

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO

MARIANA BALBY MENDONÇA SANTOS

DIREITOS SOCIAIS E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988:
O controle de políticas públicas como instrumento de concretização do direito fundamental-
social à saúde.

São Luís
2016

MARIANA BALBY MENDONÇA SANTOS

DIREITOS SOCIAIS E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988:

O controle de políticas públicas como instrumento de concretização do direito fundamental-social à saúde.

Monografia apresentada à coordenação do Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Cláudio Pavão Santana.

São Luís

2016

Santos, Mariana Balby Mendonça

Direitos sociais e a Constituição da República de 1988: o controle de políticas públicas como instrumento de concretização do direito fundamental-social à saúde / Mariana Balby Mendonça Santos. – São Luís, 2016.

130f.

Orientador: Prof. Dr. José Cláudio Pavão Santana.

Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Maranhão, Curso de Direito, 2016.

1. Direitos Sociais. 2. Políticas sanitárias. 3. Ativismo jurídico. I. Título.

CDU 342.7

MARIANA BALBY MENDONÇA SANTOS

DIREITOS SOCIAIS E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988:

O controle de políticas públicas como instrumento de concretização do direito fundamental-social à saúde.

Monografia apresentada à coordenação do Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Cláudio Pavão Santana.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. José Cláudio Pavão Santana (orientador)
Universidade Federal do Maranhão

1º Examinador
Universidade Federal do Maranhão

2º Examinador
Universidade Federal do Maranhão

Aos homens e mulheres que cotidianamente resistem, nas diversas esquinas desse Brasil, aos descasos e impropérios de um poder público ainda relutante à democracia e à supremacia da Constituição. Em especial, a todas as pessoas que lutam incessantemente por uma saúde pública mais humana e àqueles que sofrem diretamente as consequências das precariedades do Sistema Único de Saúde.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Cláudia Regina Monteiro Mendonça, por ser fonte de inspiração constante. Pelas lições de todos os dias sobre a vida terrena e sobre a vida espiritual. Pelo colo nos momentos de fragilidade. Pela força de suas palavras e de seus conselhos. Pelo riso fácil, que tanto me ensina, no cotidiano, a tentar fazer da vida um passeio mais leve. Por ter estado sempre ao meu lado, sem perder minha mão da sua durante a caminhada, mas me deixando livre e me permitindo crescer.

Ao meu pai, Janilson Santos, por ter esculpido em mim meus valores mais profundos. Por ter estado comigo nos momentos mais difíceis. Por ter me ensinado o valor da verdade. Pela consciência de que todo erro tem consequências, mas toda superação se transforma em força e autoconhecimento. Por ter me orientado a pôr a honestidade e a integridade em lugar da mais alta conta. Pelo cuidado e pelo carinho que me fazem sentir absolutamente protegida quando estou em seu abraço.

A vocês, meus pais, toda a minha homenagem. Toda e qualquer conquista que eu venha alcançar na vida terá as marcas dessas mãos, que dedicaram bons anos de suas vidas a garantir, a mim e aos meus irmãos, todo o suporte afetivo, moral e material para que nós pudessemos crescer e nos tornar quem somos hoje e quem pretendemos ser amanhã. Por terem me proporcionado o privilégio de desenvolver com qualidade os meus estudos, com a consciência de que todo conhecimento deve ser compartilhado e jamais deverá servir de instrumento para arrogância. Por fim, porém antes de tudo, por me terem concedido – com a Graça de Deus – o dom da vida.

Aos meus irmãos, Miguel Balby e Juliana Balby, pelo companheirismo de toda uma vida. Por terem compartilhado comigo a experiência indescritível de crescer no seio de uma família onde reina o amor, a união e o respeito. A você, Juliana, pelo prazer de ter construído uma amizade talvez inimaginável alguns anos atrás. Por ser meu suporte e a quem confio a mim mesma, por me sentir à vontade para ser o meu mais verdadeiro “eu.” Por ser minha confidente, minha parceira de aventuras e por compartilhar sonhos comigo. A você, Miguel, pelas lições de todos os dias. De persistência, de dedicação, de amor à vida. Por ser, para nossa família e para todos os que te amam, exemplo e prova viva de superação. Por me fazer lembrar, em segundos, o valor de um sorriso. Por fazer parte das minhas lembranças mais felizes e por me motivar a ser, a cada dia, uma pessoa melhor.

