os pontos supramencionados, também por causa das “promessas” constitucionais que criaram um conjunto elevado de expectativas para o Estado brasileiro.

É consenso a legitimidade de se pleitear judicialmente o direito à saúde quando necessário, porém deve-se analisar essa questão com cautela, em especial porque estamos diante de um direito fundamental atrelado à própria sobrevivência humana, ao direito à vida.

Acerca dos pleitos judiciais de fornecimento de medicamentos, por exemplo, a não seleção e incorporação de determinados medicamentos pelos gestores públicos nas listas oficiais (protocolo de saúde) pode ser justificada em razão do recente registro de alguns medicamentos pleiteados, ou por não possuir registro na Anvisa para uso no país, ou ainda, por tratar-se de indicação terapêutica não autorizada no registro e/ou no protocolo terapêutico estabelecido pelo SUS.³¹⁸

Mais ainda, “a seleção de medicamentos deve se fundamentar nas melhores evidências disponíveis e considerar morbidades prevalentes, eficácia, efetividade, segurança e qualidade do fármaco, apresentações farmacêuticas que atendam às necessidades, comodidade posológica, custo e disponibilidade no mercado.”³¹⁹

Um risco que também se apresenta é o de fomento de fraudes, conforme ressalta a juíza LAGASTRA sobre o esquema revelado pela Secretaria Estadual de Saúde de São Paulo junto com a Polícia Federal, da indústria farmacêutica, “que financiava ações judiciais para obtenção de medicamentos ainda não testados e,

³¹⁵ DALLARI, Sueli Gandolfi. Aspectos particulares da chamada judicialização da saúde. R. Dir. Sanit., São Paulo, v. 14, nº 1, p. 77-81. mar./jun. 2013.

³¹⁶ Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relatorio_gestao_2018.pdf, p. 5. Acesso em: 22/4/2020.

³¹⁷ LAGASTRA, Valeria Ferioli. A judicialização da saúde e os métodos consensuais de solução de conflitos. In: **Visão Multidisciplinar das Soluções de Conflitos no Brasil**. João Grandino Rodas et al. (Coord.). Curitiba: Prismas, 2018, p. 48-49.

³¹⁸ PEPE, Vera Lúcia Edais; FIGUEIREDO, Tatiana de Aragão; SIMAS, Luciana; OSÓRIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa; VENTURA, Míriam. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. **Rev. Ciênc. Saúde Coletiva**. vol.15, nº 5. Rio de Janeiro, ago., 2010. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000500015. Acesso em: 9/5/2020.

³¹⁹ *Ibid.*

consequentemente, não incluídos no rol do SUS”, além de outras investigações em curso.³²⁰

Outro ponto a observar, haja vista a conjuntura que surge com a escassez dos recursos públicos, responsável muitas das vezes pela inefetividade ou efetividade deficiente dos direitos fundamentais sociais, criando entraves ao acolhimento de demandas que busquem o fornecimento de prestações materiais, como, por exemplo, os medicamentos ou tratamentos de saúde.

Nesse ponto, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido que esse excesso de judicialização em matéria de saúde pública tem prejudicado políticas públicas, pois decisões judiciais favoráveis a poucas pessoas, por mais importantes que sejam seus problemas, comprometem o orçamento total destinado a milhões de pessoas que dependem do Sistema Único de Saúde (SUS). Nas palavras do ministro Alexandre de MORAES: “Não há mágica orçamentária e não há nenhum país do mundo que garanta acesso a todos os medicamentos e tratamentos de forma generalizada”.³²¹

Segundo LAGASTRA, a efetivação do direito fundamental social à saúde depende de recursos estatais limitados, de tal forma que “a excessiva judicialização no fornecimento de medicamentos põe em risco a organização e o planejamento da política pública para a área da saúde.”³²²

Assim, o fenômeno da judicialização em sua perspectiva histórica, e considerando o seu atual desenvolvimento, pode representar um óbice ao planejamento dos gestores públicos em garantir o acesso à saúde básica ao cidadão, uma vez que, através das ações judiciais, o requerente alcança e prejudica todo um planejamento público – financeiro e organizacional -, podendo prejudicar os seus pares no recebimento da prestação do serviço.

Isso porque, não raras vezes, as decisões judiciais deixaram de considerar seus efeitos extraprocessuais, implicando realocação forçada e não planejada de

³²⁰ LAGASTRA, Valeria Ferioli. A judicialização da saúde e os métodos consensuais de solução de conflitos. *In: Visão multidisciplinar das soluções de conflitos no Brasil*. João Grandino Rodas *et al.* (Coord.). Curitiba: Prismas, 2018, p. 53.

³²¹ Matéria veiculada na página eletrônica do STF, referente ao RE 566471. Decisão não disponível ainda. Matéria disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439095&caixaBusca=N>. Acesso em: 22/4/2020.

³²² LAGASTRA, Valeria Ferioli. A judicialização da saúde e os métodos consensuais de solução de conflitos. *In: visão multidisciplinar das soluções de conflitos no Brasil*. João Grandino Rodas *et al.* (Coord.). Curitiba: Prismas, 2018, p. 52-53.

recursos públicos destinados à saúde, revelando que os juízes não perceberam o vulto de suas decisões.³²³

A administração pública realiza todo um planejamento para execução de suas atividades e, repentinamente, depara-se com a necessidade de cumprir ordem judicial, impondo a obrigação de fazer algo no prazo de 30, 60 ou 90 dias, por vezes até em 24 ou 48 horas.

Não raras vezes, o magistrado esquece-se, também, de que para realizar uma determinada despesa faz-se necessária uma estimativa do impacto orçamentário, da adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com plano plurianual e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias, pois, caso contrário, a despesa será considerada irregular, não autorizada e lesiva ao patrimônio público.³²⁴

Sabidamente, a utilização de recursos públicos depende de planejamento e, conseqüentemente, das leis orçamentárias. A administração pública planeja-se através de suas leis orçamentárias – Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA) -, que são leis de iniciativa do Poder Executivo a serem aprovadas pelo Poder Legislativo.

Ou seja, os magistrados, por meio de suas decisões, por vezes, desconsideram o orçamento e todos os procedimentos para a adequada realização da despesa pública, e, por consequência, corre-se o risco de prejudicar outras ações igualmente relevantes e previamente planejadas.³²⁵

Essa situação preocupa e afeta o sistema de saúde público e privado diretamente. De um lado está o paciente, que muitas vezes vê na justiça o último recurso para obtenção de um tratamento ou medicamento que não faz parte da cobertura de seu convênio médico ou do Sistema Único de Saúde (SUS), a maioria em casos de alta complexidade ou doenças raras. Do outro lado, estão as operadoras

³²³ COSTA SABINO, Marco Antonio da. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde. *In: O controle jurisdicional de políticas públicas*. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe (Coords.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 379.

³²⁴ Nesse ponto, observar a Lei de Responsabilidade Fiscal, arts. 15, 16 e 17.

³²⁵ COSTA SABINO, Marco Antonio da. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde. *In: O controle jurisdicional de políticas públicas*. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe (Coords.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 379.

de saúde e o poder público, que se veem com orçamentos comprometidos em ações judiciais.³²⁶

Os pacientes reivindicam desde produtos em falta nas farmácias públicas ou em hospitais públicos, terapias não incorporadas ao SUS em função de seu elevado custo e até medicamentos experimentais, que ainda não tiveram sua eficácia e segurança demonstrada por ensaios clínicos.

Assim, considerando essa problemática do aumento substancial da judicialização da saúde, e não deixando de observar, também, o congelamento de gastos públicos com saúde que se deu em meados de 2017³²⁷, o cenário tende a agravar, com inúmeras implicações, caso não sejam realizadas reformas ou alterações de perspectiva para a solução dessa questão.

Com efeito, a judicialização em massa tem gerado muitos reflexos; do ponto de vista da gestão do sistema público de saúde, a judicialização modifica o curso do processo decisório de alocação de recursos no SUS, transferindo-os para demandas individualizadas. Quando o Poder Judiciário determina a entrega imediata de medicamentos, frequentemente recursos dos pacientes regulares do SUS são deslocados para atender ao litigante - promovendo a individualização de problemas de saúde, coletivos por natureza.

Há quem defenda, inclusive, para minimizar referida questão, a utilização de ações coletivas, conforme Ingo Wolfgang SARLET, ressaltando: “por esta via (da ação coletiva) um tratamento mais isonômico e racional, além de evitar ao máximo o casuísmo, a insegurança, que implicam impacto sobre o sistema de políticas públicas, nem sempre compatível com o objetivo de assegurar a máxima efetividade dos direitos fundamentais para a maior parte das pessoas”.³²⁸

³²⁶ Disponível em: <https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/judicializacao-da-saude-dispara-e-ja-custa-r-13-bi-a-uniao/>. Acesso em: 5/12/2019.

³²⁷ Emenda Constitucional nº 95: a EC 95 limita por 20 anos os gastos públicos. Os senadores aprovaram a proposta (PEC 241/16) em 13/12/2016. Foi encaminhada pelo presidente Michel Temer – quando ele ainda estava na condição de interino – ao Legislativo com o objetivo de equilibrar as contas públicas por meio de um rígido mecanismo de controle de gastos. Chamada de PEC do Teto dos Gastos, determina que, a partir de 2018, as despesas federais só poderão aumentar de acordo com a inflação acumulada conforme o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA. É considerada uma das maiores mudanças fiscais em décadas. Uma das principais críticas refere-se ao fato de que a PEC limita gastos que historicamente crescem todos os anos acima da inflação, como educação e saúde. Outra crítica incide no congelamento dos gastos com programas sociais.

³²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático - E Agora? Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008, p. 163- 206. (revista e

Ocorre que as decisões judiciais, por vezes, vêm provocando a quebra dessa estrutura de planejamento e orçamento, desrespeitando a autonomia do ente integrante da República.³²⁹

É visível que na rotina dos administradores públicos haja o deferimento de liminares para impor a execução imediata sob a forma e o prazo decidido logo no início da demanda judicial, desprezando-se o orçamento público e o planejamento, além de causar um verdadeiro atropelo na administração.³³⁰

Um das questões que surge é a necessidade de se compatibilizar a necessidade de atendimento essencial à saúde com a escassez de recursos, o que tem gerado certa tensão e embate entre dois princípios, o “mínimo existencial”, defendido pelo Judiciário e a “reserva do possível”, defendido pelo Executivo (administração pública).³³¹

Referidos princípios têm sido ponderados³³², na esteira do que tem defendido Alexy, nas análises dos casos concretos, já que as decisões judiciais afetam e direcionam as políticas públicas.

Nesse sentido, o ministro Gilmar MENDES, em recente julgado, assevera:

As divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar ‘mínimo existencial’ e ‘reserva do possível’ (*Vorbehalt des Möglichen*).³³³

atualizada). Disponível em:
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PE_TROPOLIS_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 21/4/2020.

³²⁹ ARAUJO, Rodrigo Henriques de. **Autonomia municipal, orçamento público e ativismo judicial**. vol. 3, Ed. Única. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 181.

³³⁰ *Ibid.*, p. 182.

³³¹ FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante**. v. 52, nº 1. Rio de Janeiro. mar., 2009. disponível em:
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direito_a_Saude_Recursos_escassos_e_equidade.pdf. Acesso em: 9/4/2020.

³³² Cf. BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A Nova Interpretação Constitucional e o papel dos princípios do direito brasileiro. **Revista da EMERJ**. v. 6, nº 23, 2003. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23.pdf. Acesso em: 18/4/2020. “A existência de ponderação não é um convite para o exercício indiscriminado de ativismo judicial. O controle de legitimidade das decisões obtidas mediante ponderação tem sido feito através do exame da argumentação desenvolvida. Seu objetivo, de forma bastante simples, é verificar a correção dos argumentos apresentados em suporte de uma determinada conclusão ou ao menos a racionalidade do raciocínio desenvolvido em cada caso, especialmente quando se trate do emprego da ponderação.”

³³³ Supremo Tribunal Federal. **STA 175-AgR/CE**, Rel. Gilmar Mendes, 17/3/2020, p. 77.

Acerca do “mínimo existencial”, já tratado outrora, conforme Ingo Wolfgang SARLET, referência no assunto, temos que o mesmo está diretamente ligado ao núcleo essencial do direito fundamental, retratando um “conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, que necessariamente só poderá ser uma vida saudável, que corresponda a padrões quantitativos mínimos”.³³⁴

Segundo Ricardo Lobo TORRES “não é dado ao Estado descumprir a Constituição em patamares que prejudique os indivíduos; quanto mais essencial for a prestação, mais excepcional deverá ser a razão para que ela não seja atendida”.³³⁵

Dessa forma, “o conteúdo do mínimo existencial está relacionado à garantia de prestações básicas que permitam a todas as pessoas viver dignamente”,³³⁶ merecendo proteção, inclusive judicial.

Entretanto, o direito à saúde demanda prestações positivas do Estado e que envolvem custos altíssimos e limitados, nascendo dessa questão a relevante teoria da reserva do possível, que, conforme MÂNICA, atrela o direito à economia, de tal forma que as necessidades (de saúde) são ilimitadas e os recursos são escassos.³³⁷

Segundo o mesmo autor, as políticas públicas mantêm uma relação indissociável com o orçamento, na medida que este é que as prevê, possibilita e autoriza legalmente a implementação, impondo a sua observância, ou restrição, com relação a valores e princípios orçamentários³³⁸.

Nesse ponto, tem sido cada dia mais crescente no Brasil a discussão sobre os custos dos direitos.³³⁹

³³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10ª ed. Porto Alegre, 2011, p. 460.

³³⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 75.

³³⁶ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço público: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social**. Curitiba: Íthala, 2016, p. 224-225.

³³⁷ MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: Direitos à prestação e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. **Revista Eletrônica Direito sobre a reforma do Estado (RERE)**, Salvador. Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 21, p. 182. mar./abr./maio., 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-FERNANDO-MANICA.pdf>. Acesso em: 22/3/2020.

³³⁸ *Id.*, **Prestação de serviços de assistência à saúde pelos municípios**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 29.

³³⁹ Nesse ponto, observa-se os seguintes estudos: HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R., *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York and London: W. M. Norton, 1999, p. 43; GALDINO,

Para melhor compreensão da “Teoria da Reserva do Possível”, temos que a sua origem remonta à década de 70, mais precisamente 18 de julho de 1972, quando foi suscitada de forma inovadora em decisão proferida pela Corte Constitucional Alemã, com o fito de afirmar a necessidade de um juízo de ponderação nas demandas judiciais que exigissem uma prestação material por parte do Estado.³⁴⁰

Sobre o posicionamento da Corte Alemã, Ingo Wolfgang SARLET³⁴¹ observa que se reconheceu que os recursos públicos consistem em condição para o acesso efetivo de direitos fundamentais. Dessa forma, entendeu-se que não houve violação à liberdade de escolha da profissão, uma vez que as limitações constitucionais impostas pelas universidades eram constitucionais, nas circunstâncias apresentadas, à luz da “Reserva do Possível”.³⁴²

Nesse sentido, vale destacar trecho da decisão *numerus clausus*:

Mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. [...] Por outro lado, um tal mandamento constitucional não obriga, contudo, a prover a cada candidato, em qualquer momento, a vaga do Ensino Superior por ele desejada, tornando, desse modo, os dispendiosos investimentos na área do Ensino Superior dependentes exclusivamente da demanda individual frequentemente flutuante e influenciável por variados fatores. [...] Fazer com que os recursos públicos só limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade. (SCHWABE apud CASTRO, 2016)³⁴³

Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; SCAFF, Fernando Facury. sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 113.

³⁴⁰ O mencionado julgado, identificado como BVerfGE 33, 330, tratava do pleito de dois estudantes por vagas no curso de medicina, nas instituições de Ensino Superior dos estados alemães da Bavária e Hamburgo, uma vez que tiveram seu acesso às mesmas obstado em virtude da limitação na quantidade de vagas disponíveis. A referida restrição tinha como objetivo as regras *numerus clausus* destinadas às universidades, as quais fixavam requisitos específicos para o ingresso no Ensino Superior.

³⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed., revista, atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

³⁴² *Ibid.*

³⁴³ OLIVEIRA, Jadson Correia de; SOUZA, Jordânia Oliveira. Da inaplicabilidade da teoria da reserva do possível no contexto jurídico-social brasileiro: o estado social como garantidor do direito fundamental à saúde. *In*: **Revista Pensamento Jurídico**. São Paulo, v. 12, nº 2, jul./dez., 2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Pensamento-Jur_v.12_n.2.08.pdf. Acesso em: 24/3/2020.

Com efeito, a discussão de fundo revela que o cobertor é curto³⁴⁴, e muitas vezes para se atender uma determinada prestação estatal, terão que ser feitas escolhas orçamentárias alocativas, tema tipicamente político e de primazia do Poder Executivo, observado o mínimo existencial e a razoabilidade da pretensão.

Segundo Courtis e Abramovich:

*Un Estado sólo puede atribuir el no cumplimiento de las obligaciones mínimas a la falta de recursos disponibles, si logra demostrar que há realizado todo esfuerzo a su alcance para utilizar la totalidad de los recursos que están a disposición en pos de satisfacer, con carácter prioritário, esas, obligaciones mínimas.*³⁴⁵

Nesse sentido, é o posicionamento do ministro Celso de MELLO, conforme ADPF nº 45:

A realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, contudo, ao poder público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais.

A complexidade das questões envolvendo os custos dos direitos, direito econômico e direito a vida, foi bem advertida em outro julgado do STF, no voto do ministro Gilmar Mendes, lembrando Canotilho:

Em toda sua radicalidade – enfatiza Canotilho – a censura de fuzzismo lançada aos juristas significa basicamente que eles não sabem do que estão a falar quando abordam os complexos problemas dos direitos econômicos, sociais e culturais³⁴⁶

³⁴⁴ SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 153.

³⁴⁵ ABRAMOVICH, Victor; COURTS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 90.

³⁴⁶ STF. **STA 175-Agr/CE**, Rel. Min. Gilmar Mendes, 17/3/2010, p. 82. (CANOTILHO, J. J. Gomes. Metodologia "Fuzzy" e "camaleões normativos" na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais. *In*: **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 100.

Em outra decisão mais recente, em 11 de março de 2020, no RE nº 566.471, o Supremo Tribunal Federal julgou em sede de repercussão geral que o Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo pela via judicial quando não previstos no Sistema Único de Saúde – SUS (STF, 2020).

Analisando esse julgado, Willian DOUGLAS e Eduardo OLIVEIRA asseveram que o STF:

Entendeu, porém, que poderá o Estado ser obrigado a fornecer os medicamentos se comprovada sua extrema necessidade e a incapacidade financeira do paciente, desde que registrado na Anvisa, ou seja, desde que existam elementos técnicos validados por autoridades a demonstrar a eficácia da tecnologia pretendida. (...) De fato, parece que o Judiciário começa a acordar para o fato de que, por maiores e melhores que sejam as intenções, ainda assim estarão limitadas pela escassez de recursos do plano material³⁴⁷.

De fato, são complexos os problemas que envolvam os direitos econômicos e sociais. O Poder Judiciário, conforme defende SCAFF, atua no campo da microjustiça, e não da macrojustiça, a cargo dos demais poderes³⁴⁸.

Já os Poderes Executivo e Legislativo, atuando no campo da macrojustiça, devem assegurar, ao menos, o núcleo dos direitos fundamentais, assim considerada a dignidade da pessoa humana ou o mínimo existencial, pressuposto da própria vida.³⁴⁹

Nesse sentido, o Estado, considerando o seu limitado orçamento, tem invocado a reserva do possível como forma de se eximir de prestar serviços que fujam da razoabilidade e de um mínimo existencial, diretamente ligado à dignidade da pessoa humana.³⁵⁰

³⁴⁷ OLIVEIRA, Eduardo Perez; DOUGLAS, William. **Direito à Saúde X Pandemia**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2020, p. 48.

³⁴⁸ SCAFF, Fernando Facury. Orçamento Público, Direitos Sociais e Escolhas Políticas ou Reserva do Possível e Escolhas Trágicas na Implementação dos Direitos Sociais. *In*: LUCCA, Newton de; MEYER PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Baeta (Coords.). **Direito constitucional contemporâneo: Homenagem ao Professor Michel Temer**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 578.

³⁴⁹ *Ibid.*

³⁵⁰ OLIVEIRA, Jadson Correia de; SOUZA, Jordânia Oliveira. Da inaplicabilidade da teoria da reserva do possível no contexto jurídico-social brasileiro: o estado social como garantidor do direito fundamental à saúde. *In*: **Revista Pensamento Jurídico**. São Paulo, v. 12, nº 2. jul./dez., 2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Pensamento-Jur_v.12_n.2.08.pdf. Acesso em: 24/3/2020.

Entretanto, cumpre observar que não é raro encontrar nas demandas judiciais excentricidades como o fornecimento de fraldas, achocolatados, adoçantes, amido de milho etc.,³⁵¹ a pretexto da realização de um mínimo existencial.

E mesmo nos pleitos judiciais dentro da assistência farmacêutica, que estariam, em tese, contemplados no conteúdo do mínimo existencial, é importante observar o que adverte LAGASTRA:

A verdade é que a judicialização desorganiza as contas públicas e o planejamento na assistência à saúde, além do planejamento da indústria farmacêutica, pois obriga o fornecimento de medicamentos e tratamentos não contemplados nas políticas de saúde. De outro prisma, favorece aqueles que conseguem elaborar melhor suas demandas, e não quem mais necessita, gerando um desequilíbrio, e abrindo espaço para ações de má-fé e fraudes.³⁵²

Dessa forma, são grandes as chances de se obter uma decisão judicial que desequilibre o prato da balança em favor do hipossuficiente e, com isso, retroalimentar a convicção de que sempre vale a pena litigar.³⁵³

Conforme observa NALINI: “É um fenômeno que poderia ser chamado de *justiça no varejo e injustiça no atacado*. Acontece na judicialização da saúde: defere-se um pedido cujo atendimento gera um dispêndio excessivo à prefeitura, que deixa de atender a uma política pública destinada a beneficiar legiões”³⁵⁴.

COSTA, na mesma linha de raciocínio, adverte que não pode o Judiciário determinar gastos sem limites, “desrespeitando os princípios da equidade e da universalidade, assim como as disposições de restrição já determinadas pelo próprio ordenamento”. Socorrendo-se do Judiciário em ações individuais ou coletivas na busca de medicamentos, “pode-se colocar recursos que, se existem, não são para todos, beneficiar apenas aqueles que buscam a prestação jurisdicional”, problema que afeta não só o Brasil, mas outros países também.³⁵⁵

³⁵¹ LAGASTRA, Valeria Ferioli. A judicialização da saúde e os métodos consensuais de solução de conflitos. *In: Visão multidisciplinar das soluções de conflitos no Brasil*. João Grandino Rodas *et al.* (Coord.). Curitiba: Prismas, 2018, p. 54.

³⁵² LAGASTRA, Valeria Ferioli. A judicialização da saúde e os métodos consensuais de solução de conflitos. *In: Visão multidisciplinar das soluções de conflitos no Brasil*. João Grandino Rodas *et al.* (Coord.). Curitiba: Prismas, 2018, p. 53.

³⁵³ NALINI, José Renato. **Justiça**: uma questão de educação. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 13.

³⁵⁴ *Ibid.*

³⁵⁵ COSTA, Claudia Maria. O protagonismo do Poder Judiciário no estado social de direito: diagnósticos, consequências e contribuições para a sua transformação democrática. Tese (Doutorado) - Mackenzie, 2017. Disponível em:

Neste cenário, portanto, de ineficiência Estatal, necessidade de aplicabilidade imediata e efetiva dos direitos fundamentais sociais e escassez de recursos, exsurtem questionamentos acerca dos limites de atuação do poder judiciário, em especial quando se determina a implementação de políticas públicas, se violaria ou não a igualdade/isonomia.

Diante disso, mister se faz analisar a questão da individualização judicial da saúde e do acesso desigual da população à Justiça. Aqueles com condições financeiras de contratar advogados e arcar com os custos do processo judicial acabam sendo beneficiados, enquanto as camadas mais pobres da população permanecem desassistidas, ao menos aquelas em que pouco acesso sequer tem à informação, não lhes conferindo condições de se socorrer da Defensoria Pública.

A esse respeito, afirma Daniel Wunder HACHEM:

Se o reduzido grau de fruição dos direitos sociais no Brasil constitui obstáculo à elevação do índice de desenvolvimento humano, importando manutenção das graves desigualdades existentes na sociedade brasileira, a sua efetivação prioritariamente pelo Poder Judiciário em ações individuais propostas pelas classes média e alta da população não se apresenta como solução ideal. **Pelo contrário: ela pode contribuir para o aumento do fosso entre os mais ricos e os mais pobres, já que aqueles que desfrutam de melhores condições financeiras e de informação para obter a tutela judicial dos seus direitos individuais acabam desviando, para sua satisfação pessoal, recursos que seriam destinados ao atendimento da camada mais necessitada da sociedade.**³⁵⁶

Conforme MÂNICA, deve-se observar o acesso universal e igualitário e “algumas decisões judiciais em casos individuais deixam, nessa medida, de levar em conta toda a realidade não levada aos autos do processo e acaba por prejudicar outras pessoas que também dependem de atendimento, mas não integram a ação judicial a ser julgada.” Reforça, ainda, o autor que a interferência judicial não pode acarretar o que chamou de “absolutização” do direito à saúde em seu prisma individual, recomendando a análise sob o viés social, à luz da razoabilidade e solidariedade.³⁵⁷

<http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/3417/5/Claudia%20Marcia%20Costa.pdf>, p. 134. Acesso em: 25/4/2020.

³⁵⁶ HACHEM, Daniel Wunder. Vinculação da administração pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismos de tutela igualitária dos direitos sociais. *In*. BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder. SANTANO, Ana Cláudia (Coord.). **Estado, direito e políticas públicas**: Homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: Íthala, 2014, p. 218-219.

³⁵⁷ MÂNICA, Fernando Borges. **Prestação de serviços de assistência à saúde pelos municípios**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 27.

Para LAGASTRA: “a meta instituída pelo art. 196 da CF/88, de universalizar o direito de ingresso no sistema de saúde brasileiro, esbarra no impacto financeiro causado no planejamento do gestor”, o que pode ocasionar, conforme reforça: “um desequilíbrio e na falta de atendimento de um grande número de usuários, em benefício de um único”.³⁵⁸

E continua a autora, advertindo que a judicialização na área da saúde revela ingerência do Judiciário no Executivo, “criando uma nova modalidade de beneficiários (os que detém uma liminar para tratamento preferencial)”, o que adverte ser uma alteração de destinação orçamentária, desviada para atendimento de hipóteses não previstas no planejamento e que pode criar um sistema de saúde paralelo ao SUS, por via judicial, violando a universalidade.³⁵⁹

Neste sentido também é a fala preocupada de NALINI, quando se refere à judicialização da saúde:

O mesmo ocorre quando se quebra a cronologia na relação dos que receberão transplante de órgãos, o do direito à quimioterapia, à radioterapia, às cirurgias de urgência, à hemodiálise. Uma decisão judicial interfere no planejamento e gera um resultado muito nefasto, que é desorganizar o sistema, que fica desacreditado. **Mostra que alguns são ‘mais iguais’ do que outros.** Produz a sensação de que a justiça, além de cega, é injusta. Enfim, por uma justiça localizada, individualizada, pratica-se uma injustiça generalizada.”

Maria COSTA adverte, ainda, que “os que têm acesso ao Judiciário são os que podem ter os seus direitos efetivados; entretanto, quebra-se o princípio da universalidade e até da moralidade administrativa”, fazendo severa crítica à falta de técnica do Judiciário, violação à discricionariedade administrativa e mesmo pela quebra dos princípios.³⁶⁰

³⁵⁸ LAGASTRA, Valeria Ferioli. A judicialização da saúde e os métodos consensuais de solução de conflitos. *In: Visão multidisciplinar das soluções de conflitos no Brasil*. João Grandino Rodas *et al.* (Coord.). Curitiba: Prismas, 2018, p. 53.

³⁵⁹ LAGASTRA, Valeria Ferioli. A judicialização da saúde e os métodos consensuais de solução de conflitos. *In: Visão multidisciplinar das soluções de conflitos no Brasil*. João Grandino Rodas *et al.* (Coord.). Curitiba: Prismas, 2018, p. 53.

³⁶⁰ COSTA, Claudia Maria. O protagonismo do Poder Judiciário no estado social de direito: diagnósticos, consequências e contribuições para a sua transformação democrática. Tese (Doutorado) - Mackenzie, 2017. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/3417/5/Claudia%20Marcia%20Costa.pdf>, p. 139. Acesso em: 25/4/2020.

Ora, os direitos fundamentais sociais (leia-se o direito à saúde), segundo Paulo BONAVIDES, tem seu conteúdo diretamente relacionado ao princípio da igualdade:

Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.³⁶¹

Diante dessa perspectiva, parece relevante ressaltar que o direito à saúde é direito de todos e dever do Estado, demandando prestações positivas que envolvem custos e escolhas públicas e que devem ser realizadas/efetivadas de forma universal e igualitária, sendo possível conceber uma violação da isonomia/igualdade e da universalidade gerada pela intervenção judicial, tanto com relação à individualização da saúde quanto à desigualdade do acesso à justiça.

E isso pode ser evidenciado quando se investiga, à luz do conteúdo jurídico da igualdade, as decisões judiciais que antes de serem justas provocam injustiça ao proporcionar e até mesmo fomentar desigualdades.

A ordem, a harmonia e o equilíbrio das partes de um todo, como assevera Norberto BOBBIO, passa pelo significado equívoco de justiça que refere à Aristóteles associando esta com a legalidade, por entender como justa uma ação se estiver em consonância com a lei. Já a justiça como igualdade, percebida como justa uma lei que respeita uma relação de igualdade apreendida no que se pode expressar na máxima “dar a cada um o que é seu”.³⁶²

Igualdade é termo destituído de valor axiológico, conquanto adotado por teorias políticas. Nada mais é do que um tipo de relação formal entre dois sujeitos e com relação a um conteúdo. É a concepção de justiça agregada à igualdade, o elemento valorativo dessa. Em suma, uma vez atribuída uma relação de igualdade e observada a lei que a institui, tem-se a meta desejável da harmonia social, ao menos em tese.

Traçada a questão semântica da igualdade e justiça, a esfera de aplicação desta, aqui entendida como igualdade social, a qual nos ateremos, guarda relação com as relações sociais.

³⁶¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 518.

³⁶² BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

Dentro das relações sociais, âmbito delimitado que nos interessa, são duas as situações em que se percebe a necessidade de estabelecer uma relação de igualdade, conforme Norberto BOBBIO³⁶³, aquela relacionada com uma ação de dar ou fazer, com o correspondente receber; e aquela que determina o estabelecimento de vantagens ou desvantagens, benefício ou ônus, a uma pluralidade de indivíduos relacionados em uma determinada categoria. Ou seja, quando se apresenta um problema de equivalência de coisas e um problema de equivalência de pessoas.

O autor dá à primeira relação de igualdade o nome de "justiça retributiva", cujos casos típicos são relação entre mercadoria e preço, trabalho e remuneração, dano e indenização, crime e castigo. Temos, assim, preço e salário justos, indenização e pena justas.

À segunda situação de igualdade nomeou-a de "justiça atributiva", cujas situações são impossíveis de especificar ulteriormente, haja vista a imprevisibilidade de casos.

Relevante quanto aos critérios de justiça atributiva são os desenvolvidos por Ronald DWORKIN³⁶⁴, ao que chamou de justiça distributiva. Inicialmente, traz novo enfoque à igualdade, pensada no plano individual e não vinculado a ideia de classe.

DWORKIN elege a igualdade de recursos como medida da igualdade, isto é, os recursos de que dispõem os indivíduos. Neste sentido há tratamento igual entre as pessoas quando nenhuma transferência ou distribuição adicional de recursos seja apta a tornar mais iguais suas parcelas de recursos.

A conexão que se estabelece com o mercado e os recursos é que as pessoas ingressem em igualdade de condição. A igualdade e liberdade estão no mesmo nível hierárquico, a sociedade garante, ou deve garantir, ao mesmo tempo o exercício das liberdades fundamentais sem desvencilhar da obrigação de criar condições materiais também fundamentais para todos.

Nesse sentido, segundo Luciana Temer, “dignidade da pessoa humana, além de estar prevista na Constituição Federal, constitui fundamento do Estado”. Observa, ainda, que “se direitos fundamentais como liberdade e igualdade decorrem da

³⁶³ *Ibid.*, p.17.

³⁶⁴ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: A teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, apud BRITO FILHO, Claudio Monteiro de. **Ações afirmativas**. São Paulo: LTr, 2012, p. 46/52.

dignidade da pessoa humana e a dignidade é condição indissociável do ser humano, logo os direitos fundamentais são garantidos a todos, indistintamente”.³⁶⁵

Guilherme AMORIM e Rubens NAVES observam que:

O modelo político, jurídico e institucional pactuado e estabelecido com a promulgação da Constituição da República estabelece que os direitos humanos são assegurados a toda pessoa, e que sob nenhuma condição ou circunstância podem ser desrespeitados.³⁶⁶

Luciana TEMER observa, ainda, que para Canotilho a universalização pode trazer uma falsa ideia de igualdade, já que o tratamento igualitário para determinado grupo pode ser discriminatório.³⁶⁷ Ainda, ao analisar o conteúdo jurídico do princípio da igualdade na sua tese de doutorado, afirma, entre outros pontos, que:

O reconhecimento de que as pessoas são diferentes é latente. Para saber se o tratamento diferenciado é constitucional ou não, precisa-se analisar se a diferença apontada como justificativa para o tratamento desigual é relevante ou não.³⁶⁸

Conforme Willian DOUGLAS e Eduardo OLIVEIRA, “no caso da UTI, por exemplo, em razão da constante demanda, existe uma lista regulatória na qual os pacientes são inseridos conforme indicação de seu médico e direcionados em tempo real, atendendo à especificidade, aos critérios de saúde e vagas disponíveis. Nessa situação, o critério utilitarista é também um critério de igualdade, porque não importa quem você seja, será priorizado o tratamento daquele que tiver melhores chances de vida, cotejando o número de pacientes com a limitação material e humana de atendimento.”³⁶⁹ Essa questão do número de leitos de UTI, inclusive, é tema que se agrava em momentos de algum surto ou mesmo de pandemia, como o atual, surgindo debates polêmicos sobre a adoção de uma fila única, englobando públicos e privados.³⁷⁰

³⁶⁵ LULIA, Luciana Temer de Toledo. (Dissertação de Doutorado), p. 96-101.

³⁶⁶ SILVA, Guilherme Amorim Campos da; NAVES, Rubens. A era da construção e da desconstrução dos direitos humanos: avanços, crises e desafios estruturantes na perspectiva do direito brasileiro. Disponível em: http://www.social.org.br/files/pdf/reelatorio_dh_2019.pdf, p.32. Acesso em: 24/3/2020.

³⁶⁷ LULIA, Luciana Temer de Toledo. (Dissertação de Doutorado), p. 75.

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 95.

³⁶⁹ OLIVEIRA, Eduardo Perez; DOUGLAS, William. **Direito à saúde x pandemia**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2020, p. 29-30.

³⁷⁰ Nesse sentido, o Projeto de Lei 2176/20, que visa criar uma fila única para o atendimento de pacientes com **Covid-19** em estado grave em unidades públicas ou privadas de terapia intensiva (**UTIs**). Na prática, segundo o texto em análise na Câmara dos Deputados, enquanto durarem os efeitos da pandemia, o atendimento em hospitais públicos e privados levará em conta apenas a gravidade do

Octávio FERRAZ defende que a judicialização da saúde, contrariamente à concretização de direitos fundamentais, ocasiona a perpetuação da desigualdade social, sendo imperiosa a revisão da distribuição de recursos considerados relativamente escassos.³⁷¹

Importante obra, cujo assunto igualdade material é estudado a fundo, foi trazida por Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO³⁷². Traz os parâmetros para se estabelecer essa regra de igualdade.

Inicia o autor lembrando que o princípio da igualdade vem esculpido no *caput* do art. 5º da Constituição. Este princípio magno não se destina apenas ao aplicador da lei, estende-se, igualmente, para o legislador, cuja atividade legiferante tem como primeiro limite norteador o princípio da isonomia.

Afirma que é próprio da lei traçar tratamentos díspares. A princípio, qualquer traço discriminador existente nas pessoas, coisas ou situações podem ser eleitos para fins de discriminação, tais como o critério de sexo, credo religioso etc.

Deve se perquirir não qual o fator de *discrímen* e, sim, se este fator peculiar da coisa, pessoa ou situação guarda correlação lógica com a desigualdade de tratamento, sem desprestigiar os interesses prestigiados na Constituição. Nesse diapasão, os critérios de justiça são previamente estipulados pelo Constituinte originário.

Com o princípio da igualdade posto no *caput* do art. 5º, o que o constituinte pretendeu é evitar discriminações fortuitas e injustificadas, sendo que critérios como sexo, raça, credo religioso e orientação política foram ressaltados, haja vista serem estes fatores, historicamente, motivos de preconceito.

A bem da verdade, qualquer fator residente na coisa, pessoa ou situação pode servir a distinções, desde que não acarrete a singularização tal que a situação legal não possa se reproduzir. Com isso, a igualdade possui dois objetivos: vedar privilégios e perseguições. Individualizando estar-se-á perseguindo ou prestigiando.

caso e a ordem de chegada na fila de internação, mesmo que o paciente em espera tenha plano privado de assistência médica e hospitalar.

³⁷¹ FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. **Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v. 52, nº 1, p. 223-251, 2009.

³⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. 9ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001.

Outro fator imprescindível para aferir se há ou não ofensa à igualdade é se o traço diferencial não residir na pessoa, ou situação e coisa que reverte nestes casos para a pessoa. Se for neutro não é passível de eleição.

Nesta esteira, o tempo de *per si* não pode ser adotado para fins de distinção, haja vista ser neutro. Quando admitido, o fator tempo é apenas situação cronológica que testemunha situações e fatos que nele se verificaram, estes sim diferenciadores de pessoas. Nas situações em que não há tempo delimitado significa que este é ilimitado.

Isto porque a igualdade material determina que haja algo intrínseco na pessoa que a difere das demais, nada havendo deve-se proceder de forma igual. Por outras palavras, deve-se estabelecer como determinado indivíduo deve ser tratado de modo justo, considerando para tanto suas particularidades e, a partir da identificação dessas peculiaridades individuais, traçar tratamento igual aos demais em situação idêntica.

Por fim, para o autor, para a isonomia há de haver correlação lógica entre o elemento distintivo adotado e o tratamento deferido às situações díspares. Sendo certo que esta correlação lógica é permeada com conceitos históricos de determinada sociedade.

De forma que outro elemento se agrega às desequiparações admissíveis, qual seja a consonância com os valores positivados constitucionalmente ou que guardem sintonia com os valores acolhidos pela Constituição. É necessário, em suma, que se retrate um bem constitucionalmente absorvido. Realça, assim, o caráter positivado na Constituição como determinante dos critérios de justiça.

Dado esses conceitos, parte-se agora para eleição de alguns critérios de igualdade com vistas a estabelecer, dentre os critérios de justiça, previamente estipulados, recortando-se aqui esses critérios como os dispostos na Constituição Federal, o tratamento entre iguais e desiguais.