Aos meus avós, Alenice Alba e Miguel Balby, pelo amor genuíno que tem se multiplicado desde a mais tenra idade aos dias que correm. Por terem sido presença constante

na minha formação. Por serem rico manancial de sabedoria. Pelo carinho e pelo cuidado. Aos meus tios e aos meus primos por formarmos, juntos, a família que somos em todos os sentidos da palavra. Por terem dividido comigo boa parte dos meus dias, dos meus dissabores às minhas conquistas. Por me lembrarem, constantemente, de que não estou sozinha no mundo.

Aos amigos, por terem sempre me incentivado a não desistir, a resistir e a continuar sonhando. Em especial, a Gabriel Rosendo e a Laila Hernandez. Gabriel, por ser o companheiro de vida e irmão que eu escolhi, na inocência da infância, para dividir alegrias, tristezas, vitórias e tropeços. Por ter me mostrado, ao longo de todos esses anos, que amizade e longevidade podem caminhar lado a lado. Pela lealdade, pela presença, pelo suporte, pelo carinho. Por compartilharmos, com o mesmo sorriso, afinidades e diferenças. Pelas certezas. Por ter sido parte fundamental de quem eu sou hoje e de quem eu serei amanhã. Laila, por ter sido a mais grata surpresa do ano de 2015. Por despertar em mim a consciência de que, nem sempre, as amizades mais antigas são as mais genuínas. Por me ter ajudado a compreender que força e impassibilidade não são sinônimos.

À Universidade Federal do Maranhão, por ter sido instrumento fundamental de crescimento profissional e pessoal. Por ter me proporcionado experiências extraordinárias. Pelas inspirações e amadurecimentos extraídos da diversidade que representa o ambiente universitário. Aos mestres do Curso de Direito que, em suas diferentes maneiras de portar-se e relacionar-se com a academia, me ajudaram a idealizar a profissional que pretendo ser. Agradeço, em especial, a meu orientador, o Professor José Cláudio Pavão Santana, por ter sido minha primeira grande referência no Direito Constitucional, disciplina que abracei com amor e responsabilidade, como a menina de meus olhos, ao longo de todo o curso.

Às amigas que fiz na UFMA, com as quais dividi essa longa, proveitosa e (por vezes) tormentosa jornada, especialmente representadas nas pessoas de Sara Manuele, Thaylindre Coelho, Thaiane Costa, Magali Medeiros, Ilanna Sofia, Amanda Carvalho, Paloma Ayoub, Victor Costa, José Lima Jr., Antônio Felipe, Gabriel Silva, Arthur Ramos, Adriano Guimarães e Thiago Wesley. A vocês, noturnos, toda minha gratidão pelo suporte mútuo e por terem descontraído as tensões da graduação.

Às Defensorias Públicas, da União e do Estado do Maranhão, instituições onde estagiei ao longo de todo o curso. Por me terem aberto os olhos para a verdadeira beleza da atividade do jurista. Por me terem feito enxergar uma ampla gama de possibilidades para o futuro. Por terem resgatado o idealismo social adormecido na minha consciência profissional. Aos estagiários com quem dividi essas experiências, especialmente, Magali, Karen, Natália,

Maurício e Leandro (DPE); Maíra, Dhebora, Magali, Ludmila, George, Ivaldo, Ícaro e Leandro (DPU). Aos Defensores Públicos que me supervisionaram, Jean Carlos Nunes Pereira (DPE) e Carlos Eduardo Barbosa Paz (DPU), por terem me apresentado às maravilhas da atividade defensorial e por terem me aproximado à realidade prática do Direito.

Por derradeiro e com a máxima proeminência, a Deus, à força da vida e aos irmãos da espiritualidade superior, que me inspiram constantemente a crescer e evoluir, que me impulsionam a seguir sorrindo e aprendendo, cantando e progredindo.