A igualdade de todos, a partir da oração todos são iguais ou nascem iguais, não prescinde igualmente das perguntas: igualdade entre quem, e igualdade em quê.

Veja que sem a definição desses conteúdos, a expressão igualdade de todos ganha insolúvel característica de generalidade. A ideia da igualdade de todos perante a lei é aceita como a exclusão de qualquer discriminação arbitrária.

A determinação do que seja vedado como critério de discriminação encontra limite naquilo que os homens devem se igualar em relação àquelas qualidades que, segundo as diversas concepções do homem, constituem sua essência.

Realça-se, por esse ângulo, a dignidade da pessoa humana como critério mundialmente difundido, tanto que disposto na Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Por sua vez, atualmente, tem-se outra categoria de igualdade, mais intimamente relacionada com o Estado Democrático de Direito. Trata-se da igualdade de oportunidades.

Para Norberto BOBBIO³⁷³, a igualdade de oportunidades é um dos pilares da democracia social, assim como a igualdade perante a lei é um dos pilares do Estado liberal. Há de se considerar que naquele busca-se a efetivação democrática dos direitos fundamentais, formalmente reconhecidos e materialmente realizados.

Como modo de estabelecer uma forma de igualdade, na busca de um bem escasso, cria-se uma desigualdade, uma discriminação artificial que de outro modo não existiria, com vistas a obter uma nova igualdade.

Nesse sentido temos, para o exemplo proposto, acesso aos serviços públicos, como os de saúde. Mas a questão que se coloca é qual o limite para se igualar pessoas com o escopo de igualar o acesso aos bens escassos?

Como já desenvolvido, o direito à saúde tem relevância, por ostentar o status de fundamental social.

O instrumento para concretização da dimensão prestativa da dignidade da pessoa humana é a igualdade de oportunidade de acesso, na medida em que ao criar desigualdades para aqueles cuja ausência de uma justiça atributiva acabaria por retirar-lhe possibilidade de participação na vida social, alijando, portanto, do que se entende como mínimo necessário para que se possa viver com dignidade.

Segundo FERRAZ e VIEIRA, “Como o acesso efetivo ao Judiciário no Brasil, assim como a outros serviços essenciais, é mais fácil às pessoas de condições socioeconômicas mais avantajadas, o resultado da judicialização da saúde nos termos

³⁷³BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997, p. 30.

atualmente em vigor é uma inversão perversa dos objetivos primordiais do SUS. De política minimizadora das desigualdades em saúde que espelham as iniquidades sociais, transforma-se em instrumento auxiliar da perpetuação dessas iniquidades”.³⁷⁴

Daniel Wunder HACHEM, com relação ao direito fundamental à saúde, defende, inclusive, que a sua função prestacional deve ser considerada como ponto de chegada, reconhecendo as diferenças de partida, uma vez que nem todos necessitam dessa prestação, podendo obtê-las de outras formas ou mesmo pagar por elas. Com esse raciocínio, defende que esses direitos são universais como um ponto de chegada, porque a sua previsão pressupõe que todos acedam através deles, com ou sem o auxílio do Estado.³⁷⁵

Nesse sentido, segundo o autor:

Concebidos como direitos universais desde o ponto de partida, não conseguem manter a universalidade no ponto de chegada. E assim acabam servindo para manter as desigualdades que a sua proclamação visava a corrigir, operando, para aqueles beneficiários que não os necessitam realmente, como os privilégios medievais e potencializam a desigualdade. Tratam igualmente os desiguais com consequências injustas.³⁷⁶

Nesse desiderato, a igualdade não é instrumento de doutrina igualitária no sentido de considerar o homem como ser genericamente igual. Pelo contrário, considera as diferenças entre os indivíduos, e procura corrigi-las, não para assegurar qualquer direito, mas os direitos cuja supressão ou não garantia restaria por retirar sua essência a de ser fim do direito e nunca meio.

³⁷⁴ FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade**: os riscos da interpretação judicial dominante. v. 52, nº 1, Rio de Janeiro. mar., 2009. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direito_a_Saude_Recursos_escassos_e_equidade.pdf. Acesso em: 09/4/2020.

³⁷⁵ HACHEM, Daniel Wunder. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 14, nº 55, p. 123-158. jan./mar. 2014. Disponível em: http://www.danielwunderhachem.com.br/img/artigos/arquivo_20150326150944_16.pdf. Acesso em: 10/5/2020. Cf. o autor: “O que se conclui é que a universalidade do acesso aos serviços públicos de saúde impõe a garantia de que ele seja oferecido a todos os que dele necessitarem, o que não significa que todos poderão fruí-lo exatamente da mesma forma, sendo possível a cobrança pautada no critério do poder aquisitivo e da capacidade econômica do cidadão. (...) É crucial que ele (Estado) proporcione simultaneamente uma igualdade de posições, reduzindo as distâncias existentes entre as diferentes posições sociais. Em um país como o Brasil, com níveis de disparidade tão elevados entre os mais ricos e os mais pobres, não se pode pretender que todos recebam idêntico tratamento em matéria de serviços públicos”.

³⁷⁶ *Ibid.*

Os direitos humanos, entendidos aqui como fundamentais, são frutos de um processo histórico, não são o produto da natureza e sim, também, como construção histórica humana, suscetíveis de ampliação, pautadas pelas novas exigências, emergem das lutas e conquistas humanas. Uma vez reconhecidos, dentro de um processo histórico, não há como suprimi-los, pois não se suprime a dignidade humana³⁷⁷.

Nesse sentido, inclusive, já se tem falado da proibição de retrocesso³⁷⁸. Temos as gerações dos direitos fundamentais a refletir determinada e histórica concepção de dignidade da pessoa humana. Veda-se, porém, por princípio o retrocesso social.³⁷⁹

Conforme o posicionamento do ministro Celso de MELLO, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto na hipótese em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.³⁸⁰

Como já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, deve-se assegurar o mínimo existencial, sendo vedado o retrocesso em termos de políticas públicas concernentes a direitos humanos, políticos, sociais e culturais conquistados e incorporados no patrimônio pessoal e coletivo dos cidadãos.³⁸¹

Importa notar, por fim, a observância dos ditames da regulação de saúde, com a formação de filas, em decorrência desse aumento massificado da necessidade de prestação de serviços públicos de saúde, que é essencial para que se possibilite, ao menos, uma isonomia entre os beneficiários do sistema.

³⁷⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9ª Tiragem. Tradução Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Campus, p. 32.

³⁷⁸ Cf. SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Serviço público**: garantia fundamental e cláusula de retrocesso social. Curitiba: Íthala, 2016, p. 213, defende Adriana da Costa Ricardo Schier: “Pretende-se, com a proibição de retrocesso, que seja mantido o nível de proteção já consagrado, preservando as conquistas de modo a impedir a frustração da efetividade constitucional.”

³⁷⁹ *Ibid.*

³⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 745.745**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 2/12/2014. Divulgado em: 19/12/2014, no DJe nº 250.

³⁸¹ SILVA, Guilherme Amorim Campos da; NAVES, Rubens. **A era da construção e da desconstrução dos direitos humanos**: avanços, crises e desafios estruturantes na perspectiva do direito brasileiro. Disponível em: http://www.social.org.br/files/pdf/reelatorio_dh_2019.pdf, p. 35. Acesso em: 24/3/2020.

Em contraste com essa necessária formação de filas, o Poder Judiciário, por intermédio de suas decisões, acaba desconsiderando tais formações e fomenta uma frontal violação aos princípios constitucionais que regem e harmonizam o sistema, exercendo atipicamente a função do Poder Executivo (seja determinando o fornecimento de medicamentos, seja determinando internações e procedimentos), dando ensejo ao surgimento de um sistema de saúde paralelo ao SUS, para atender pessoas que, não raras vezes, sequer procuraram a porta de entrada do sistema público, recorrendo-se diretamente ao Judiciário.³⁸²

A alocação forçada de recursos públicos, de escolha por ordem judicial de quem deve ser atendido com prioridade, desconsiderando as filas institucionalizadas – não é um modelo ideal apesar de garantir algum acesso - sem observância de todo um modelo de saúde pensado e planejado pelos gestores públicos, inclusive sobre o ponto de vista da igualdade que deve imperar, tem provocado distorções e prejuízos, sem falar numa possível ofensa da separação de poderes, com atitudes ativistas, por vezes pelo Judiciário.

Considerando esse ponto, temos visto uma crescente do que se tem denominado “*tragic choices*”³⁸³, que se consubstancia, em suma, na eleição de destinatários específicos para o recebimento de “prioridades” em gastos públicos.

A esse respeito, o ministro Celso de MELLO assim define as escolhas trágicas, como sendo o estado de tensão dialética entre a necessidade do Estado de concretizar as ações e prestação de saúde em favor da população, de um lado, e de outro as dificuldades em âmbito governamental de viabilizar a alocação de recursos financeiros quase sempre escassos.³⁸⁴

Ou seja, há a necessidade do gestor público em escolher a aplicação do dinheiro público em uma necessidade em detrimento da outra, o que pode gerar um grande prejuízo social.

Não é incomum estarmos diante de ordens judiciais que determinam a internação de determinado paciente em leito de UTI, o que em última análise

³⁸² LAGASTRA, Valeria Ferioli. A judicialização da saúde e os métodos consensuais de solução de conflitos. *In: Visão multidisciplinar das soluções de conflitos no Brasil*. João Grandino Rodas *et al.* (Coord.). Curitiba: Prismas, 2018, p. 53-54.

³⁸³ CALABRESI, Guido; e BOBBITT Philip, “Tragic Choices”, 1978, W. W. Norton & Company.

³⁸⁴ STA 175-AgR/CE, p. 116.

acarretaria a escolha de quem teria que sair do leito para morrer³⁸⁵. Ou mesmo a escolha de se adquirir um caríssimo medicamento em detrimento de milhares de outros essenciais e constante das listas oficiais, beneficiando um em detrimento de muitos.

Nesse sentido, BARROSO observa que se tratam de escolhas difíceis, pois investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros.³⁸⁶

Outro problema diz respeito à complexidade de planejamento e gestão da saúde. Para cumprir uma decisão judicial isolada, a aquisição do produto ou serviço é também feita de forma isolada para um único paciente, reduzindo o poder de barganha da administração pública e limitando a concorrência entre fornecedores. Estima-se que os preços pagos para o cumprimento de ordens judiciais superam em 330% aos realizados em aquisições planejadas³⁸⁷.

No município de Guarulhos, o gasto com judicialização tem crescido exponencialmente. Conforme gráfico abaixo³⁸⁸, os gastos ultrapassaram a 9 milhões de reais. De 2017 para 2018, o aumento do gasto público foi de 74%, e de 2018 para 2019 de mais 26%. Em dois anos, praticamente dobrou a despesa com atendimento de mandados judiciais, um cenário deveras preocupante.

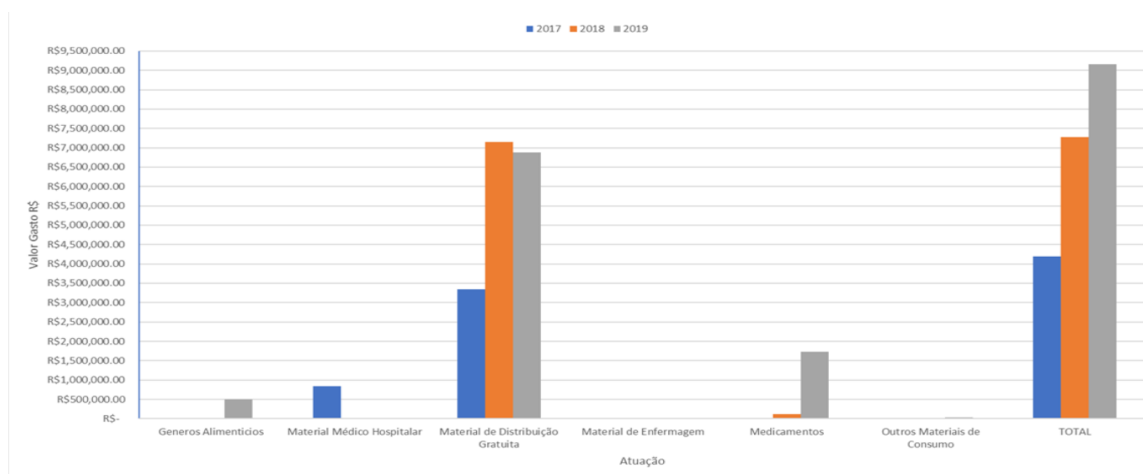
³⁸⁵ NALINI relata em sua obra que em um caso que demandava a internação em UTI, o responsável pelo hospital foi até o juiz e tentou explicar as consequências da decisão, uma vez que todos os leitos já estavam ocupados, recebendo a reação de praxe de que ordem judicial se cumpre. Diante disso, o médico insistiu e solicitou: - “MM Juiz: então, por favor, escolha o paciente que eu devo deixar fora da UTI para atender a quem foi beneficiado com a sua decisão”. E reforça que muitas vezes “na busca de uma justiça individualizada se comete uma injustiça generalizada”. (NALINI, p. 130).

³⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, p. 24. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em: 16/2/2020.

³⁸⁷ Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/14134/2/BNDES-Setorial-46_Saude_P_BD.pdf. Acesso em: 25/01/2020.

³⁸⁸ Dados obtidos junto à SMS de Guarulhos, por solicitação, na data de 23/3/2020.

Gráfico 2 - Gastos com judicialização



Fonte: SMS Guarulhos

Com efeito, podemos afirmar que a “judicialização da saúde” é um fenômeno multifacetado e que deve ser observado em seus limites e possibilidades institucionais estatais, sendo alvo de intenso debate e instigando a produção de respostas efetivas pelo poder público e seus diversos atores envolvidos³⁸⁹, através de diálogos interinstitucionais, o que será tratado no próximo capítulo.

Daí a importância de se começar a repensar uma forma de desjudicializar o processo de realização dos direitos fundamentais sociais, mais especificamente o da saúde, tema central da presente pesquisa, e, assim, garantir que tal fruição alcance de forma universal, justa e igualitária toda a população, como idealizado pelo constituinte.

2.3. ALGUNS DADOS COMPLEMENTARES DE JUDICIALIZAÇÃO

Daniel Castanha nos traz um referencial estrangeiro, conforme exposto por Ricardo Perlingeiro³⁹⁰, atentando para o fato de que outros países, ocupantes de

³⁸⁹ PEPE, Vera Lúcia Edais; FIGUEIREDO, Tatiana de Aragão; SIMAS, Luciana; OSÓRIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa; VENTURA, Míriam. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. **Revista Ciência & Saúde Coletiva**. vol.15, nº 5. Rio de Janeiro, ago., 2010. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000500015. Acesso em: 9/5/2020.

³⁹⁰ *The judicialization of healthcare policy is not unique to Brazil. It is also found in a limited degree in the United States and to the same extent as in Brazil in other Latin American countries such as Uruguay, Argentina, Chile, Paraguay, Colombia, Ecuador, Venezuela, Bolivia, Peru and Mexico.* (PERLINGEIRO,

posições distintas em relatórios de desenvolvimento humano, enfrentam situações semelhantes. De seu preciso relato destaca-se o seguinte trecho:

A judicialização das políticas de saúde não é exclusiva do Brasil. É também encontrada em um grau limitado nos Estados Unidos da América e, na mesma extensão do Brasil, em outros países latino-americanos como Uruguai, Argentina, Chile, Paraguai, Colômbia, Equador, Venezuela, Bolívia, Peru e México.³⁹¹

No Brasil, um estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, em conjunto com a Instituição Educacional Insper, analisou – da forma mais próxima possível - os impactos quantitativos (com o método por eles utilizado) da judicialização da saúde nos tribunais pátrios, bem como outras questões relacionadas com a matéria.

Nesse sentido, observando o lapso temporal de um ano, concluiu-se que a saúde é uma matéria extremamente relevante em questão numeral nos tribunais, uma vez que, no país, no ano analisado, foram julgados 164.587 (cento e sessenta e quatro mil, quinhentos e oitenta e sete) acórdãos, consoante a tabela abaixo:³⁹²

Tabela 1 - Judicialização da saúde no Brasil

Tribunal	Número Absoluto de Acórdãos	%
TJSP	80.355	48,82%
TJRS	33.131	20,13%
TJPR	9.193	5,59%
TJRJ	5.502	3,34%

Ricardo. *Recognizing the public right to healthcare: the approach of Brazilian courts*. **Revista de Investigações Constitucionais**. Curitiba, v. 1, nº 1, p. 19-37. jan./abr., 2014)

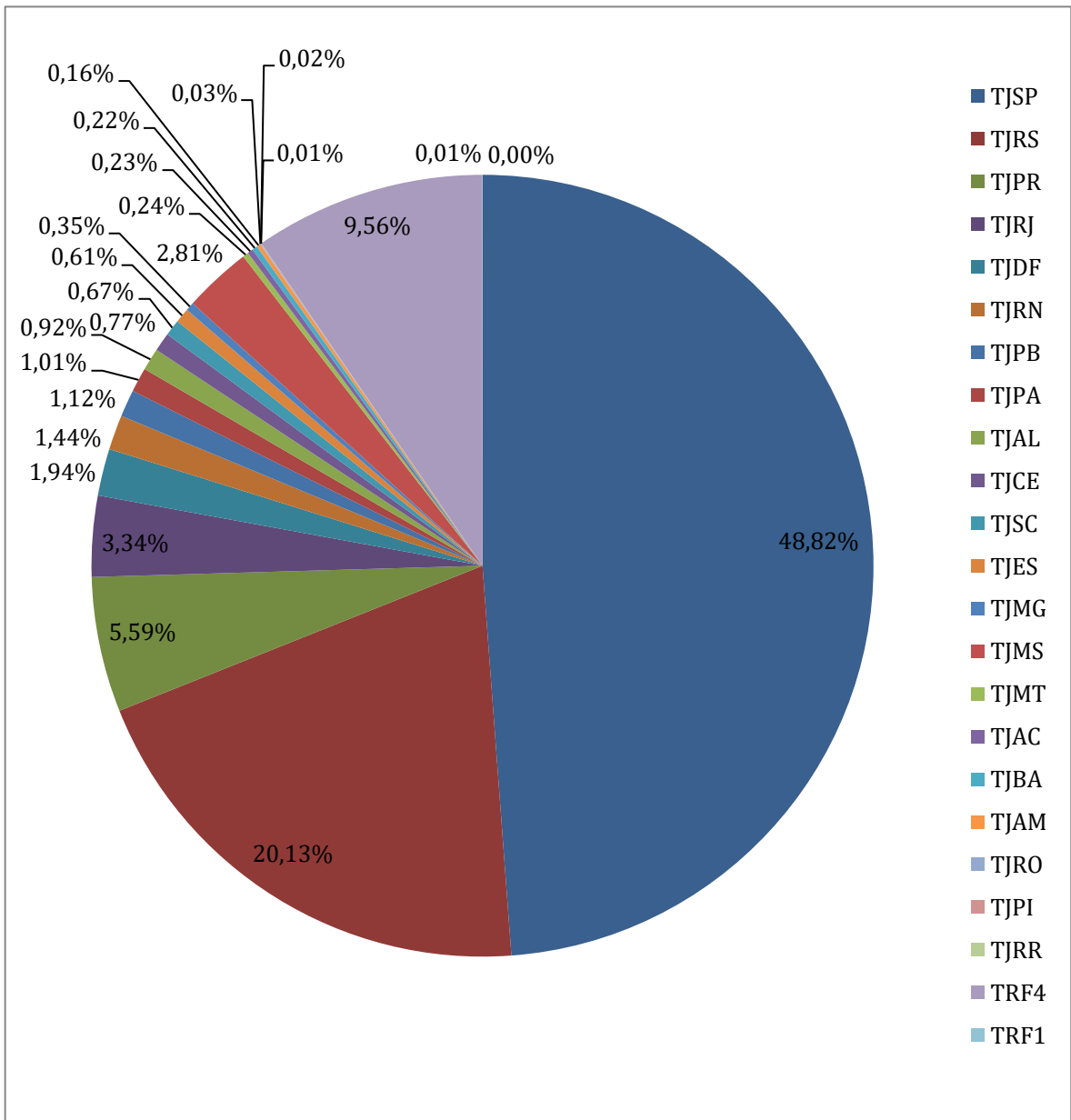
³⁹¹ FREITAS, Daniel Castanha de. Medicamentos de alto custo no Brasil: análise da política nacional de medicamentos e balizas para a adoção de critérios nas decisões do Poder Judiciário. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 44, nº 142. jun., 2017; p. 53-54. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-AJURIS_142.02.pdf. Acesso em: 22/3/2020.

³⁹² Os dados foram obtidos no Relatório Analítico Propositivo – “Justiça Pesquisa” elaborado pelo CNJ, em parceria com o INSPER. Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução, 2019.

TJDF	3.193	1,94%
TJRN	2.364	1,44%
TJPB	1.837	1,12%
TJPA	1.656	1,01%
TJAL	1.519	0,92%
TJCE	1.273	0,77%
TJSC	1.102	0,67%
TJES	1.008	0,61%
TJMG	583	0,35%
TJMS	463	2,81%
TJMT	399	0,24%
TJAC	384	0,23%
TJBA	356	0,22%
TJAM	261	0,16%
TJRO	44	0,03%
TJPI	33	0,02%
TJRR	21	0,01%

TRF4	15.731	9,56%
TRF1	9	0,01%
TRF5	3	0,00%
TOTAL	160.420	100,00%

Gráfico 3 - Judicialização da saúde no Brasil



Da simples análise do gráfico acima, conclui-se que as regiões com maior concentração populacional possuem um maior acesso ao Judiciário para discutir questões relacionadas à saúde.

Não obstante, é mister observar também que, em que pese Minas Gerais seja um dos Estados mais populosos do Brasil, ele não segue a linha de relevância (em termos de proporção) do estado de São Paulo.

É igualmente notório que o acúmulo de processos dessa natureza, pendentes de julgamento no Judiciário é extremamente prejudicial para as partes e para o próprio Tribunal, uma vez que impossibilita o julgamento de demandas de grande relevância, pois acabam por concentrar os seus esforços em números e em resolução de demandas de baixa complexidade e que poderiam ter sido resolvidas antes mesmo da existência de uma lide.

Pode-se observar, como fora mencionado nos tópicos anteriores, que tais números tendem a subir de forma elevada nos próximos anos, com prejuízos e distorções enormes à realização dos direitos fundamentais de saúde, caso não se busque medidas alternativas à judicialização, objeto de estudo no próximo capítulo.

Tal panorama evidencia a necessidade de refletir sobre a utilização de métodos alternativos (administrativos) que possam dar maior celeridade, ofertar um melhor, universal e isonômico serviço de saúde ao cidadão, e com a consciência de não prejudicar o orçamento público, através das não raras distorções causadas pela intervenção judicial, muitas vezes ativista.

3. DA DESJUDICIALIZAÇÃO E MELHOR REALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

3.1. DAS POLÍTICAS PÚBLICAS, DOS DIVERSOS ATORES ENVOLVIDOS E DA PRIMAZIA DO PODER EXECUTIVO – SAÚDE BASEADA EM EVIDÊNCIA

As políticas públicas são os mecanismos de estruturação, planejamento e diretrizes das ações da administração pública para definir as prioridades do cidadão a serem prestadas pelo poder público, com o fito de concretizar da melhor forma os direitos fundamentais sociais, de acordo com os preceitos constitucionais impostos³⁹³.

Políticas públicas, segundo Maria Paula Dallari BUCCI, são: “o conjunto de atos estatais necessários para a implementação dos direitos sociais”.³⁹⁴

Para Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, política pública tem como conceito:

O conjunto de atos unificados por um fio condutor que os une ao objetivo comum de empreender ou prosseguir um dado projeto governamental para o país.³⁹⁵

Considerando o vínculo constitucional pátrio que impõe ao poder público a prestação de serviços relacionados à saúde, tem-se que é obrigação da administração pública as políticas que viabilizem a proteção de acesso aos bens protegidos constitucionalmente.

Faz-se necessária, então, a elaboração de programas e ações estratégicas para a promoção do atendimento ao cidadão. Será através da efetivação dos direitos sociais previstos nas normas constitucionais, que pressupõe ações e omissões do Estado, que se materializarão as políticas públicas³⁹⁶. O Estado social não existiria

³⁹³ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; e BEREJUK, Léa Maria Massignan. O direito fundamental social à saúde e a administração pública. **Revista Em Tempo - Marília**, v. 16, 2016.

³⁹⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. Buscando um conceito de políticas públicas para concretização dos direitos humanos. *In: Direitos Humanos e Políticas Públicas*. São Paulo: Polis, 2001, p. 11.

³⁹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 802.

³⁹⁶ COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. **Políticas públicas e controle de juridicidade**. Vinculação às normas constitucionais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010, p. 84-85.

sem a implementação de políticas públicas, pois encontra fundamentação na realização dos direitos fundamentais da sociedade.³⁹⁷

A instrumentalização prática dos direitos constitucionais relacionados à saúde e das políticas públicas se dá através da prestação de serviço público³⁹⁸, já retratado anteriormente, bem como através da atuação regulatória, ou mesmo do poder de polícia.

Cumpra apenas lembrar que o serviço público, de origem do Estado social de direito, é a atividade prestacional titularizada pelo Estado, prestada por ele ou por quem lhe faça as vezes, regida por um regime jurídico especial de prerrogativas e sujeições, voltada à realização dos direitos fundamentais, notadamente, à dignidade da pessoa humana.³⁹⁹ Encontra-se diretamente relacionado à realização dos objetivos fundamentais do Estado democrático.⁴⁰⁰

Com efeito, as políticas públicas articulam a atividade administrativa para que os objetivos constitucionais sejam alcançados de maneira ótima.⁴⁰¹

Conforme BARCELLOS, “Por meio das políticas públicas, o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição (e muitas vezes detalhados pelo legislador), sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais que dependam de ações para sua promoção”.⁴⁰²

Maria Paula Dallari BUCCI destaca que, como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a

³⁹⁷ BITTENCOURT, Caroline Muller. **O controle jurisdicional de políticas públicas a partir das contribuições da teoria discursiva e democrática com base na dogmática e na realidade brasileira**. Tese (Doutorado) - Universidade de Santa Cruz do Sul. Ciências Sociais Aplicadas, 2012.

³⁹⁸ Cf. HACHEM, Daniel Wunder. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 14, nº 55, p. 123-158. jan./mar., 2014. Disponível em: http://www.danielwunderhachem.com.br/img/artigos/arquivo_20150326150944_16.pdf. “Nesse ponto se pode identificar a íntima conexão do instituto do serviço público com os direitos fundamentais sociais. Estes últimos são consagrados pelo bloco de constitucionalidade - disposições constitucionais expressas e implícitas e tratados internacionais de direitos humanos - precisamente com o propósito de atender às necessidades elementares das pessoas, resguardando e promovendo a sua dignidade”.

³⁹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 480.

⁴⁰⁰ FREITAS, Juarez. **Estudos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 31.

⁴⁰¹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa administração pública**. HACHEM, Daniel Wunder (Trad.). Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 25.

⁴⁰² BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 240: 83-103. abr./jun., 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>. Acesso em: 18/4/2020.

reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.⁴⁰³

Vanice do VALLE, apoiada em THEODOULOU⁴⁰⁴, observa, apesar das divergências entre os autores, que é possível apontar como etapas de formulação e desenvolvimento de políticas públicas nos modelos sequenciais: 1) reconhecimento do problema; 2) formação da agenda; 3) formulação da política pública; 4) escolha da política pública a ser implementada; 5) implementação da política pública eleita; 6) análise e avaliação da política pública executada. E assevera a importância de entendimento sobre esse procedimento e das contribuições possíveis, até o momento negligenciadas⁴⁰⁵.

Segundo a mesma autora, “há de restar, portanto, espaço, ainda que parametrizado pela agenda traçada pelo texto constitucional, ao exercício ordinário do debate, e à eleição dos problemas que estejam a merecer a prioridade do agir, assim como das respectivas estratégias de ação”⁴⁰⁶.

Defende, ainda, que “política pública não se traduz em uma só ação governamental, mas em um conjunto de frentes de atuação, intencionalmente coerentes, que se retroalimentam, operando para a realização de um objetivo”. Reforça a autora sobre o controle, “especialmente no campo do agir que tenha em conta alcançar a uma coletividade, não pode reivindicar para si uma aptidão para uma ação substitutiva daquela instância de poder que é revestida, inclusive, de arquitetura institucional própria à formulação das escolhas democráticas de prioridade”.⁴⁰⁷

Nessa linha, na definição das políticas públicas, conforme defende Caroline BITTENCOURT, dada a complexidade envolvida, a sociedade também é chamada expressamente a participar ativamente,⁴⁰⁸ seja contribuindo com sugestões e, também, com controle social, além da participação dos demais atores envolvidos.

⁴⁰³ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. BUCCI, Maria Paula Dallari (coord.). *In: Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

⁴⁰⁴ THEODOULOU. *How public policy is made*. *In: THEODOULOUS; CAHN (Ed.) Public policy, the essential readings*.

⁴⁰⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 41-42.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 64.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 67.

⁴⁰⁸ BITTENCOURT, Caroline Muller. *O controle jurisdicional de políticas públicas a partir das contribuições da teoria discursiva e democrática com base na dogmática e na realidade brasileira*. Tese (Doutorado) - Universidade de Santa Cruz do Sul. Ciências Sociais Aplicadas, 2012.

Basicamente, existem quatro grandes atores envolvidos: 1) o *Poder Executivo*, com primazia na formulação e implantação de políticas públicas e prestação dos serviços públicos; 2) o *Poder Legislativo*, na elaboração e estruturação sistêmica do arcabouço normativo relacionado à saúde; 3) o “*Sistema de Justiça*”, que engloba o Ministério Público, como o fiscal do ordenamento jurídico pátrio; a Defensoria Pública, que instrumentaliza perante os demais atores a necessidade de prestação de serviços de saúde no âmbito individual e coletivo dos cidadãos; as Procuradorias relacionadas aos entes federados, que buscam alinhar os projetos do Poder Executivo do qual estão ligadas aos ditames trazidos pelo arcabouço normativo sistêmico pátrio; e o Poder Judiciário, que possui papel relevante na solução de controvérsias sobre a temática; e, por fim, 4) a *população* (participação popular).

O Poder Judiciário, integrante do “sistema de justiça”, tem participado ativamente desse processo de políticas públicas, conforme já foi desenvolvido nos capítulos anteriores, face ao déficit prestacional vivenciado, entre outras questões, com as implicações mencionadas.⁴⁰⁹

O ministro Dias TOFFOLI, do Supremo Tribunal Federal, mencionou recentemente que a consciência dos magistrados em suas decisões – notadamente em relação aos seus efeitos práticos – é importante para preservar a dimensão institucional do Poder Judiciário e frear o ativismo judicial.⁴¹⁰

Assim, como o atual presidente da Corte Suprema mencionou, a adstrição do magistrado à norma, sem observância das consequências práticas de sua canetada, é um problema para os administradores públicos na prestação dos serviços de saúde.

⁴⁰⁹ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático - E Agora? Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008, p. 163- 206. (rev. e atual.). Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PE_TROPOLIS_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 21/4/2020. “No que diz com a atuação do Poder Judiciário, não há como desconsiderar o problema da sua prudente e responsável autolimitação funcional (do assim designado *judicial self restraint*), que evidentemente deve estar sempre em sintonia com a sua necessária e já afirmada legitimação para atuar, de modo proativo, no controle dos atos do poder público em prol da efetivação ótima dos direitos (de todos os direitos) fundamentais”.

⁴¹⁰ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-11/consciencia-importancia-judiciario-evita-ativismo-toffoli>. Acesso em: 12/5/2020.

Conforme defende Ingo Wolfgang SARLET, deve se apostar mais no papel do Poder Executivo, do Poder Legislativo e no próprio controle social em relação às políticas públicas.⁴¹¹

Ademais, digno de destaque que na formação de políticas públicas e na condução do Estado, observada uma concepção jurídico-formalista, os Poderes Executivo e Legislativo sobrepõem-se ao Judiciário, vez que não caberia sua participação legítimo-democrática em questões afetas a decisões políticas⁴¹².

Quando há a atuação do Poder Judiciário, devidamente provocada, “não apenas não dispensa, como inclusive exige uma contribuição efetiva dos demais atores políticos e sociais.⁴¹³

Assim, a intervenção judicial na saúde pode ser prejudicial, pois acaba não vislumbrando o contraponto com a realidade,⁴¹⁴ conforme, inclusive, foi desenvolvido no capítulo segundo. Importante, dessa forma, observar as consequências e reflexos antes da tomada de qualquer decisão.

Sobre a questão dessa avaliação de consequências, Thomas HOBBS já defendia: “*na deliberação os apetites e aversões são suscitados pela previsão das boas ou más consequências e sequelas da ação sobre a qual se delibera, os bons ou maus efeitos dessa ação dependem da previsão de uma extensa cadeia de consequências*”⁴¹⁵

Nessa linha, defende RICART que é mais capaz de deliberar aquele que possui a melhor capacidade técnica de prever as consequências, isto é, o administrador público que tem a melhor condição de avaliar os impactos e consequências de suas decisões, com seus resultados decorrentes, será, ao menos em tese, melhor na deliberação política de como, onde e quanto gastar.⁴¹⁶

⁴¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático - E Agora? Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008, p. 163- 206. (rev. e atual.). Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PE_TROPOLIS_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 21/4/2020.

⁴¹² CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 43.

⁴¹³ SARLET, *op. cit.*

⁴¹⁴ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-15/judicializacao-saude-juizes-passam-ditar-politicas-publicas-setor>. Acesso em: 12/5/2020.

⁴¹⁵ HOBBS, Thomas. **Leviatã - ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução: João Paulo Monteiro e Maria Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 27.

⁴¹⁶ SANTOS, Ricart César Coelho dos. **Financiamento da saúde pública no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 41.

Nesse sentido, é cristalino que o Poder Executivo se cerca das melhores condições, tanto técnicas quanto de “campo”, para poder extrair o máximo possível do orçamento público e prestar o serviço com a melhor qualidade viável.

Assim, é inafastável mencionar que a relevância do aparato técnico que circunda o Poder Executivo é fundamental no caso sob análise, uma vez que, como prestador de serviço, ele possui médicos, enfermeiros, farmacêuticos, e demais técnicos à disposição para auxiliá-lo e trazer bagagem científica e fundamentação lógica para as melhores escolhas alocativas, realização de despesas e os tratamentos a serem ministrados.

Ademais, segundo foi reconhecido pelo STF, a revelar a importância da ciência, o SUS “filiou-se à corrente da ‘Medicina Baseada em Evidência’. Com isso, adotaram-se ‘Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses. Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente”.⁴¹⁷

É o Poder Executivo, em especial, que tem a primazia, pois “é uma instituição que possui um papel e uma posição privilegiada na solução dos conflitos sociais e políticos que envolvem a definição do conteúdo de interesse público e dos direitos fundamentais”⁴¹⁸ à luz da Constituição.

Como visto, exsurge a atuação do Poder Executivo, como ator de maior relevo, na efetivação do direito à saúde (escolha das políticas públicas), inclusive pela sua legitimação democrática nas urnas.⁴¹⁹

Assim, parece consenso a posição de primazia do Poder Executivo, por atribuição constitucional que lhe estabelece a função típica, elaborar políticas públicas e organizar o sistema prestacional de saúde, uma vez que é o ator que mais interage

⁴¹⁷ STF. **STA 175-AgR/CE**, p. 95.

⁴¹⁸ SCHIER, Paulo Ricardo. **Presidencialismo de coalizão: contexto, formação e elementos na democracia brasileira**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 46.

⁴¹⁹ Cf. BARROSO. Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**, 2002, p. 118. A escolha das políticas públicas a serem implementadas ou, em outros termos, dos meios através dos quais as finalidades constitucionais podem ser alcançadas é atividade tipicamente reservada pela Constituição à definição político-majoritária. A Constituição fixa, de forma vinculante, fins ou metas que devem ser obrigatoriamente cumpridos pelo poder público - sobre isso se tratou nos parâmetros -, mas como atingir esses fins cabe ao poder público definir.

diretamente com os indivíduos, com o plano de governo legitimado nas urnas para tal, sendo detentor de equipe e conhecimento diferenciado e especializado para referida atuação.

Uma vez formulada e implementada, a política pública está suscetível ao controle, merecendo observação atenta:

A premissa para controlar a política pública é conhecer a enunciação de todos os elementos que conformam as suas escolhas e os resultados que se pretende alcançar por parte do Estado-Administração; essa análise seria necessária para se garantir um adequado e efetivo juízo de valor sobre o descumprimento pelo poder responsável de seu dever de agir. (...) A juridicização do conceito de políticas públicas se constitui, portanto, de um lado, tradução de vetores constitucionais do agir vinculado do poder (planejamento, eficiência, proteção a direitos fundamentais); de outro lado, em vetor a viabilizar, por via de consequência, o controle desse mesmo agir do poder – controle esse que há de se revelar possível e eficaz, seja nas instâncias internas à própria administração, seja na via jurisdicional, seja por intermédio das estruturas de controle social.⁴²⁰

Vale destacar que “a atuação judicial no controle cingir-se-á à exigência do cumprimento da política pública formulada, bem como sua fiscalização, reforçando que a intenção do constituinte é a de que as escolhas em matéria de políticas públicas se deem por mecanismos democráticos e deliberativos.”⁴²¹

Diante disso, não se pode deixar de registrar a incidência da discricionariedade em matéria envolvida na formulação de políticas públicas. Nesse ponto, não se trará uma abordagem aprofundada, em decorrência do recorte metodológico adotado, valendo apenas citar o que defende BANDEIRA DE MELLO, referência no assunto:

Todo e qualquer ato administrativo, provenha de onde provier – Legislativo, Executivo ou Judiciário – tem requisitos para sua válida expedição. Dentre eles, de par com estrito respeito a finalidade que a lei assinala para o ato, avulta a exigência que a conduta administrativa esteja estribada nos pressupostos fáticos, isto é, nos motivos que a norma jurídica tomou em conta ao autorizar ou exigir dada providência. [...] Os poderes administrativos são irrogados para que, em face de determinadas situações, o agente atue com vistas ao escopo legal. Donde, o motivo é a demarcação dos pressupostos fáticos cuja ocorrência faz deflagrar *in concreto* a competência que o agente dispõe em abstrato⁴²².

⁴²⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 84.

⁴²¹ *Ibid.*, p. 66.

⁴²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 86.

Assim, imperiosa a devida e justificada motivação, da conveniência e oportunidade utilizada, nos parâmetros constitucionais e legais, objetivando a melhor formulação e conseqüente implementação de políticas públicas possível.

Interessante destacar, por oportuno, que recentemente houve alteração da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, a chamada “LINDB” – através da Lei nº 13.655/2018 -, com vistas a trazer parâmetros para o controle judicial das políticas públicas, *in verbis*:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. (Regulamento)

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018).

Feitas essas considerações sobre a formulação e controle, observado o recorte proposto que considera o Poder Executivo em sua realidade federativa, cumpre não perder de vista que o município surge como um grande ator nesse processo, pelo que já foi mencionado, dada a porta de entrada do sistema SUS, por uma condição lógica e por uma atribuição constitucional, encontrando-se mais próximo do cidadão.⁴²³

Superado o relevante papel do Poder Executivo, abordar-se-ão, com maior brevidade, os demais atores, sem querer diminuir a importância destes.