*Ninguém pode viver na indigência,
Esse fato cruel não é possível.
Injustiça tamanha é inconcebível,
Governante é prá ter mais consciência,
Igualdade da gente é evidência.*

*E o pobre precisa de respeito.
No Brasil pouca coisa se tem feito,
Relativo à saúde e hospital.
Um gari, um contínuo e secretária,
Tem que ter um bilhete do prefeito.
Está aí uma falta de respeito,
É um ato indevido e imoral.*

*Brasil pela tecnologia,
Nós sabemos que tá meio avançado.
Em saúde se está ele atrasado,
Talvez seja evidente covardia.
É preciso botar as leis em dia,
Prá pobre na saúde ser aceito,
Pois Brasil hoje está do mesmo jeito,
De uma Serra Leoa e Senegal.
Todo mundo a saúde deve ter,
É a força de nossa confiança.
Ninguém pode é ter uma criança,
Sem ter casa, comida e sem ter leito,
Sem ter papa, mingau e sem ter peito,
Sem escola, remédio e hospital.*

(Ivanildo Vila Nova e Oliveira de Panelas)

RESUMO

Como uma das soluções indicadas à amenização da crise de inefetividade dos direitos sociais, o ativismo jurídico no controle das políticas públicas é objeto de intensas controvérsias doutrinárias e institucionais. Este estudo de caráter descritivo-analítico tem o propósito de perscrutar o ativismo jurídico, mormente no que concerne ao controle das políticas sanitárias, como instrumento de concretização do direito fundamental-social à saúde. A partir das aceções e dos dados colhidos avaliou-se a fundamentalidade do direito à saúde, sua estrutura normativa regente, bem como sua exigibilidade judicial, em concreto e em abstrato. Com base no que foi averiguado, foram examinados os limites e possibilidades do ativismo jurídico no controle das políticas sanitárias, bem como os parâmetros jurisprudenciais desenhados pelo Supremo Tribunal Federal para atuação do Judiciário na efetivação do direito à saúde. Por derradeiro, sustentou-se que a judicialização, ainda que possível, não pode ser entendida como uma solução definitiva e, por conseguinte, foram sugeridas soluções alternativas ao controle jurisdicional e adequadas à concretização do direito fundamental-social à saúde.

Palavras-chave: Direitos Sociais. Direito Fundamental-Social à Saúde. Ativismo Jurídico. Políticas Sanitárias. Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Efetividade do direito à saúde.

ABSTRACT

As one of the solutions to the minimization of the social rights ineffectiveness's crisis, the judicial activism in the control of public policies is the subject of intense doctrinal and institutional controversies. This descriptive-analytic study has the purpose of scrutinizing the judicial activism, especially regarding to the control of health policies, as an instrument to concretize the fundamental and social right to health. Based on the senses and the data collected, the fundamentality of the right to health and its ruler regulatory structures as well as its legal enforceability, concretely and abstractly, were evaluated. On the basis of what was examined, the limits and possibilities of legal activism in the control of health policies, as well as the jurisprudential parameters designed by the Supreme Court for judicial action in ensuring the right to health were verified. Lastly, it was argued that the judicialization, although possible, cannot be understood as a permanent solution and therefore were suggested alternative solutions to jurisdictional control for proper realization of the fundamental and social right to health.

Keywords: Social rights. Fundamental-social right to health. Judicial activism. Sanitary policies. Jurisdictional review of public policies. Effectiveness of the right to health

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988	17
2.1 Considerações sobre a Teoria Geral dos Direitos Fundamentais	17
2.1.1 Características e fundamentos jurídico-filosóficos dos direitos fundamentais	18
2.1.2 Dimensões dos direitos fundamentais	22
2.1.3 Teoria dos <i>Status</i> de <i>Georg Jellinek</i> como parâmetro para uma classificação atual dos direitos fundamentais na CRFB/88	24
2.2 Os Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais Prestacionais	29
2.2.1 Titularidade dos Direitos Sociais.....	30
2.2.2 Evolução histórica dos Direitos Sociais no mundo e na trajetória constitucional pátria.....	31
2.2.3 A jusfundamentalidade dos direitos sociais à luz do neoconstitucionalismo	35
2.3 Eficácia das Normas Constitucionais e Efetividade dos Direitos Sociais na Constituição Cidadã: o constitucionalismo dirigente <i>versus</i> a realidade brasileira	38
2.3.1 A norma constitucional quanto à sua eficácia e aplicabilidade	38
2.3.2 As normas definidoras de direitos e a eficácia dos direitos fundamentais sociais	41
2.3.3 A teoria da constituição dirigente no contexto da falta de efetividade dos direitos fundamentais sociais no Brasil	44
3 A PROMOÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL-SOCIAL À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	47
3.1 Algumas aproximações do Direito à Saúde à teoria geral dos direitos fundamentais	47
3.1.1 Saúde Pública, Direito à Saúde e Direito Sanitário: algumas distinções necessárias....	47
3.1.2 O Direito à Saúde em suas perspectivas formal e material	49
3.1.3 O Direito à Saúde como direito de defesa e como direito prestacional.....	51
3.2 Disciplina jurídico-constitucional do Direito Fundamental à Saúde	54
3.2.1 O conteúdo supostamente indeterminável do Direito à Saúde	54
3.2.2 O Direito à Saúde na Constituição da República de 1988.....	58
3.2.3 Políticas Públicas e o Direito à Saúde no âmbito infraconstitucional	60
3.3 O Sistema Único de Saúde como mecanismo infraconstitucional de Concretização do Direito Fundamental à Saúde	64