O Poder Legislativo surge como voz da população e dos entes federados, definindo, em consonância com a Constituição Federal e devidamente legitimado democraticamente, os ditames legislativos que vão reger o sistema jurídico pátrio, por exemplo, como o sistema de saúde funcionará, quem serão os beneficiários, como se dá a distribuição de competências entre os entes federados etc., sendo de muita importância seu envolvimento e coalizão⁴²⁴.

⁴²³ Nesse Sentido, defende Sueli DALLARI que a municipalização da saúde seria um modelo ideal, com vias a conquista efetiva do direito à saúde, com melhor direcionamento e realização. (DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista de Saúde Pública**. São Paulo, 1988.)

⁴²⁴ Cf. SARMENTO: “este modelo caracteriza o que alguns cientistas políticos têm chamado de “presidencialismo de coalizão”, que se expressa na necessidade de o chefe do Executivo construir uma base de apoio no Legislativo, através de mecanismos como participação no ministério e na distribuição de outros cargos”. *In*: SARMENTO, Daniel. 21 anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987-1988 e a experiência constitucional brasileira. (**Revista de Direito Público**, nº 30, p. 7-41, nov./dez., 2009. p. 32-33.)

O Ministério Público, deveras prestigiado na Constituição Federal de 1988, teve realçada sua importância e, até por isso, exerce um papel também relevante para o objeto de análise, uma vez que, por intermédio de suas atribuições, fiscaliza e auxilia o Poder Executivo no cumprimento de seu dever constitucional (concretização do direito fundamental social à saúde) de uma forma ampla, organizada e sistêmica, em conformidade com o quanto estabelecido pelo regramento e sistema SUS, atuando na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.⁴²⁵

Não obstante esse relevante papel, importante observar que o Ministério Público tem, não raras vezes, se limitado a exigir do poder público cada dia mais eficiência e melhora do atendimento em saúde, o que é salutar, porém, por vezes, por desconhecer a realidade pormenorizada, ultrapassa as suas atribuições e acaba exigindo uma prestação inviável técnica e financeiramente, em descompasso com um modelo de saúde pensado para atender da melhor forma possível (universalidade e integralidade). Os abusos, excessos e omissões devem ser combatidos.⁴²⁶

De fácil compreensão que o administrador público de uma pequena cidade encontre dificuldades técnicas e financeiras para a formulação e implantação de políticas públicas de saúde. Atento às dificuldades municipais enfrentadas, NALINI reflete:

Pobres feitos: São inúmeros os episódios que mostram que a justiça é uma questão de educação. (...) Mas educação também para os operadores jurídicos, que não se apiedam da rusticidade de muitos gestores locais e faz sobre eles incidir o inflexível rigor da norma, sem atentar a que, em prazo exíguo, não haverá indivíduo honesto suficientemente audacioso para a temeridade de gerir a coisa pública.⁴²⁷

Faz-se necessário, portanto, uma maior sensibilização e envolvimento deste importante ator (Ministério Público) no processo de realização dos direitos fundamentais de saúde.

⁴²⁵ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

⁴²⁶ NALINI, José Renato. **Justiça**: uma questão de educação. São Paulo: Quartier Latin, 2019. Ver ainda: https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1270580269.pdf.

⁴²⁷ *Ibid.*

Outro ator fundamental é a Defensoria Pública, que tem como papel principal a viabilização do acesso à justiça daqueles que não possuem condições financeiras para tanto, concretizando o princípio do acesso à justiça.⁴²⁸

A Defensoria tem papel deveras relevante na concretização dos direitos sociais previstos constitucionalmente, de forma que possibilita, invariavelmente, o acesso à saúde por intermédio do ajuizamento de ações no Poder Judiciário para conseguir de forma individual ou coletiva um progresso prestacional à população.

Não obstante, em que pese haja uma valorização necessária do órgão, por intermédio de suas ações (fomento da judicialização da saúde), o Poder Executivo, na qualidade de gestor da saúde, pode ser instado a atender demandas que ocasionem a desestruturação de todo um modelo de saúde pensado, trazendo prejuízos à universalidade de atendimento (possível violação da isonomia), como já tratado.

Há, em verdade, por vezes, a prestação de um atendimento sofisticado a uma pessoa em detrimento das demais que, por muitas vezes, perdem até a assistência básica, como já retratado anteriormente.

Assim, a atuação desatenta da Defensoria Pública pode promover, em verdade, uma desigualdade isonômica entre os indivíduos que dependem da prestação do serviço público de saúde, merecendo um melhor envolvimento e participação desta.

Por outro lado (inclusive representando o polo passivo das demandas que envolvem a saúde pública), estão as procuradorias municipais, estaduais e federal. As procuradorias⁴²⁹, de igual forma, possuem papel extremamente relevante, ao prestar a assessoria jurídica privativa dos entes públicos, colaborando diretamente na conformação jurídica da vontade política com vias a melhor realização das políticas públicas possível, além de exercerem um importante contraponto à judicialização da saúde, uma vez que não permitem que abusos sejam realizados em detrimento do

⁴²⁸ À inteligência do art. 134 da Constituição Federal, a Defensoria Pública é “instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”.

⁴²⁹ Observar art. 131 e 132 da CF/88. Observe-se que as procuradorias municipais não constaram expressamente do texto constitucional, tendo sido criadas por leis municipais específicas, a exemplo da Lei Municipal de Guarulhos nº 7550/2017, que criou a Procuradoria Geral do Município, como órgão autônomo e independente, vinculado diretamente ao prefeito.

patrimônio público e violando diversos preceitos constitucionais, inclusive a isonomia, como mencionado anteriormente.

Segundo Karla VIEIRA e Regina VILAS BÔAS, a advocacia pública, na representação, consultoria e assessoria ao poder público “pode e deve desempenhar um incontestável papel na implementação do Estado Democrático e Social de Direito”, contribuindo para “garantir, preservar e instituir a efetividade dos direitos sociais”, primando “pela dignidade humana, pela igualdade e por justiça social”.⁴³⁰

Por fim, mas não menos relevante, ressalte-se a importância da participação da sociedade no que se refere às políticas públicas de saúde, consagrada pelo texto constitucional.⁴³¹

A participação social efetiva é ponto relevante para formulação de políticas públicas envolvendo as decisões políticas do Estado, tido como Estado Social e Democrático de Direito.⁴³²

Nessa linha, reafirma Sueli DALLARI: “E a Carta de 1988, declarando a constituição do Estado Democrático de Direito, reforçou a busca do ideal democrático por cidadãos atentos à coisa pública, que podem se manter informados e participar das políticas públicas”⁴³³

Conforme defendem Guilherme AMORIM e Rubens NAVES:

Se é verdade que todo poder emana do povo, é preciso manter permanentemente o povo em estado de mobilização e ação para que a força normativa da Constituição nunca entre em estado de latência e sempre esteja apta a gerar potência.⁴³⁴

E isso se evidenciou sobremaneira com a Audiência Pública nº 4 do STF, que contou com a participação dos diversos atores e membros da sociedade civil.

⁴³⁰ CELESTINO, Karla Alexandra Falcão Vieira; VILAS BÔAS, Regina Vera. A efetivação dos direitos fundamentais sociais por meio da atuação concreta da Advocacia Pública Municipal. *In*: CUNHA, Bruno Santos; NERY, Cristiane da Costa; CAMPELLO, Georgia Teixeira Jezler. **Direito municipal em debate**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. v. 3, p. 91-117; p. 115-116.

⁴³¹ Art. 198, III, da Constituição Federal.

⁴³² DUARTE, Clarice Seixas. Para além da judicialização: a necessidade de uma nova forma de abordagem das políticas públicas. *In*: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma; BRASIL, Patrícia Cristina. **O direito na fronteira das políticas públicas**. São Paulo: Páginas e Letras, v. 1, p. 13-18.

⁴³³ DALLARI, Sueli Gandolfi. Advocacia em saúde no Brasil contemporâneo: **Revista Saúde Pública**, 30 (6): 592-601, 1996.

⁴³⁴ DUARTE, *op. cit.*, p. 39-40.

Na ocasião, o então ministro da Saúde asseverou:

Acho que a via judicial bem educa o gestor que não provê dentro de sua competência e responsabilidade os bens e serviços de saúde, mas também acho que ela não pode se constituir em meio de quebrar os limites técnicos e éticos que sustentam o Sistema Único de Saúde, impondo o uso de tecnologias, insumos ou medicamentos ou sua incorporação à crítica, desorganizando a administração, deslocando recursos de destinações planejadas e prioritárias e o que mais surpreende, muitas vezes colocando em risco e trazendo prejuízo à vida das pessoas.

(...) quanto às ações judiciais, propomos criar os mecanismos para oferecer ao Judiciário assessoria técnica para subsidiar as suas decisões. Quanto a esse último ponto, pela dificuldade de se conceber, estruturar e operacionalizar a assessoria técnica ao Poder Judiciário, no Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia Geral da União, do Conselho Nacional de Secretários Municipais e Estaduais de Saúde, para que juntos possamos encontrar e definir formas e meios para dar consequência prática a esta proposição⁴³⁵.

Resultado dessa audiência, observou o ministro Gilmar MENDES que “ao ter acesso a essa pluralidade de visões em permanente diálogo, esse Supremo Tribunal passa a contar com os subsídios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica apresentados pelos amigos da Corte⁴³⁶.

Luciana COSTA ressalta o resultado dessa audiência pública, que observou a capacidade institucional de cada um dos poderes, fazendo com que o Conselho Nacional de Justiça instituísse uma comissão de estudos interdisciplinares com vários representantes de segmentos da sociedade e do poder público, resultando na Recomendação nº 31, ao Poder Judiciário, que fomenta uma aproximação dos órgãos judiciais aos conselhos e unidades de saúde, para que o magistrado adquira conhecimento prático do funcionamento do sistema de saúde. Em âmbitos regionais começaram a ocorrer reuniões e seminários intersetoriais para resoluções administrativas das demandas de saúde, fomentando um melhor diálogo, asseverando em conclusão ao estudo realizado:

O debate ali produzido gerou novos desenhos institucionais, demarcados pela intersectorialidade, e recomendações que visam melhorar a efetividade do direito fundamental à saúde.⁴³⁷

⁴³⁵ Notas taquigráficas da Audiência Pública nº 4. Disponível em: <http://www.STF.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>. Acesso em: 21/3/2020.

⁴³⁶ *Ibid.*

⁴³⁷ COSTA, Luciana da Silva. **A revisitação do princípio da separação de poderes:** dialogicidade e tensão como elementos conformadores da identidade constitucional brasileira. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-21012015->

Não por outra razão, esse acesso à informação, o debate e aprimoramento das discussões, em nível técnico e com avaliação de seus efeitos, tem feito com que o próprio Judiciário comece a enfrentar a questão da judicialização da saúde de forma diferenciada e corajosa a evidenciar a primazia do Poder Executivo, a saúde baseada em evidência.

Nesse sentido, o STJ no Recurso Especial nº 1.657.156/RJ (Tema 106) firmou a seguinte tese:

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

1. comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
2. incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
3. existência de registro do medicamento na Anvisa, observados os usos autorizados pela agência.

Na mesma linha, o STF, em 22/5/2019, julgou o Recurso Extraordinário no 657.718, fixando a seguinte tese em repercussão geral:

1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais.
2. A ausência de registro na Anvisa impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial.
3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da Anvisa em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos:
 - (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);
 - ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.
4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União.

Fica nítida a evolução jurisprudencial no sentido de se reconhecer a necessidade de evidência científica, um respaldo técnico para reconhecimento de direitos em matéria de saúde. Nesse sentido, podem os entes públicos e o Judiciário firmarem acordos de cooperação técnica, com uma aproximação e troca de informações, de tal forma que o Judiciário possa contar com um aparato técnico, -

núcleos de suporte com profissionais da saúde (NATJUS) fornecido pelos entes públicos⁴³⁸.

Pode-se perceber a importância do diálogo e aproximação dos atores envolvidos, com prevalência da técnica e respeito dos limites institucionais, muito fruto dessa audiência pública realizada no STF, que já tem gerado, ainda que tímidos, mas bons frutos.

Isso nos remete ao próximo item, com vias a estudar os necessários arranjos institucionais, numa coalizão e aproximação com melhor diálogo e consensualismo entre os atores, como caminho para a desjudicialização da saúde, uma melhor implementação de políticas públicas e, conseqüentemente, realização do direito fundamental social à saúde.

3.2. DO PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO, DIÁLOGOS INTERINSTITUCIONAIS E MÉTODOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA

Diante do que já foi desenvolvido e dado o recorte metodológico da presente pesquisa, mister abordar o arranjo institucional, marcado por uma necessidade de coalizão e diálogo entre os atores, à luz do consensualismo, com vias a sustentar uma melhor realização do direito fundamental social à saúde.

Para isso, inicialmente, resgataremos alguns pontos para melhor compreensão.

Segundo Paulo SCHIER:

O processo constante de judicialização de direitos sociais, e também da política, foi e continua sendo relevante. Todavia revelou limites. Se é certo que o Poder Judiciário possui legitimidade para conceder medidas judiciais concretas no universo dos direitos sociais prestacionais também é certo que o papel primordial de formulação e implementação de políticas públicas deve ser do Poder Executivo, que a decisão central em relação à definição de prioridades políticas e sociais cabe a este poder e, por isso, a atuação do Judiciário deve ser admitida com cautela.⁴³⁹

⁴³⁸ LAGASTRA, Valeria Ferioli. A judicialização da saúde e os métodos consensuais de solução de conflitos. *In: Visão multidisciplinar das soluções de conflitos no Brasil*. João Grandino Rodas *et al.* (Coord.). Curitiba: Prismas, 2018, p. 62-63.

⁴³⁹ SCHIER, Paulo Ricardo. **Presidencialismo de coalizão**: Contexto, formação e elementos na democracia brasileira. Curitiba: Juruá, 2017, p. 13.

Nesse contexto de judicialização em massa dos direitos fundamentais, da forma elevada e preocupante que foi desenvolvida no capítulo anterior, faz surgir reflexões sobre as relações entre os poderes instituídos, em especial sobre o papel do Poder Executivo⁴⁴⁰.

Observa-se que “o Poder Executivo é uma instituição que possui um papel e uma posição privilegiada na solução dos conflitos sociais e políticos que envolvem a definição do conteúdo de interesse público e dos direitos fundamentais, dos casos em que colidem, da extensão dessa proteção e realização, de como deve ser essa realização (procedimentos de decisão, execução e controle), consagrando-se como uma instituição política e jurídica de mediação democrática. (...) Parece que pêndulo dos debates em relação ao ideal de desenvolvimento consagrado na Constituição se direciona agora ao Poder Executivo informado por um referencial democrático”⁴⁴¹. Em países em que a Constituição é substancializada e plural, com sociedades complexas, fragmentadas, conflituais e desiguais, se demanda um arranjo institucional que consiga dar conta de compor interesses, administrar conflitos⁴⁴².

A lógica das coalizões seria igualmente eficaz como um instrumento fomentador de diálogos institucionais e políticas, de solução de conflitos e de tomada de decisões no contexto de uma sociedade fragmentada, desigual e complexa⁴⁴³.

Conforme observa Paulo Ricardo SCHIER⁴⁴⁴:

Num primeiro momento, isso ocorreu quando a teoria da separação de poderes, ainda que a partir de uma leitura tradicional e dogmática, passou a ser invocada como óbice ao *modus operandi* a ampla judicialização dos direitos sociais, apontando os limites do Judiciário para definir e intervir em políticas públicas e em questões e decisões orçamentárias, o *déficit de expertise* dos juízes em face das escolhas trágicas, a questão da reserva do possível, a discricionariedade política em relação às definições de prioridades sociais, o *déficit* democrático do Judiciário etc. A inclusão desses temas na agenda jurídica aos poucos permitiu que a discussão transcendesse para as reflexões tangentes com o arranjo institucional, os diálogos institucionais (Judiciário *versus* Executivo e Executivo *versus* Legislativo) e a estrutura interna e funcionamento do Poder Executivo.

Foi nesse contexto que a teoria constitucional brasileira se deparou com o tema presidencialismo de coalizão.

⁴⁴⁰ Esse pensamento pode ser visto no pioneiro trabalho brasileiro de AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 256.

⁴⁴¹ SCHIER, Paulo Ricardo. **Presidencialismo de coalizão: Contexto, formação e elementos na democracia brasileira**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 46.

⁴⁴² *Ibid.*, p. 20.

⁴⁴³ ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v. 31, nº 1, p. 5-34, 1998.

⁴⁴⁴ SCHIER, *op. cit.*, p. 13.

Em suas reflexões sobre o tema “Presidencialismo de Coalizão”, desenvolvido de forma pioneira por Sérgio Henrique Hudson de ABRANCHES⁴⁴⁵, Paulo SCHIER⁴⁴⁶ defende:

Impõe, logo, compreender esse arranjo institucional do presidencialismo brasileiro, como ele se relaciona com o Parlamento e os principais mecanismos de solução de conflitos. E é a partir desse arranjo que funciona o presidencialismo: como um conjunto de procedimentos impostos por uma organização institucional que combina institutos que tornariam insolúveis os conflitos sociais, mas que, em seu funcionamento, encontra nas coalizões um procedimento eficiente de mediação social e de formação de políticas, capaz de conferir governabilidade.

Aduz, ainda, que o arranjo institucional induz e incentiva a governar sob coalizões, e isto está perfeitamente inserido no contexto histórico, político, institucional, sociológico e constitucional apresentado. É nas sociedades mais divididas e mais conflituosas que a governabilidade e a estabilidade institucional requerem a formação de alianças e maior capacidade de negociação⁴⁴⁷.

Conforme se observa do capítulo anterior, o reconhecimento da força normativa da Constituição, com a “permissão” constitucional para que os juízes atuem em matéria de implementação de políticas públicas dos direitos fundamentais sociais, se de um lado legitima o Judiciário, por outro faz ressurgir o debate sobre os seus limites e sobre o papel do Executivo e Legislativo, seus arranjos e diálogos institucionais, como forma alternativa de resolução dessa questão.

Surge, nesse ponto, a oportunidade de reflexão sobre a importância de se compreender esse arranjo institucional, em que as coalizões sugerem, ou melhor, incentivam um melhor diálogo e negociação, para melhor realização dos direitos fundamentais.

Conforme já mencionado, Luciana COSTA defende que a independência do Judiciário, outrora fragilizada pelos mandamentos do Ato Institucional nº 5, foi restaurada com a Constituição Federal de 1988, além de ampliar o leque de judicialidade, conferiu novo perfil às instituições do Ministério Público e da Defensoria

⁴⁴⁵ ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v. 31, nº 1, p. 5-34, 1998.

⁴⁴⁶ SCHIER, Paulo Ricardo. **Presidencialismo de coalizão: contexto, formação e elementos na democracia brasileira**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 92.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, p. 109.

Pública, incrementando o acesso à justiça, o que gerou evidente impacto no posicionamento deste poder (Judiciário) em face do Executivo e do Legislativo⁴⁴⁸.

Como já mencionado, a mesma autora, baseando-se em Conrado Hubner MENDES⁴⁴⁹, em sua tese de doutorado que estuda uma releitura do princípio consagrado da separação de poderes, numa lógica de dialogicidade, observa em sua pesquisa “como algumas interações já avançam rumo a perceber a riqueza do diálogo institucional, bem como a interlocução com a esfera pública”⁴⁵⁰.

Nessa linha de raciocínio desenvolvida pela autora e no que nos interessa para o recorte metodológico deste discurso, vale registrar o cenário “B” por ela trazido, que observa a interação entre o Executivo e o STF, sobretudo no âmbito da denominada “judicialização da saúde e os desdobramentos ocorridos a partir da audiência pública promovida pelo STF sobre a temática”.

Nesse sentido, foram muitos os frutos colhidos com essa experiência de audiência pública, que propiciou um melhor diálogo e aproximação dos atores envolvidos, resultando no fomento de vários debates, fóruns e jornadas de saúde, edição de enunciados, além de uma aproximação maior do Judiciário para com as questões de relevo enfrentadas pelos entes públicos.

Em âmbitos regionais começaram a ocorrer reuniões e seminários intersetoriais para resoluções administrativas das demandas de saúde, fomentando um melhor diálogo, asseverando em conclusão ao estudo realizado, “o debate ali produzido gerou novos desenhos institucionais, demarcados pela intersetorialidade, e recomendações que visam melhorar a efetividade do direito fundamental à saúde”⁴⁵¹.

Não se pode perder de vista, inclusive, o que defende BUCCI, no sentido de que uma política pública deve ser a expressão de um processo público, abrindo a participação de todos os interessados.⁴⁵²

⁴⁴⁸ COSTA, Luciana da Silva. **A revisitação do princípio da separação de poderes: dialogicidade e tensão como elementos conformadores da identidade constitucional brasileira.** Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-21012015-091338/publico/COMPLETA_REVISITACAO_DO_PRINCIPIO_DA_SEPARACAO_DE_PODERES.pdf. p. 160. Acesso em: 22/3/2020.

⁴⁴⁹ Referido autor ressignifica as fontes canadenses e americanas do diálogo institucional.

⁴⁵⁰ COSTA, *op. cit.*, p. 165.

⁴⁵¹ *Ibid.*, p. 170-174.

⁴⁵² BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2006, p. 269.

Na mesma linha, defende RICART que “a interdisciplinaridade inerente às políticas públicas exige uma reunião de esforços de pessoas de diversas áreas de conhecimento, inclusive da jurídica, para seu aperfeiçoamento.”⁴⁵³

Ainda, Ingo SARLET “Da mesma forma, imprescindível, como bem aponta relevante doutrina, maior investimento na análise do perfil (e da capacidade) institucional do Poder Judiciário na esfera da promoção da justiça social e, portanto, a importância de se instaurar um autêntico diálogo interinstitucional”.⁴⁵⁴

Mister observar que “a defesa técnica judicial do gestor, principalmente correlacionada às questões médico-científicas, depende de uma comunicação real entre os campos jurídico e da saúde; portanto, o fomento de espaços institucionais formais de diálogo é fundamental para a garantia de elaboração de políticas públicas eficazes”.⁴⁵⁵

Ressalte-se que constou no último relatório de gestão do Ministério da Saúde: “merecem destaque algumas iniciativas, como a criação de varas especializadas em “direito à saúde”, a cargo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o fortalecimento e a capacitação dos núcleos de apoio técnico do Poder Judiciário e a qualificação das decisões judiciais por meio de iniciativas de integração com Tribunais de Justiça e com o próprio Conselho.”⁴⁵⁶

Segundo Maria COSTA, diante da limitação do Poder Judiciário para canalizar as demandas sociais em matéria de políticas públicas e uma fragilização dos partidos políticos, torna-se “imperioso um diálogo interinstitucional entre todos os atores envolvidos no processo de formulação e execução de políticas públicas”.⁴⁵⁷

⁴⁵³ SANTOS, Ricart César Coelho dos. **Financiamento da saúde pública no Brasil**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 66.

⁴⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático - E Agora? Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008, p. 163- 206. (revista e atualizada). Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PE_TROPOLIS_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 21/4/2020.

⁴⁵⁵ PEPE, Vera Lúcia Edais; FIGUEIREDO, Tatiana de Aragão; SIMAS, Luciana; OSÓRIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa; VENTURA, Míriam. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. **Revista Ciência & Saúde Coletiva**. v. 15, nº 5, Rio de Janeiro, ago., 2010. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000500015. Acesso em: 9/5/2020.

⁴⁵⁶ Disponível em: https://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relatorio_gestao_2018.pdf, p. 5. Acesso em: 22/4/2020.

⁴⁵⁷ COSTA, Claudia Maria. O protagonismo do Poder Judiciário no estado social de direito: diagnósticos, consequências e contribuições para a sua transformação democrática. Tese (Doutorado) - Mackenzie, 2017, p. 122. Disponível em:

Sueli DALLARI, inclusive, recomenda o aprofundamento em seus entendimentos a respeito dos direitos sociais aos operadores do direito.⁴⁵⁸

Por oportuno, na lógica do diálogo e aproximação, a fim de se buscar mecanismos alternativos à judicialização da saúde, faz-se necessário abordar, ainda que superficialmente, dado o recorte metodológico adotado, os métodos autocompositivos na administração pública.

A ideia trazida pelo Novo Código de Processo Civil sobre a conceituação do “Tribunal Multiportas” traduz muito esse anseio de resolução dos litígios. Há a proposta de um acesso amplo e uma grande variedade de portas de saída, não só a sentença, mas também a conciliação, mediação e arbitragem, ou que nem ingressem judicialmente com qualquer pleito, por conseguir resolver seus conflitos antes, através dos métodos consensuais de resolução de conflitos.⁴⁵⁹

Com tais iniciativas, pode-se concluir que estamos ultrapassando uma fase “bruta”, que se materializava através de uma imposição judicial (sentença), para uma fase um pouco mais “leve” (e, por óbvio, mais pacificadora), que se materializa através da utilização dos sistemas de autocomposição.

Inclusive, já existem estudos no campo do direito administrativo propriamente dito, acerca da prioritária solução consensual de conflitos, à luz de um: “Direito administrativo não adversarial”.

Nesse sentido, sustenta Juarez FREITAS que:

Em última instância, ética e juridicamente, mostra-se precípua a solução consensual dos conflitos na esfera administrativa. O requisito-chave é a troca de pré-compreensões, com o desiderato firme de ultrapassar a mentalidade de beligerância contagiosa e consolidar uma sociedade pacífica, propensa a soluções honestas, respeitosas e amigáveis.⁴⁶⁰

Segundo Valeria Ferigoli Lagastra, o povo brasileiro, pela sua cultura, é um povo dependente de autoridade, ou seja, ao invés de decidir seus conflitos através do diálogo, prefere que um terceiro, no caso um magistrado, resolva os conflitos impondo

<http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/3417/5/Claudia%20Marcia%20Costa.pdf>. Acesso em: 25/4/2020.

⁴⁵⁸ DALLARI, Sueli Gandolfi. Advocacia em saúde no Brasil contemporâneo. **Revista Saúde Pública**, 30 (6): 592-601, 1996.

⁴⁵⁹ LAGASTRA, Valeria Ferigoli. **A judicialização da saúde e os métodos consensuais de solução de conflitos**. Curitiba: Prisma, 2018, p. 49.

⁴⁶⁰ JUAREZ, Freitas. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, p. 25-46, set./dez., 2017, p. 43.

uma decisão que, na maioria das vezes, deixa pelo menos uma das partes descontentes, quando não as duas, o que gera uma massificação recursal.⁴⁶¹

Tal insatisfação é evidente, uma vez que a decisão resolve, tão somente, a lide, mas não o conflito que deu origem à pretensão resistida.

Em outras palavras, e esmiuçando um pouco mais tal entendimento, a decisão judicial resolve a controvérsia jurisdicional, que reflete as posições das partes, que são levadas a juízo através de um advogado, mas não resolve a controvérsia social, não resolve verdadeiramente o conflito, que é um sentimento de insatisfação muito mais profundo e que não é preenchido por uma imposição legal materializada por meio de uma sentença.

Por tais razões, ou seja, por não resolver o âmago da controvérsia, a decisão judicial não necessariamente pacifica as partes.

Um grande exemplo dessa problemática são os conflitos relativos a questões civis entre particulares. Muitas vezes, mesmo após uma decisão judicial, as partes continuam sendo “inimigas”, o que poderia ser diferente se elas tivessem alcançado uma resolução compositiva.

Assim, pode-se concluir que a pacificação social se potencializa quando se utilizam os métodos consensuais de solução de conflitos, pois alcançam a controvérsia social e não somente a processual, o que significa, em verdade, que tais métodos são capazes de solucionar o conflito de forma definitiva.

É preciso uma mudança de mentalidade com vias à utilização dos métodos consensuais de resolução de conflitos. É mister ressaltarmos que tais métodos, em que pese estejam em voga na atualidade, não são inovações jurídicas, haja vista que são utilizados desde o início dos tempos: “Nas tribos indígenas, por exemplo, as famílias se organizam em ocas, em círculo e voltadas para o centro, e nelas, o ancião, no caso, o cacique velho resolve os conflitos por meio de mecanismos informais”.⁴⁶²

Trazendo tais aplicações ao objeto da presente dissertação, deve-se avaliar a questão da resolução de conflitos por meio de métodos compositivos quando

⁴⁶¹ JUAREZ, Freitas. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, p. 25-46, set./dez., 2017, p. 43.

⁴⁶² LAGASTRA, Valeria Ferigoli. **A judicialização da saúde e os métodos consensuais de solução de conflitos**. Curitiba: Prismas, 2018, p. 49.

relacionados a questões de direito material da saúde, bem como da sua possibilidade ou não no âmbito da administração pública, dados os superprincípios que a norteiam: supremacia do interesse público e indisponibilidade do interesse público.

A mediação, no âmbito da administração pública, foi regulada pela Lei nº 13.140/2015. Houve um grande movimento de utilização da mediação na administração pública na questão relacionada à saúde. Os primeiros projetos surgiram com auxílio do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, de forma que, em 2012, surgiu o programa “SUS Mediado” no estado do Rio Grande do Norte, e implementado posteriormente também no estado de Rondônia. Em fevereiro de 2013, surgiu a “Câmara Permanente de Mediação em Saúde (Camedis), do Distrito Federal. Mais recentemente tivemos também a iniciativa do estado de São Paulo, através do programa “Acessa SUS”.⁴⁶³

Tais programas surgiram através de parcerias entre os entes públicos, envolvendo, no caso paulista, o próprio Poder Judiciário e o Ministério Público.

Há, sem dúvidas, uma participação em conjunto dos diversos atores (Poder Executivo, Poder Judiciário, Defensoria Pública e Ministério Público) que dão acesso à materialização do acesso à saúde para os cidadãos.

Através de tais programas, o cidadão comparece a uma sessão de “mediação” com o fito de obter acesso aos seus direitos de uma forma menos agressiva, em relação à perspectiva da organização financeira estatal, e descongestionando o Poder Judiciário.

O objetivo central de tais programas é inserir o indivíduo nas políticas públicas oferecidas pelos entes federados, ao permitir que o conflito seja resolvido no âmbito da administração pública, com a ativa participação dos responsáveis pela execução de referidas políticas públicas relacionadas à saúde.

Sem dúvida, tais projetos operacionalizam a conceituação do “Tribunal Multiportas” mencionado acima, de forma que nessa sistemática (a mais ideal a nosso ver), temos uma grande porta de entrada, permitindo um acesso amplo e efetivo da população à justiça, e várias portas de saída, por vias diferentes da decisão judicial.

⁴⁶³ LAGASTRA, Valeria Ferigoli. A judicialização da saúde e os métodos consensuais de solução de conflitos. Curitiba: Prismas, 2018, p. 56.

Tal trabalho se intensifica na possibilidade de utilização do CEJUSC na interlocução dos agentes que elaboram as políticas públicas. Não podemos deixar de mencionar, o que nos parece óbvio, mas na composição devem sentar-se à mesa além dos atores processuais ou pré-processuais, representando suas partes, também os entes federados à luz da solidariedade, a refletir uma verdadeira resolução consensual, efetiva e justa.

Segundo Elisa EIDT, “A concepção de uma administração pública que dialoga com o cidadão, o qual é, ao fim e ao cabo, a razão de ser de todo o aparato do Estado, está bem clara na redação do novo código processual.”⁴⁶⁴

A consensualidade na administração pública⁴⁶⁵, em qualquer de suas expressões, retrata um meio alternativo administrativo tendente a maximizar a eficiência no exercício de suas funções.⁴⁶⁶

LAGASTRA conclui que “a utilização de métodos consensuais de solução de conflitos permite que conflitos afetos a essa área (saúde) recebam o tratamento adequado, com soluções céleres justas, adequadas e efetivas, viabilizando o verdadeiro acesso do cidadão à Justiça, com a compatibilização dos princípios do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível.”⁴⁶⁷

Ressalte-se, ainda, o Enunciado nº 48 do Conselho Federal de Justiça - CJF:

É recomendável que, na judicialização da saúde, previamente à propositura de ação versando sobre a concretização do direito à saúde, fornecimento de medicamentos e/ou internações hospitalares, promova-se uma etapa de composição extrajudicial mediante interlocução com os órgãos estatais de saúde.

Sabidamente, a judicialização da saúde é uma problemática nas administrações públicas, que dá azo a uma realocação forçada de receitas e que,

⁴⁶⁴ EIDT, Elisa Berton. Os institutos da mediação e da conciliação e a possibilidade de sua aplicação no âmbito da administração pública. **RPGE**. Porto Alegre, v. 36, nº 75, p. 70, 2015.

⁴⁶⁵ Sobre a consensualidade na administração pública, recomenda-se, ainda, o aprofundamento do estudo de OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI**: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67859>. Acesso em: 5/8/2020.

⁴⁶⁶ APPARECIDO JUNIOR, José Antonio. O Leviatã revisitado - o procurador do município e o novo paradigma da consensualidade administrativa. *In*: CUNHA, Bruno Santos; NERY, Cristiane da Costa; CAMPELLO, Georgia Teixeira Jezler. **Direito Municipal em Debate**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. v. 3, p. 91-117; p. 115-116.

⁴⁶⁷ LAGASTRA, Valeria Ferioli. A judicialização da saúde e os métodos consensuais de solução de conflitos. *In*: **Visão multidisciplinar das soluções de conflitos no Brasil**. João Grandino Rodas *et al.* (Coord.). Curitiba: Prismas, 2018, p. 62-63.

muitas vezes, é desnecessária, pois o ente federado quer prestar o serviço, com universalidade e integralidade, de uma forma realista e concreta e que esteja compreendida no orçamento público, à luz do melhor possível, como preconiza o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PDESC)⁴⁶⁸, em seu art. 12:

1. Os Estados-Partes do presente pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.

Evidencia-se, assim, que essa lógica dos arranjos institucionais, à luz do presidencialismo de coalizão que fomenta negociações e diálogos interinstitucionais e entre os atores envolvidos de forma consensual, revela-se um importante instrumento de ação com vias a desjudicializar a questão de saúde, numa melhor implementação de políticas públicas e consequente realização do direito fundamental social à saúde, tal como idealizado na “Constituição Cidadã”.

E são poucos, mas já promissores os exemplos que encontramos em âmbito municipal, conforme serão trazidos no próximo item.

3.3 ALGUMAS EXPERIÊNCIAS E INICIATIVAS MUNICIPAIS DE SUCESSO

3.3.1. Lages/SC

O município de Lages fica em Santa Catarina. Como principal objetivo da experiência foi construído um espaço institucional de diálogo entre as instituições jurídicas (“sistema de justiça”) e políticas com o fito de promover projetos extrajudiciais pautados na prevenção de problemas de saúde e no desenvolvimento de um cotidiano colaborativo e compartilhado de efetivação do direito à saúde.⁴⁶⁹

⁴⁶⁸ É um tratado multilateral adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, e em vigor desde 3 de janeiro de 1976.

⁴⁶⁹ DOI. Estudo de Caso. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v17i2p48-65>. Acesso em: 10/11/2019.

A experiência é originária da constatação de que os atores políticos e jurídicos podem atuar de forma mais consistente na efetivação do direito à saúde e independentemente da existência de processos judiciais.

A referida experiência, enquanto utilizada, era dotada de métodos formais e informais de solução administrativa de problema relacionados à saúde pública, buscando efetivar os direitos individuais e coletivos de uma forma mais factível e concreta.

Obviamente, ao ser utilizada tal metodologia, há uma queda no ajuizamento de ações relativas à saúde em desfavor do município (termos quantitativos).

Não é possível mensurar em termos qualitativos sobre a profundidade de cada um dos casos, haja vista que haveria um desfoque do quanto se busca compreender na presente dissertação.

Não obstante, já é relevante para que nós consigamos avaliar de uma forma positiva. A queda da judicialização e o conseqüente afastamento das mazelas trazidas por tal fenômeno já é extremamente benéfico e influencia positivamente nos atores do processo, bem como na população, ao receber um serviço com maior qualidade e precisão, sem deixar de violar a isonomia.

Portanto, é cristalino que o projeto de Lages, ao ter uma postura mais ativa em face de tal problemática que assola os demais entes da federação, foi extremamente benéfico e trouxe diversas alternativas ao sistema falível já conhecido e tão debatido nos tópicos anteriores.

3.3.2. Imperatriz/MA e Guarulhos/SP

O município de Imperatriz, localizado no estado do Maranhão, desenvolveu um projeto, que à época foi inovador, sobre a possibilidade de realização de uma sessão de mediação no âmbito da saúde.

Sabidamente, tal projeto visava, inicialmente, a diminuição da judicialização da saúde, que era extremamente numerosa no município. Por consequência, ainda, buscava a diminuição do fenômeno do ativismo judicial, bem como da realocação forçada de recursos, por resultado do ativismo.

Notando essa problemática, foi desenvolvida a CAMEDS - Câmara de Mediação em Direito da Saúde, em meados de janeiro de 2017, cuja premissa básica buscava a mediação extrajudicial das questões de saúde pública que envolviam o município de Imperatriz do Maranhão.

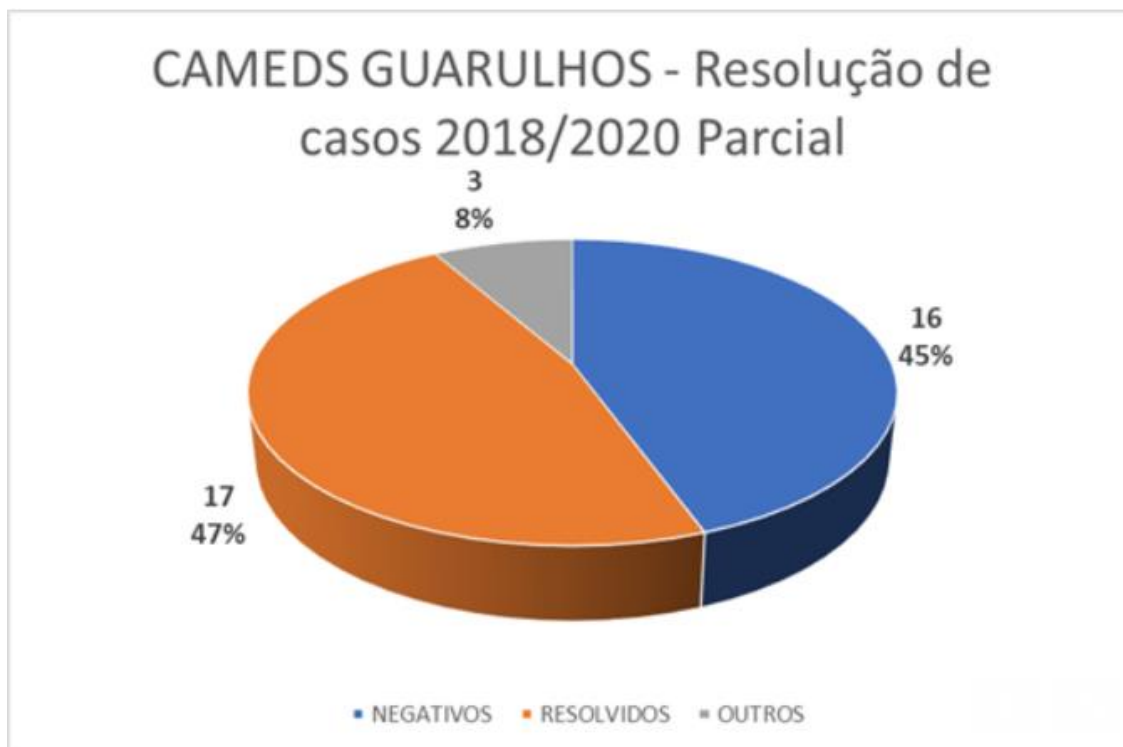
A CAMEDS é mantida pela Justiça Federal local, mas tem a participação ativa e o apoio de diversos órgãos, como, por exemplo, o Poder Executivo local, Estadual e Federal, os representantes dos hospitais da cidade, entre outros atores, como a Procuradoria Geral do município, num constante diálogo interinstitucional.