3.3.1	Aspectos históricos do processo de implantação do Sistema Único de Saúde.....	64
3.3.2	Diretrizes principiológico-estruturais e atribuições do Sistema Único de Saúde.....	66
3.3.3	Condições de financiamento do Sistema Único de Saúde.....	73
3.3.4	Saúde Complementar e Saúde Suplementar: as contribuições da iniciativa privada no SUS.....	76
4	AS POLÍTICAS SANITÁRIAS E O ATIVISMO JURÍDICO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: LIMITES E POSSIBILIDADES	80
4.1	Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e de vedação ao retrocesso como vetores para o controle das políticas públicas de saúde	80
4.1.1	A correlação entre o direito à saúde e a dignidade da pessoa humana associada à noção de mínimo existencial	81
4.1.2	A proibição de retrocesso como fator determinante para a promoção adequada do direito fundamental à saúde.....	84
4.1.3	A justiciabilidade das políticas sanitárias	88
4.2	Considerações sobre os entraves à implementação do controle das políticas públicas de saúde a partir dos esforços do Judiciário e das Funções Essenciais à Justiça.....	94
4.2.1	A (<i>in</i>)ocorrência de violação ao princípio da separação dos poderes no controle jurisdicional de políticas públicas	94
4.2.2.	A problemática do déficit de legitimidade democrática e técnica do ativismo jurídico em questões eminentemente políticas	98
4.2.3	As reservas de ponderação, do politicamente adequado e do financeiramente possível frente ao controle das políticas sanitárias.....	102
4.3	Medidas alternativas ao controle judicial e adequadas à concretização do direito à saúde.....	107
4.3.1.	A situação da efetividade do direito fundamental à saúde no cenário nacional e os espaços para judicialização das políticas públicas de saúde	107
4.3.2.	Reforma Política, mecanismos de acesso administrativo às prestações sanitárias, controle externo e controle da sociedade	112
4.3.3	Direcionamento das soluções alternativas com base em dados estatísticos e indicações doutrinárias.....	117
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	121
	REFERÊNCIAS.....	124

INTRODUÇÃO

A Organização Panamericana da Saúde (OPAS), órgão de direito internacional ligado à Organização Mundial da Saúde (OMS), em pesquisa realizada no ano de 2012, colheu dados que indicam que 75% da população brasileira depende exclusivamente do Sistema Único de Saúde (SUS) para a salvaguarda de seu bem-estar físico, mental e social. Importa, portanto, que sempre que a saúde pública seja objeto de análise, se tenha em mente que cerca de 153 milhões de brasileiros necessitam diretamente da intervenção estatal para que o direito à saúde de que são titulares não se resuma a mero constructo teórico desenhado entre as linhas do texto constitucional e granjeie alguns confins práticos. Nos dias que correm, são rotineiras as denúncias de descaso do poder público com relação à saúde, diariamente assomam-se notícias de cidadãos que experimentam dores lancinantes nos corredores dos hospitais públicos, que morrem à espera de um leito ou do agendamento de um procedimento cirúrgico. Em um contexto assim delineado, não é de se estranhar que o volume de demandas cujo objeto é o direito à saúde, que têm alcançado o Judiciário, tenha crescido e continue crescendo de maneira sensível.