O projeto, diante da confluência de todos os atores supramencionados, vem obtendo grande sucesso e vem sendo expandido para diversos outros entes federados, notadamente o município de Guarulhos, estado de São Paulo.

Diante de resultados tão positivos, três magistrados locais foram vencedores do prêmio “Conciliar é Legal” desenvolvido pelo CNJ.⁴⁷⁰

Em Guarulhos, os resultados são expressivos, conforme tabela abaixo:

Gráfico 4 - CAMEDS Guarulhos - Resolução de Casos 2018/2020 Parcial

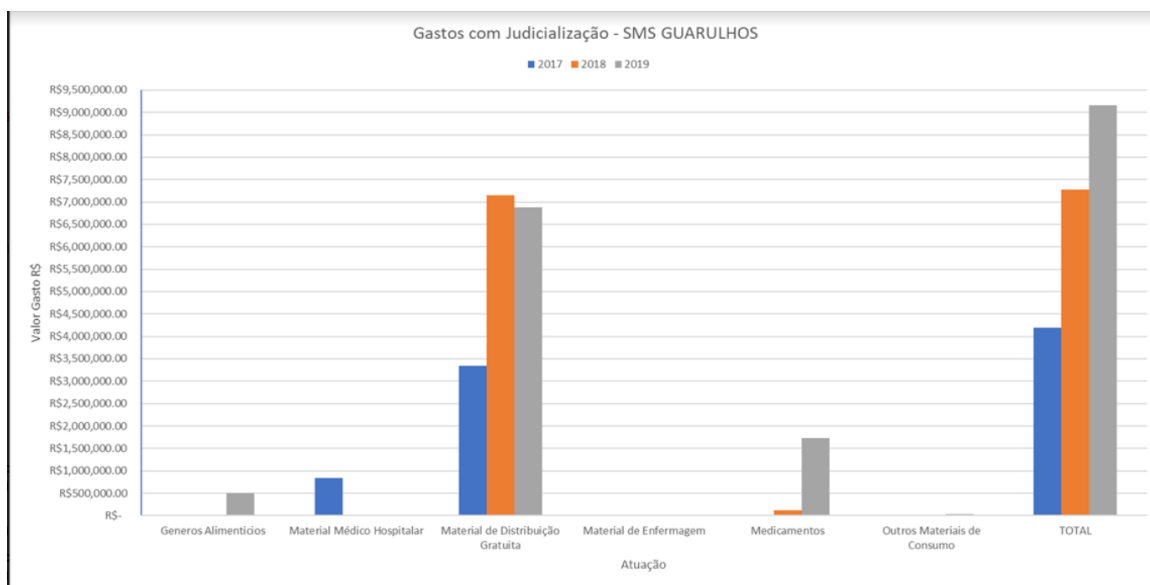


⁴⁷⁰ Informação disponível em: <http://maranhaohoje.com/tres-magistrados-de-imperatriz-vencem-o-premio-conciliar-e-legal-do-cnj/>. Acesso em: 10/12/2019.

Conforme se verifica, esse projeto-piloto em Guarulhos, apenas com as demandas de competência federal, tem gerado bons resultados na efetivação do direito fundamental de saúde. Após sua consolidação, o objetivo será expandido para a justiça estadual, com uma demanda bem mais expressiva. Registre-se que, em Guarulhos, desde 2017 foi constituído um núcleo de apoio técnico (NAT-JUS)⁴⁷¹, com a finalidade de elaboração de pareceres e notas técnicas, que têm servido de subsídio científico para tomada de decisão em ações relacionadas à saúde (saúde baseada em evidência).

A iniciativa é extremamente promissora e auxiliou no equilíbrio das contas públicas, sem perder de vista o melhor atendimento em saúde possível a ser prestado aos munícipes. Fato é que tais medidas, ainda que a curto prazo, revelam uma queda efetiva na oneração dos cofres municipais de Guarulhos, conforme tabela abaixo:

Gráfico 5 - Gastos com Judicialização - SMS Guarulhos



Além disso, em 2018, além da criação da Procuradoria Municipal especializada em Saúde, de forma inovadora, foi editada a Lei Municipal nº 7.635, estabelecendo a criação da Câmaras Administrativas de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos no âmbito do município de Guarulhos, autorizando o Poder Executivo, dentro

⁴⁷¹ Portaria nº 067/2017 - SS Guarulhos.

dos parâmetros estabelecidos, a realizar acordos, inclusive judiciais, ainda em fase de implantação.

A questão da saúde foi, assim, disciplinada:

Art. 9º. Compete à Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos, na forma de seu regimento interno, analisar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos por meio de conciliação, no âmbito da administração municipal, quanto aos seguintes assuntos: saúde, educação, direitos trabalhistas, desapropriações, contencioso tributário e indenizações administrativas decorrentes de danos causados por órgãos da administração municipal a terceiros.

§ 1º Compreende-se na competência desta Câmara a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração pública com particulares.

§ 2º Para os fins da conciliação, ficam estabelecidos os seguintes tetos:

I - saúde, educação e direitos trabalhistas: até vinte salários mínimos;

3.3.3. Araguaína/TO

Araguaína está localizado no estado do Tocantins e possui uma grande população, mesmo que não tão distante das principais metrópoles conhecidas pelo país. Trata-se de um município de referência macrorregional e de grande relevância financeira, que inclusive serve como apoio para outros municípios e estados do Norte do país, especialmente Pará e Maranhão. Sua economia é diversificada, mas pauta-se, principalmente, sobre a agropecuária e comércio.

A região em que a cidade está inserida é carente de ações e serviços de saúde, apesar de Araguaína exercer um protagonismo em termos sanitários na região em que está localizada.

Em que pese haja essa problemática, Araguaína conta com uma vasta rede de assistência pública à saúde, incluindo Unidades Básicas de Saúde, Farmácias Municipais, Ambulatório Municipal de Especialidades, Unidade de Pronto Atendimento, Unidade de Atendimento Móvel de Urgências, Hospital Municipal, Centro de Controle de Zoonoses, Vigilância em Saúde, Centro de Referência em Saúde do Trabalhador, Unidade de Tratamento Oncológico, além dos serviços prestados sob gestão estadual, como o Hospital Regional e o Ambulatório de Especialidades Médicas Estadual.

É mister ressaltarmos, ainda, que Araguaína ainda tem faculdades de saúde, inclusive de medicina, há mais de dez anos.

Isto motivou não somente a formação de diversos profissionais de saúde, mas também a vinda de professores e pesquisadores para ao município.

Pautado nesses pressupostos, instituiu-se o projeto de criação de novas práticas para prevenir problemas de efetivação da saúde com a maior resolutividade possível ou, ao menos, para amenizar as eventuais problemáticas.

Para isso, foi realizado um diagnóstico situacional pelos atores políticos e jurídicos e foram criadas estratégias de diálogo permanente entre os atores.

Em linhas gerais, o projeto sugeriu a criação de um núcleo técnico (mais uma vez a questão da relevância do aparato técnico) que adotasse medidas para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. O chamado Núcleo de Apoio Técnico (NAT) foi instituído no nível municipal e, a partir da interação com a ouvidoria municipal e com os atores políticos e jurídicos, passou a ser ferramenta de efetivação do direito à saúde em Araguaína.

A implementação do NAT ocorreu pela Portaria nº 66, de 18 de maio de 2011, da Secretaria Municipal de Saúde, que definiu as competências e o fluxo operacional a ser desenvolvido em parceria com a ouvidoria. Apesar de distintos, tanto o NAT quanto a ouvidoria teriam a encargo de trabalhar juntos na prevenção da judicialização da saúde e no estabelecimento de estratégias de efetivação do direito à saúde sem intervenção judicial.

Entre os diversos objetivos de criação destes dois órgãos, podemos destacar também a mediação de conflitos, o alcance de soluções administrativas para as demandas em saúde e a democratização das informações e da gestão, uma vez que houve a facilitação da informação aos munícipes.

Ainda, em 2011, foi firmado um termo de parceria entre o Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins e a Prefeitura de Araguaína, em que ficaram delineadas todas as obrigações dos signatários e regulamentou-se uma perspectiva inovadora de gestão compartilhada.

Assim, a partir de tal parceria, o cotidiano da gestão em saúde começou a ser compartilhado entre o Executivo e o Judiciário, respeitando-se suas funções

típicas, e depois passou a incorporar outros atores (Ministério Público e a Defensoria Pública).

A experiência de Araguaína, sensível aos desafios de efetivação do direito à saúde, ofereceu novas formas de pensar a atuação do poder público e das instituições jurídicas. Os arranjos institucionais que foram criados com o NAT e a ouvidoria apontaram para uma rotina extrajudicial de intenso diálogo interinstitucional, fazendo que a litigiosidade em saúde fosse fortemente residual, sem perder o foco na efetivação desse direito.

CONCLUSÃO

Objetivou-se com a presente pesquisa trazer uma reflexão sobre uma melhor realização do direito fundamental social à saúde, de forma universal, justa, igualitária e efetiva, tal como preconizado pelo constituinte, que não a judicialização.

Tal proposta partiu de um estudo da constitucionalização do direito à saúde e do SUS, em todos seus aspectos, bem como da ideia de que a judicialização das políticas públicas em matéria de saúde, em que pese necessária em casos de omissão ou ineficiente estatal, causa enormes distorções e reflexos, não resultando numa prestação efetiva, justa e universal.

Evidenciou-se, então, que o Poder Executivo tem que ter a primazia, eis que sua função típica, à luz de suas atribuições constitucionais, melhor aparato técnico e legitimação nas urnas, para formular e implementar as políticas públicas de saúde, elaborando todo um sistema de saúde que atenda aos ditames constitucionais.

Mas para isso, e analisando que são diversos os atores envolvidos, assim considerados aqueles pertencentes ao “Sistema de Justiça”, além da participação popular e do próprio Poder Executivo, chegou-se à conclusão que existe uma melhor forma de concretização do direito à saúde, à luz de um necessário diálogo interinstitucional de aproximação, fundamentado no presidencialismo de coalizão e com adoção de medidas de resolução consensual administrativa.

Restou, em conclusão, demonstrada que essa lógica da primazia do Poder Executivo, dos arranjos institucionais, à luz do presidencialismo de coalizão que fomenta negociações e diálogos interinstitucionais e entre os atores envolvidos de forma consensual, revela-se um importante instrumento de ação com vias a desjudicializar a questão de saúde, numa melhor implementação de políticas públicas e, conseqüentemente, realização do direito fundamental social à saúde, tal como idealizado na “Constituição Cidadã”, de forma universal, justa, igualitária e efetiva, trazendo-se, ao final, algumas experiências e iniciativas municipais, dado o recorte metodológico, para ilustração do proposto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 90.

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. **Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v. 31, nº 1, p. 5-34, 1998.

AGÊNCIA BRASIL. Arrecadação Federal. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-01/arrecadacao-federal-com-impostos-chega-r-1537-trilhoes-em-2019>. Acesso em: 12/3/2020.

ALBUQUERQUE, Luis de (Dir.). Dicionário de historiados descobrimentos portugueses. Lisboa: Caminho, 1994; ALBUQUERQUE, Luis de (Coord.). **Portugal no Mundo**. Lisboa: Alfa, 1989;

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: *Centro de Estudios Constitucionales*, 1993, p. 89/117.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 511-512.

ALKIMIN, Maria Aparecida; e DUTRA, Lincoln Zub. O Ativismo Judicial como instrumento de transformação do Estado Democrático de Direito. **Revista Direito & Paz**. São Paulo, Lorena, ano 18, nº 34, p. 300-318; 2016, p. 303. Disponível em: www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/download/357/257/. Acesso em 3/1/2019.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

APPARECIDO JUNIOR, José Antonio. O Leviatã revisitado - o procurador do município e o novo paradigma da consensualidade administrativa. *In*: CUNHA, Bruno Santos; NERY, Cristiane da Costa; CAMPELLO, Georgia Teixeira Jezler. **Direito municipal em debate**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. v. 3, p. 91-117; p. 115-116.

ARAUJO, Carlos; CLANDEIGNE, Michel (Dirs.). Lisboa e os descobrimentos, 1415-1580: a invenção do mundo pelos navegadores portugueses. Lisboa: Terramar, 1990; ARRUDA, José Jobson de Andrade. **O Brasil no comércio colonial**. São Paulo: Ática, 1980;

ARAUJO, Rodrigo Henriques de. **Autonomia municipal, orçamento público e ativismo judicial**. vol. 3, ed. única. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 181.

ARAÚJO. Luiz Alberto David. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 77-80.

ARISTÓTELES. **A política**. Trad. de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação do cidadão nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulamentação na experiência brasileira. **Revista Interesse Público**. Porto Alegre, nº 16, 2002, p. 14.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 665.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. s.n. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 111.

_____. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 240, 83-103, abr./jun., 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>. Acesso em 18/4/2020.

_____. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios do direito brasileiro. **Revista da EMERJ**. v. 6, nº 23, 2003. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23.pdf. Acesso em: 18/4/2020.

BARCELOS, Patrícia Campanha. Perfil de demandas judiciais de medicamentos da Secretaria de Estado da Saúde do Espírito Santo: um estudo exploratório (Dissertação) - Instituto de Medicina Social, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro-RJ, 2010;

BARROSO, Luis Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (Coord.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**, p. 24. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em: 16/2/2020.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn) Thesis, Rio de Janeiro. v. 5, nº 1, 2012. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 5/12/2019.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, mar./abr./mai., 2007. Disponível em: <http://direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 18/4/2020.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios do direito brasileiro. **Revista da EMERJ**. v. 6, nº 23, 2003. Disponível em

https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23.pdf. Acesso em 18/4/2020.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**, 2002, p. 118.

BATICH, Mariana. São Paulo Perspec. vol.18, nº 3. São Paulo, jul./set., 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000300004. Acesso em: 24/3/2020.

BITTENCOURT, Caroline Muller. O controle jurisdicional de políticas públicas a partir das contribuições da teoria discursiva e democrática com base na dogmática e na realidade brasileira. Tese (Doutorado) - Universidade de Santa Cruz do Sul, Ciências Sociais Aplicadas, 2012.

BNDES. **Revista**: Setorial 46. Saúde, 2017, p. 46. Disponível em: https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/14134/2/BNDES-Setorial-46_Saude_P_BD.pdf. Acesso em: 20/3/2020.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9ª Tiragem. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Campus, p. 32.

_____. **Igualdade e liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Edipro, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 33.

BOXER, Charles Ralph. **O império marítimo português**. Tradução do Inglês de Inês Silva Duarte. Lisboa: Edições 70, 1969.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. **O remédio via Justiça**: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/aids no Brasil por meio de ações judiciais. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Relação Nacional de Medicamentos**. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/renome2010.pdf>. Acesso em: 12/3/2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Relatório de Gestão 2018**. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relatorio_gestao_2018.pdf, p. 3. Acesso em: 22/4/2020.

BRASIL. **Lei Federal nº 8.080/1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20/4/2020.

BRASIL. **Lei Federal nº 8.140/1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20/4/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.923/DF. Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux. **Diário de Justiça da União**, 12/12/2015.

_____. Segunda Turma. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 745.745**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em: 2/12/2014. Divulgado em: 19/12/2014, no DJe nº 250.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Buscando um conceito de políticas públicas para concretização dos direitos humanos. *In: Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo, 2001, p. 11.

_____. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 269.

_____. O conceito de política pública em direito. BUCCI, Maria Paula Dallari (Coord.). *In: Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 22.

CAETANO, Marcello apud CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

CALABRESI, Guido; e BOBBITT Philip. **“Tragic Choices”**, 1978, W. W. Norton & Company.

CANADA HEALTH ACT. Disponível em: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-6/page-2.html>; <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-6/page-1.html#docCont>. Acesso em: 12/3/2020.

CANADA. CTV NEWS. **CBC gastos com saúde pública Canadá**. Disponíveis em: <http://www.ctvnews.ca/health-care-spending-to-reach-5-170-per-person-1.342502>. Acesso em: 12/3/2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 407-410.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CÁRCOVA, Carlos María. Direito, política e magistratura. Tradução de Rogério Viola Coelho e Marcelo Ludwig Dornelles Coelho. São Paulo: LTr, 1996. *In: COSTA, Claudia Maria. O protagonismo do Poder Judiciário no estado social de direito: diagnósticos, consequências e contribuições para a sua transformação democrática*. Tese (Doutorado) - Mackenzie, 2017, p. 135. Disponível em:

<http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/3417/5/Claudia%20Marcia%20Costa.pdf>
f. Acesso em: 25/4/2020.

CARRERA, António. **As companhias pombalinas**: de Grão-Pará e Maranhão e Pernambuco e Paraíba. Lisboa: Presença, 1982;

CEBES. **Matéria sobre Gestão do SUS**. Disponível em: <http://cebes.org.br/2014/10/a-soma-da-ma-administracao-com-a-corrupcao/>. Acesso em: 12/4/2020.

CELESTINO, Karla Alexsandra Falcão Vieira; VILAS BÔAS, Regina Vera. A efetivação dos direitos fundamentais sociais por meio da atuação concreta da Advocacia Pública Municipal. *In*: CUNHA, Bruno Santos; NERY, Cristiane da Costa; CAMPELLO, Georgia Teixeira Jezler. **Direito municipal em debate**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. v. 3, p. 91-117; p. 115-116.

CHALITA, Gabriel. **O poder**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 11.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Crítica Jurídica**. Curitiba, nº 22, jul./dez., 2003.

_____. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

COELHO, Helena Beatriz Cesarino Mendes. **Políticas públicas e controle de juridicidade**. Vinculação às normas constitucionais. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2010, p. 84-85.

Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS). Disponível em: http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf. Acesso em: 10/3/2020.

CONJUR. **Matéria judicialização da saúde**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-15/judicializacao-saude-juizes-passam-ditar-politicas-publicas-setor>. Acesso em: 12/5/2020.

CONJUR. **Matéria Judiciário**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-11/consciencia-importancia-judiciario-evita-ativismo-toffoli>. Acesso em: 12/5/2020.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **História do judicial review**. O mito de Marbury. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/520000/001063213.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20/3/2020.

COSTA SABINO, Marco Antonio da. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites constitucionais e institucionais. O caso da saúde. *In*: **O Controle jurisdicional de políticas públicas**. Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe (Coords.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

COSTA, Claudia Maria. O protagonismo do Poder Judiciário no estado social de direito: diagnósticos, consequências e contribuições para a sua transformação democrática. Tese (Doutorado) - Mackenzie, 2017. Disponível em:

<http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/3417/5/Claudia%20Marcia%20Costa.pdf>
f. Acesso em: 25/4/2020.

COSTA, Luciana da Silva. **A revisitação do princípio da separação de poderes: dialogicidade e tensão como elementos conformadores da identidade constitucional brasileira.** Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-21012015-091338/publico/COMPLETA_REVISITACAO_DO_PRINCIPIO_DA_SEPARACAO_D_E_PODERES.pdf p. 160. Acesso em: 22/3/2020.

CRETELLA JUNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988.** Rio de Janeiro, 1993, v. 8, p. 334.

DALLARI, Adilson Abreu. Direito ao uso dos serviços públicos. **Revista Trimestral de Direito Público.** São Paulo, nº 13, 1996, p. 215.