Com assente no panorama descrito nas linhas acima, o ponto de partida deste trabalho é o enfrentamento da saúde pública enquanto um problema que deixou de ser meramente político e encontrou, mormente após a Constituição da República de 1988, contornos jurídicos mais definidos. Assim, a reflexão aqui proposta tem por finalidade a análise do direito à saúde enquanto direito fundamental-social, especialmente no que concerne aos limites e possibilidades de sua exigibilidade perante o Poder Judiciário. A questão, de certo modo, distancia-se da simplicidade, uma vez que envolve acaloradas discussões doutrinárias e dogmáticas. Entretanto, a matéria, dada a relevância de que é revestida, não pode ser ignorada. Merece, portanto, ser tratada com afincamento e seriedade.

Em um primeiro momento, serão trazidas à baila questões relativas à teoria geral dos direitos fundamentais – especialmente os sociais – que são imprescindíveis para o tratamento tecnicamente adequado do direito à saúde. Isto porque, a própria fundamentalidade do referido direito chega a ser questionada por aqueles que o entendem inexigível. Assim, à nota de fundamentalidade de que são munidos os direitos sociais, sobretudo no seio das Constituições ditas dirigentes ou compromissárias, será dedicado o primeiro capítulo deste ensaio. Serão examinadas as múltiplas funções dos direitos fundamentais, mormente a função prestacional que, usualmente, é atrelada única e exclusivamente aos direitos sociais, como se fosse restrita a essa categoria e como se os direitos sociais não pudessem, de modo algum,

exercer a função de defesa. Será analisada a eficácia e a aplicabilidade das normas definidoras de direitos fundamentais – inclusive dos sociais e, portanto, do direito à saúde – e sua relação com a efetividade (eficácia social) destes direitos.

Empós, um bloco do trabalho se destinará a destrinchar a estrutura normativa do direito fundamental-social à saúde no ordenamento jurídico pátrio. Destarte, no segundo capítulo, de início, serão correlacionadas as considerações sobre a teoria geral dos direitos fundamentais ao direito à saúde, especificamente. Posteriormente, analisar-se-á a disciplina jurídica do direito à saúde nos âmbitos constitucional e infraconstitucional, no contexto da concretização do referido direito por meio das políticas públicas. Enfrentar-se-á a suposta indeterminabilidade de conteúdo do direito à saúde como fator impeditivo de sua exigibilidade. Serão, por derradeiro, perscrutadas as diretrizes constitucionais da saúde pública e seu atendimento (satisfatório ou não) quando da implementação do Sistema Único de Saúde – SUS, mediante a análise dos pontos mais sensíveis da legislação infraconstitucional que o instituiu e o regulamenta.

É oportuno adiantar-se que, neste ensaio, alinha-se à *corrente dogmática constitucional emancipatória*, assim denominada por Clemerson Merlin Clève (2012, p. 36), para quem o “Direito Constitucional realiza-se, verdadeiramente, na transformação dos princípios constitucionais, dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e dos direitos fundamentais em verdadeiros dados inscritos em nossa realidade existencial.” Assim, se reconhecida a fundamentalidade do direito à saúde, a quem caberá a missão constitucional de concretizá-lo? O posicionamento aqui defendido é no sentido de que os três Poderes da República são constitucionalmente incumbidos da tarefa de conferir efetividade aos direitos fundamentais. O que se precisa ter em mente é que cada uma das funções estatais (legislativa, administrativa e jurisdicional) tem papéis distintos na consecução deste propósito.

Destarte, o capítulo de encerramento deste trabalho será destinado ao seu objeto central, que é a investigação dos limites e possibilidades de atuação do Poder Judiciário, uma vez provocado, (mediante o que aqui se convencionou denominar “ativismo jurídico”) na concretização do direito fundamental à saúde, através do controle – subjetivo e objetivo – das políticas públicas sanitárias. Serão indicados, como vetores para qualquer atuação jurisdicional em matéria de concretização do direito à saúde, os princípios da dignidade da pessoa humana e da vedação ao retrocesso social. Empós, serão esmiuçados os entraves comumente opostos ao ativismo jurídico, tais como: o princípio da separação dos poderes; os déficits de legitimidade democrática e técnica; as reservas de ponderação, do politicamente adequado e do financeiramente possível. Ao final, serão sugeridas algumas soluções

alternativas à judicialização que se mostram adequadas à efetivação do direito fundamental à saúde, de modo a minimizar eventuais pontos de tensão decorrentes do controle jurídico.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS E FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

2.1 Considerações sobre a Teoria Geral dos Direitos Fundamentais

Não raro, quando tecidos comentários sobre uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, é possível observar acentuada celeuma terminológica na doutrina a respeito da expressão mais adequada – e capaz de abranger as generalidades necessárias – para a denominação do instituto jurídico em comento. São variadas as expressões sugeridas pelos estudiosos do Direito Constitucional, dentre elas “direitos fundamentais” (expressão acolhida para o desenvolvimento deste trabalho), “direitos humanos”, “direitos humanos fundamentais”, “liberdades públicas”, “direitos do cidadão” e “direitos subjetivos públicos.”

Como bem adverte Ingo Wolfgang Sarlet (2009), a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 adota em seu texto intitulações diversas quando, em seu art. 4º, inciso II, se refere a “direitos humanos”; em seu art. 5º, §1º se refere a “direitos e garantias fundamentais”; em seu art. 5º, inciso LXXI, menciona “direitos e liberdades constitucionais” ou quando, em seu art. 60, § 4º, protege os “direitos e garantias individuais.”

Especialmente em relação às denominações centralizadas nas noções de direitos individuais e liberdades públicas, Ingo Sarlet (2009) esclarece que tais termos são acometidos de insuficiência terminológica, dada a generalidade de direitos não abrangidos, de modo que se torna patente a incompatibilidade das referidas designações com o atual estágio de desenvolvimento dos direitos fundamentais. Conforme os apontamentos do referido autor, é de maior destaque no debate doutrinário ora analisado a diferenciação entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, uma vez que das próprias denominações se depreende que os direitos fundamentais seriam sempre direitos humanos, dado o fato de que ao próprio homem pertence a titularidade destes direitos, mesmo quando coletivamente representados. Com o fim de mitigar a divergência, aponta Sarlet, que a distinção observada com maior frequência é aquela segundo a qual:

[...] o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação

com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional. (SARLET, 2009, p.30)

As supramencionadas expressões, portanto, remetem a classificações distintas. Não que uma se refira a direitos positivados e a outra a direitos não positivados, como se pode sugerir. Em verdade, a pedra de toque da dessemelhança entre as classificações se encontra na esfera de positivação dos direitos por elas abrangidos. De acordo com Canotilho, “os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta” (2003, p. 393). Diferem, pois, os direitos fundamentais dos direitos humanos na medida em que se submetem a mecanismos de proteção e efetivação distintos.

A superação das dificuldades terminológicas não é, no entanto, suficiente para uma delimitação conceitual satisfatória dos direitos fundamentais, uma vez que se limita à formalidade do aspecto da positivação. De outra mão, é indispensável uma percepção substancial dos direitos fundamentais, tomados como institutos jurídicos que gozam de proteção especial e estão alheios à plena disponibilidade dos poderes constitucionalmente constituídos (ALEXY, 2012).

2.1.1 Características e fundamentos jurídico-filosóficos dos direitos fundamentais

Percebida a essência do que são direitos fundamentais, se faz necessária uma análise em torno das características que lhes são, corriqueiramente, atribuídas pela doutrina. Dentre as mais usuais estão a universalidade, a historicidade, a indivisibilidade, a imprescritibilidade, a indisponibilidade, a inalienabilidade e a relatividade.

Entende-se por universalidade o fato de que são sujeitos ativos dos direitos fundamentais todos os indivíduos, indistintamente, vedadas as discriminações em razão de raça, credo, convicção política, etc. Neste sentido, Gilmar Mendes (2008, p. 240) afirma que “não é impróprio afirmar que todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais e que a qualidade de ser humano constitui condição suficiente para a titularidade de tantos desses direitos.” O eminente autor chama atenção, ainda, para a ressalva de que, ainda que os direitos fundamentais sejam universais, podem ter sua titularidade dirigida a um grupo de indivíduos, lembrando que “(...) há direitos de todos os homens, como o direito à vida, mas há também posições que não interessam a todos os indivíduos, referindo-se apenas a alguns, aos trabalhadores, por exemplo” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 240). Do posicionamento do autor depreende-se que, mesmo restringida a titularidade do direito a uma

categoria de indivíduos que preencha determinada condição, preenchido este requisito, o direito é universal e pode ser pleiteado por todos os que integrem a categoria.

Os direitos fundamentais são, também, dotados de historicidade. Sua concepção remonta a uma construção histórica, sujeita a variações decorrentes de fatores como tempo e lugar. É esta a percepção de Norberto Bobbio (1992, p. 9) quando defende que os direitos do homem “por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.”