DALLARI, Sueli Gandolfi. A construção do direito à saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário - journal of health law.** São Paulo, v. 9, nº 3, p. 9-34; nov.-fev., 2009, p. 11

_____. Advocacia em saúde no Brasil contemporâneo: **Revista Saúde Pública,** 30 (6): 592-601, 1996.

_____. Aspectos particulares da chamada judicialização da saúde. **R. Dir. Sanit.,** São Paulo, v. 14, nº 1, p. 77-81. mar./jun. 2013.

_____. O Direito à Saúde. **Revista de Saúde Pública.** São Paulo, 1988.

_____; MAGGIO, Marcelo Paulo. **A efetivação jurídico-política do direito à saúde no Supremo Tribunal Federal:** A referência paradigmática da SL 47-AGR/PE. **R. Dir. Sanitário.** São Paulo, v. 17, nº 3, p. 58-76. nov., 2016; fev., 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público - sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. *In:* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Administrativo e Interesse Público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antonio Bandeira de Mello.** Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 203-219, p. 217.

_____. **Parceiras na administração pública.** São Paulo: Atlas.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Litisconsórcio.** 3ª ed. São Paulo: Melhoramentos, p. 161.

DOI. Estudo de Caso. Lages/SC. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v17i2p48-65>. Acesso em: 10/11/2019.

DUARTE, Clarice Seixas. Para além da judicialização: a necessidade de uma nova forma de abordagem das políticas públicas. *In:* SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma; BRASIL, Patrícia Cristina. **O direito na fronteira das políticas públicas.** São Paulo: Páginas e Letras, v. 1, p. 13-18.

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**, p. 24.

DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: A teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, *apud* BRITO FILHO, Claudio Monteiro de. **Ações Afirmativas**. São Paulo: LTr, 2012, p. 46/52.

_____. **O Império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 474-475.

EIDT, Elisa Berton. Os institutos da mediação e da conciliação e a possibilidade de sua aplicação no âmbito da administração pública. **RPGE**. Porto Alegre, v. 36, nº 75, p. 70, 2015.

FAPESP. Pesquisa demandas judiciais. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/2017/02/10/demandas-crescentes/>. Acesso em: 17/3/2020.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. (1994). O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP** (21), 12-21. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.v0i21p12-21>. Acesso em: 20/3/2020.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. **Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, v. 52, nº 1, p. 223-251, 2009.

_____; VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante**. v. 52, nº 1. Rio de Janeiro. mar., 2009. disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direito_a_Saude_Recursos_escassos_e_equidade.pdf. Acesso em: 9/4/2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FIGUEIREDO, Tatiana Aragão. Análise dos medicamentos fornecidos por mandado judicial na Comarca do Rio de Janeiro: A aplicação de evidências científicas no processo de tomada de decisão (Dissertação). Rio de Janeiro (RJ): Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca. Fundação Oswaldo Cruz, 2010.

FOLHA UOL. Matéria SUS. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/drauziovarella/2018/03/imposicao-pelas-maos.shtml>. Acesso em: 22/4/2020.

FREITAS, Daniel Castanha de. Medicamentos de alto custo no Brasil: análise da política nacional de medicamentos e balizas para a adoção de critérios nas decisões do Poder Judiciário. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, v. 44, nº 142. jun., 2017; p. 53-54. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-AJURIS_142.02.pdf. Acesso em: 22/3/2020.

FREITAS, Gustavo. **A companhia geral do comércio do Brasil (1649-1720)**. São Paulo: Coleção da Revista de História, 1951.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**, p. 20.

_____. **Estudos de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995, p.31.

_____. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. **RDA - Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 276, p. 25-46, set./dez., 2017.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005;

GALLEGO, Alfredo. **Teoría de la constitucion**. Tradução de Alfredo Gallego, Barcelona, 1970, p. 55.

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Arrecadação Estadual. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/ultimas-noticias/sp-registra-melhor-resultado-primario-desde-2010-com-superavit-de-r-183-bilhoes/>. Acesso em: 12/3/2020.

HACHEM, Daniel Wunder. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 14, nº 55, p. 123-158. jan./mar., 2014. Disponível em: http://www.danielwunderhachem.com.br/img/artigos/arquivo_20150326150944_16.pdf. Acesso em: 10/5/2020.

_____. Vinculação da Administração Pública aos precedentes administrativos e judiciais: mecanismos de tutela igualitária dos direitos sociais. *In*. BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder. SANTANO, Ana Claudia (Coord.). **Estado, direito e políticas públicas**: Homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: Íthala, 2014, p. 218-219.

HESS, Heliana Maria Coutinho. **Ativismo judicial e controle de políticas públicas**. Disponível em: http://www4.jfrj.jus.br/ser/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/221/226. Acesso em: 20/3/2020.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. s.n. Tradução por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã - ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 27.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R., *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York and London: W. M. Norton, 1999, p. 43;

_____. A Construção do direito à saúde no Brasil. **Revista de Direito Sanitário - Journal of Health Law**. São Paulo. v. 9, nº 3, p. 9-34. nov./fev., 2009, p. 11.

INSTITUTO INSPER. Pesquisa judicialização da saúde. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/judicializacao-da-saude-dispara-e-jacusta-r-13-bi-a-uniao/>. Acesso em: 5/12/2019.

INTERFARMA. Pesquisa judicialização saúde. Disponível em: <https://www.interfarma.org.br/biblioteca?p=3>. Acesso em: 10/1/2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2005.

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

LAGASTRA, Valeria Ferigoli. **A judicialização da saúde e os métodos consensuais de solução de conflitos**. Curitiba: Prismas, 2018, p. 49.

_____. A judicialização da saúde e os métodos consensuais de solução de conflitos. *In: Visão multidisciplinar das soluções de conflitos no Brasil*. João Grandino Rodas *et al.* (Coord.). Curitiba: Prismas, 2018.

LAGES, Cintia Garabini. Separação dos poderes: tensão e harmonia. *In: Âmbito jurídico*, Rio Grande, XI, nº 58, out., 2008. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5223%3E. Acesso em: 1/2020.

LAPA, José Roberto do Amaral. O sistema colonial. São Paulo: Ática, 1994; NOVAIS, Fernando. **Portugal e Brasil na crise do antigo sistema colonial (1777-1808)**. 6ª ed. São Paulo: Hucitec, 1995.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição Política**. Rio de Janeiro: Global, 1987.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 59.

LEVIN, Alexandre. **O direito administrativo na jurisprudência do STF e do STJ: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Flávio Henrique Unes Pereira; Márcio Cammarosano; Marilda de Paula Silveira; Maurício Zockun (Coords.). Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 33.

LOCKE, John. **O segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Editora Vozes, 1994.

LOPES Luciane Cruz; BARBERATO-FILHO, Silvio; COSTA, Augusto Chad; OSORIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa. Medicamentos antineoplásicos e ações judiciais: contribuição para o modelo de assistência farmacêutica no SUS. *In: Relatório de resultados dos projetos de pesquisa - Seminário PPSUS-SP*. São Paulo, 2008.

LULIA, Luciana Temer de Toledo. **O estrangeiro e a progressão de regime prisional no sistema jurídico brasileiro**. Pontifícia Universidade Católica. Direito Constitucional, 2005.

_____. **Abrangência do Direito à Saúde**: Fornecimento de medicamentos especiais é dever do Estado? Fundação Prefeito Faria Lima - CEPAM. Encontro Temático - Financiamento e Gestão de Recursos da Saúde Municipal. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/6409188/direito-social-a-saude-e-fornecimento-de-medicamentos-artigo/7>. Acesso em: 10/02/2020.

MACHADO, MAA. Acesso a medicamentos via Poder Judiciário no estado de Minas Gerais (Dissertação) - Faculdade de Farmácia, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte (MG), 2010.

MADEIRA, Daniel Leão Hitzchky; e AMORIM, Roseando Freitas de. **O ativismo judicial**. Instrumento de Concretização de Direitos ou Ingerência no Princípio da Separação de Poderes? Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=20d039f53b4a6786>. Acesso em: 18/12/2018.

MÂNICA, Fernando Borges. **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP**. Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr. *et al* (Coord.). São Paulo, 2017. Disponível em: <http://enciclopediajuridica.pucsp.br>. Acesso em: 22/4/2020.

_____. **Prestação de serviços de assistência à saúde pelos municípios**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. Teoria da reserva do possível: Direitos a prestação e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. **Revista Eletrônica Direito sobre a reforma do Estado (RERE)**, Salvador. Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 21, p. 182. mar./abr./maio., 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-FERNANDO-MANICA.pdf>. Acesso em: 22/3/2020.

MARANHÃO HOJE. Matéria Prêmio CNJ. Disponível em: <http://maranhaohoje.com/tres-magistrados-de-imperatriz-vencem-o-premio-conciliar-e-legal-do-cnj/>. Acesso em: 10/12/2019.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 11ª ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, p. 311.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. 9ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Curso de direito administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 802.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 86.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação.** Disponível em: <http://pct.capes.gov.br/teses/2008/33002010030P6/tes.pdf>. Acesso em: 12/1/2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade.** São Paulo: Celso Bastos, 1998, p. 35.

_____.; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 686.

MESSEDER, AM, Osorio-de-Castro CGS, Luiza VL. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cad. Saúde Pública* 2005; 21(2):525-534; Vieira FS, Zucchi P. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista Saúde Pública*, 2007; 41(2):214-222.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O espírito das leis.** São Paulo: Marins Fontes, 1993, p. 181.

_____. **O espírito das leis.** Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. As Estruturas do Serviço Público. A&C. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional.** Belo Horizonte, ano 4, nº 17. jul./set., 2004, p. 60.

NALINI, José Renato. **Justiça:** uma questão de educação. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

_____. O futuro da segurança jurídica. *In:* GERMANOS, Paulo André Jorge (Coord.). **Segurança jurídica:** coletânea de textos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 104-121.

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso; MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de. Reflexões sobre o Ativismo Judicial. **Revista da Faculdade de Direito UERJ-RFD**, nº 27, 2015, p. 150. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/12339>. Acesso em: 20/4/2020.

NEVES, Mariana Barboza Baeta (Coords.). **Direito constitucional contemporâneo:** Homenagem ao professor Michel Temer. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 578.

NHS ENGLAND. Sistema Público de Saúde da Inglaterra. Disponível em: <http://www.nhs.uk/pages/home.aspx>; <http://www.nhs.uk/NHSEngland/thenhs/about/Pages/overview.aspx>; https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/448466/NHS_Constitution_WEB.pdf. Acesso em: 12/3/2020.

OCDE. Indicadores de qualidade e longevidade. Disponível em: <http://www.oecdbetterlifeindex.org/pt/paises/united-kingdom-pt/>. Acesso em: 12/03/2020.

OCDE. Canadá. Disponíveis em: <http://www.oecdbetterlifeindex.org/pt/paises/canada-pt/>. Acesso em: 12/3/2020.

OLIVEIRA, Eduardo Perez; DOUGLAS, William. **Direito à saúde x pandemia**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2020.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI**: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67859>. Acesso em: 5/8/2020.

OLIVEIRA, Jadson Correia de; SOUZA, Jordânia Oliveira. Da inaplicabilidade da teoria da reserva do possível no contexto jurídico-social brasileiro: o estado social como garantidor do direito fundamental à saúde. *In: Revista Pensamento Jurídico*. São Paulo, v. 12, nº 2, jul./dez., 2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Pensamento-Jur_v.12_n.2.08.pdf. Acesso em: 24/3/2020.

ONU. Constituição. Disponível em: <http://www.un.org/en/documents/udhr/>. Acesso em: 10/3/2020.

ONU. Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 15/1/2020.

OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: EDUSC, 2005.

PAULA, Daniel Giotti de. Intranquilidades, positivismo jurisprudencial e ativismo jurisdicional na prática constitucional brasileira. *In: Novelino, Marcelo (Coord.). Leituras complementares de direito constitucional*. Teoria da Constituição. Salvador: Jus Podium, 2009, p. 338.

_____; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: JusPodivm, 2011.

_____. Ainda existe separação dos poderes? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política. *In: FELLET, A.L.F.; PAULA, D.G.; NOVELINO, M. (Org.) As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 273.

PAULINO JACQUES. Curso de Direito Constitucional, 9ª ed., RJ, Forense, 1983, p. 371.

PEPE, Vera Lúcia Edais; FIGUEIREDO, Tatiana de Aragão; SIMAS, Luciana; OSÓRIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa; VENTURA, Míriam. A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. **Rev. Ciênc. Saúde Coletiva**. vol. 15, nº 5. Rio de Janeiro, ago., 2010. Disponível em:

https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000500015. Acesso em: 9/5/2020.

PERLINGEIRO, Ricardo. *Recognizing the public right to healthcare: the approach of Brazilian courts*. **Revista de Investigações Constitucionais**. Curitiba, v. 1, nº 1, p. 19-37. jan./abr., 2014.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito Fundamental à Saúde: Regime Jurídico-Constitucional, Políticas Públicas e Controle Judicial*. 270 f. Dissertação (Mestrado) - Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal do Paraná. Defesa: Curitiba, 15/3/2013, p. 140.

POZZOLO, Suzanna, *Un constitucionalismo ambiguo*. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 193.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial - parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 5.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa administração pública**. HACHEM, Daniel Wunder (Trad.). Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 25.

ROSSI, Pedro; DWECK, Esther. **Cadernos de Saúde Pública**. Espaço Temático: austeridade fiscal, direitos e saúde, 2016. Fiocruz. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v32n12/1678-4464-csp-32-12-e00194316.pdf>. Acesso em: 24/4/2020.

SABINO, Marco Antonio da Costa. Quando o Judiciário ultrapassa seus limites. In: **O controle jurisdicional de políticas públicas**. Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe (Coord.). 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SANTOS CC, Guimarães LG, Gonçalves SA. *Estratégias para reorganização e otimização das atividades destinadas ao fornecimento de medicamentos demandados judicialmente contra a Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal (Monografia de especialização)* - Faculdade de Ciências da Saúde, Universidade de Brasília, Brasília (DF), 2006.

SANTOS, Lenir. **Sistema Único de Saúde: desafios da gestão interfederativa**. Campinas: Saberes Editora, 2013, p. 85.

SANTOS, Ricart César Coelho dos. **Financiamento da saúde pública no Brasil**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10ª ed. Porto Alegre, 2011.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª ed. (rev., atual. e ampl.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2011, p. 100/118.

_____. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica.** 20 Anos de Constitucionalismo Democrático - E Agora? Porto Alegre-Belo Horizonte, 2008, p. 163-206. (rev. e atual.). Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 21/4/2020.

SARMENTO, Daniel. 21 Anos da Constituição de 1988: a Assembleia Constituinte de 1987-1988 e a experiência constitucional brasileira. **Revista de Direito Público**, nº 30, p. 7-41, nov./dez., 2009. p. 32-33.

_____. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In:* PAULA, Daniel Giotti de; FELLET, André Luiz Fernandes; NOVELINO, Marcelo (Org.). **As novas faces do ativismo judicial.** Salvador: JusPodivm, 2011. p. 73.

SCAFF, Fernando Facury. Orçamento Público, Direitos Sociais e Escolhas Políticas ou Reserva do Possível e Escolhas Trágicas na Implementação dos Direitos Sociais. *In:* LUCCA, Newton de; MEYER PFLUG, Samantha Ribeiro; NEVES, Mariana Barboza Baeta (Coords.). **Direito constitucional contemporâneo: homenagem ao professor Michel Temer.** São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 578.

_____. Sentenças Aditivas, Direitos Sociais e Reserva do Possível. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais orçamento e reserva do possível.** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 153.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo, FLORES, Pedro Henrique Brunken. Estado de direito, superação do positivismo e os novos rumos do constitucionalismo. **Revista Brasileira de Teoria e Constituição.** Curitiba, v. 2, nº 2, p. 1.208-1.229. jul./dez., 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/teoriaconstitucional/article/view/1556>. Acesso em: 18/4/2020.

_____. **Regime jurídico do serviço público:** garantia fundamental do cidadão e proibição do retrocesso social. Curitiba: Íthala, 2016.

_____; BEREJUK, Léa Maria Massignan. O direito fundamental social à saúde e a administração pública. **Revista Em Tempo - Marília**, v. 16, 2016.

_____; FREITAS, Daniel Castanha de. O protagonismo do órgão jurisdicional: uma pesquisa empírica da perspectiva dos magistrados do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná sobre o ativismo judicial. **Interesse Público - IP.** Belo Horizonte, ano 19, nº 101, p. 115-130. jan./fev., 2017.

SCHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: RT 2014. v. 1, p. 87-102.

_____. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. v. 6, p. 251, 2009.

_____. **Filtragem constitucional**. Porto Alegre: SAFE, 1999b., p. 3

_____. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. *In*: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 252-2.

_____. **Presidencialismo de coalizão**: Contexto, formação e elementos na democracia brasileira. Curitiba: Juruá, 2017.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia de Letras, 2000, p. 29.

SILVA, Guilherme Amorim Campos da; NAVES, Rubens. **A era da construção e da desconstrução dos direitos humanos**: avanços, crises e desafios estruturantes na perspectiva do direito brasileiro. Disponível em: http://www.social.org.br/files/pdf/relatorio_dh_2019.pdf. Acesso em: 24/3/2020.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo - José Afonso da Silva. 34ª ed. São Paulo/SP: Malheiros Editores, 2011.

_____. Aplicabilidade das Normas Constitucionais - José Afonso da Silva. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 198.

_____. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. *In*: **Direitos sociais**, p. 589 e ss.

STF. **ADI 1.923/DF**, Tribunal Pleno. Rel. para o acórdão Min. Luiz Fux. DJU17.12.2015; e STF. RE 581.488/RS, Tribunal Pleno. Rel. Min. Dias Toffoli. DJU, 8/4/2016.

STF. **STA 175-AgR/CE**, Rel. Gilmar Mendes, 17/03/2020, p. 77, 95 e 116.

STF. STA 175-AgR/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes, 17/03/2010, p. 82. (CANOTILHO, J. J. Gomes. Metodologia “Fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática atual dos direitos econômicos, sociais e culturais. *In*: **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 100.

STF. **Recurso Extraordinário nº 855.178/SE**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?i>

ncidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793.

STF. **Recurso Extraordinário nº 566.471**. Decisão não disponível ainda. Matéria disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439095&caixaBusca=N>. Acesso em: 22/4/2020.

STF. **Notas Taquigráficas da Audiência Pública nº 4**. Disponível em: <http://www.STF.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>. Acesso em: 21/3/2020.

STF. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/711488288/presidente-do-stf-retira-de-municipio-obrigacao-de-fornecer-medicacao-de-alto-custo>. Acesso em: 10/1/2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 244.

TAVARES, André Ramos. **Manual do Poder Judiciário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 42.

_____. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 63-66.

TEMER, Michel. **Elementos do direito constitucional**. 8ª ed. São Paulo: RT, 1981, p. 116.

THEODOULOU. *How public policy is made*. In: THEODOULOUS; CAHN (Ed.) *Public policy, the essential readings*.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 75.

Último relatório de gestão do MS, 70% são SUS dependentes. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relatorio_gestao_2018.pdf, p. 3. Acesso em: 22/4/2020.

UK GOV. Disponível em: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/213052/Public-Perceptions-of-the-NHS-Tracker-Spring-2012-Report-FINAL-v1.pdf. Acesso em: 12/3/2020.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista de Direito GV**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24323008000200005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 12/1/2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. Disponível em: https://www.who.int/health_financing/documents/health-expenditure-report-2018/en/. Acesso em 24/4/2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. Gasto mundial em saúde Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/259632/WHO-HIS-HGF-HFWorkingPaper-17.10-eng.pdf?sequence=1>. Acesso em: 24/4/2020.

ZANCANER, Weida. Responsabilidade do estado, serviço público e os direitos dos usuários. *In*: FREITAS, Juarez (Org.) **Responsabilidade civil do estado**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 345.