Outra característica dos direitos fundamentais é a indivisibilidade. Diz-se que os direitos fundamentais são indivisíveis porque não podem ser analisados isoladamente, nem em relação a um único sujeito ativo. Além de indivisíveis, os direitos fundamentais são imprescritíveis, indisponíveis e inalienáveis. Por imprescritíveis, entende-se que os direitos fundamentais não perdem sua validade pelo decurso do tempo ou pela falta de uso. Por indisponíveis, entende-se que a garantia aos direitos fundamentais independe da vontade de seu titular, ressalvados direitos como a intimidade e a privacidade. Por inalienáveis, entende-se que a titularidade destes direitos não pode ser transferida (CAVALCANTE FILHO, 2010).

Impera também mencionar que os direitos fundamentais são relativos. Os direitos fundamentais não são absolutos e podem estar sujeitos a restrições, em especial quando colidentes com outros direitos fundamentais, situação em que o aparente conflito será solucionado mediante ponderação, sopesamento e cedência recíproca, de modo que seja mantido o núcleo essencial de tais direitos. Neste sentido, Alexy (2012, p. 296) enfatiza dizendo que “é possível afirmar que os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições a sua própria restrição e causa de sua restringibilidade.”

Esclarecedora é a posição de André Ramos Tavares (2012, p. 534) que leciona o que segue:

Não existe nenhum direito humano consagrado pelas Constituições que se possa considerar absoluto, no sentido de sempre valer como máxima a ser aplicada nos casos concretos, independentemente da consideração de outras circunstâncias ou valores constitucionais. Nesse sentido, é correto afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos. Existe uma ampla gama de hipóteses que acabam por restringir o alcance absoluto dos direitos fundamentais. Assim, tem-se de considerar que os direitos humanos consagrados e assegurados: 1º) não podem servir de escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas; 2º) não servem para respaldar irresponsabilidade civil; 3º) não podem anular os demais direitos igualmente consagrados pela Constituição; 4º) não podem anular igual direito das demais pessoas, devendo ser aplicados harmonicamente no âmbito material. Aplica-se, aqui, a máxima da cedência recíproca ou da relatividade, também chamada ‘princípio da convivência das liberdades, quando aplicada a máxima ao campo dos direitos fundamentais.

Outra hipótese de limitação aos direitos fundamentais é o que a doutrina chama de “liberdade de conformação”, que ocorre quando a constituição confere ao legislativo a tarefa de definir o conteúdo de determinado direito. Assim, Dimoulis e Martins (2007, p. 152) dizem ser o caso do direito à propriedade “(...) pois a Constituição Federal sequer oferece uma definição de seu conteúdo. Em tais casos, lei infraconstitucional deve concretizar o direito fundamental, isto é, indicar seu conteúdo e função como faz o Código Civil com relação ao direito à propriedade.”

Segundo Cavalcante Filho (2010, p. 23), existe outro critério de limitação aos direitos fundamentais por ele chamado de “reserva legal.” Segundo este critério, além de preencher espaços vazios de definição, o legislador poderá, se, e somente se, autorizado pela constituição, restringir direitos fundamentais exclusivamente por meio de lei, na forma determinada pelo texto constitucional. Há ainda referência a uma distinção entre reserva legal simples e qualificada. Está configurada a reserva legal simples quando a Constituição apenas estabelecer que a restrição se dará por meio de lei e está configurada a reserva legal qualificada quando, além de determinar que a restrição seja legal, a constituição determine balizas fixas para o conteúdo do ato.

De outra mão, interessante colocação sobre o tema é a do jurista alemão Konrad Hesse (1998, p. 256) para quem:

A limitação de direitos fundamentais deve, por conseguinte, ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser necessária para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser proporcional em sentido restrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental.

Da análise da colocação do supramencionado doutrinador, infere-se que a limitação aos direitos fundamentais, ainda que possível, deve respeitar os preceitos constitucionais, bem como os princípios da proporcionalidade (em sentido estrito, isto é, a proibição de excessos e insuficiências) e da razoabilidade, de modo que se busque conservar ao máximo possível a essência destes direitos.

Noutro giro, sobre os fundamentos jurídico-filosóficos dos direitos fundamentais, preconiza Cavalcante Filho (2010) que são fundamentos dos direitos fundamentais e, portanto, princípios justificadores de sua existência a partir da lógica jurídica, O Estado de Direito e a dignidade da pessoa humana. Quando se refere a fundamentos jurídico-filosóficos, pretende o autor conferir aos mencionados institutos o papel de sustentar e legitimar os

direitos fundamentais, com relação à sua instrumentalização em um sistema jurídico-constitucional, bem como relação ao seu conteúdo.

A garantia da dignidade humana e a minimização, tanto quanto possível, dos sofrimentos decorrentes da natureza hostil do homem, dependem diretamente, portanto, da efetividade dos direitos fundamentais. (NINO, 2010). Sobre a relação de interdependência dos direitos fundamentais com a dignidade da pessoa humana, Fernando Ferreira dos Santos (1999, p. 79) assinala que:

[...] a dignidade da pessoa humana não é uma criação do legislador constituinte, que apenas reconhece a sua existência e sua eminência, pois ela, como a própria pessoa humana, é um conceito a priori. Porém, ao colocá-la como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, transformou-a "num valor supremo da ordem jurídica", ou seja, "não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural", que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais.

Já com relação ao Estado de Direito, os ensinamentos de J. A. da Silva, apontam no sentido de que sua identificação pressupõe a verificação das seguintes características: submissão (tanto dos que governam quanto dos que são governados) ao império da lei; separação dos poderes ou das funções estatais; e garantia dos direitos fundamentais. É valiosa a observação no sentido de que “a concepção liberal do Estado de Direito servirá de apoio aos direitos do homem, convertendo os súditos em cidadãos livres.” (SILVA, 2006, p. 113). Neste diapasão, convém expor a concepção arendtiana que, sob a ótica do *direito a ter direitos*, indica que a crise dos direitos fundamentais (direitos humanos numa perspectiva de positivação interna), se relaciona de maneira direta com a crise do Estado, uma vez que era improvável que formas de governos totalitárias pudessem proporcionar uma adequada área de convivência coletiva humana comum quando inexistiam condições básicas para a própria organização do que ela chama de Estado-nação (ARENDT, 2006, p. 303).

De todo o exposto, é possível inferir que a plena efetividade dos direitos fundamentais – ou pelo menos o direcionamento de esforços neste sentido – não convive em harmonia com regimes totalitários. Para que sejam assegurados os direitos humanos fundamentais depender-se-á diretamente da garantia à dignidade da pessoa humana, que somente é possível com o Estado (preferencialmente democrático) de Direito.

2.1.2 Dimensões dos direitos fundamentais

Para a doutrina clássica que, nesta matéria, encontra em Bobbio seu expoente máximo, o acompanhamento da evolução histórica dos direitos fundamentais se dá a partir da classificação desses direitos segundo o que o autor de “A Era dos Direitos” chamou de gerações. Por meio da observação desse caminhar dos direitos fundamentais na história, Bobbio enquadrando tais direitos no que chamou de 1ª, 2ª e 3ª gerações que, para a doutrina moderna, hoje são acrescidas de uma 4ª, 5ª e, até mesmo, 6ª gerações (SARLET, 2009, p. 45). De modo geral, no que concerne às referidas gerações, para Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2000, p. 15):

[...] a doutrina dos direitos fundamentais revelou uma grande capacidade de incorporar desafios. Sua primeira geração enfrentou o problema do arbítrio governamental, com as *liberdades públicas*, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os *direitos econômicos e sociais*, a terceira, hoje, luta contra a deterioração da qualidade da vida humana e outras mazelas, com os *direitos de solidariedade*.

Parte da doutrina, entretanto, entende como errônea a denominação da supramencionada classificação de direitos fundamentais e sugere o câmbio da alcunha *gerações* pelo nome *dimensões*. Nas palavras de André Ramos Tavares (2012, p. 500), deve-se preferir o termo “dimensão” porque a “ideia de *gerações*, contudo, é equívoca, na medida em que dela se deduz que uma geração se substitui, naturalmente, pela outra, e assim sucessivamente, o que não ocorre, contudo, com as “gerações” ou “dimensões” dos direitos humanos.”

Quanto à primeira dimensão de direitos fundamentais, Paulo Bonavides (2000, p. 517) leciona que a classificação trata “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.” Fala-se em direito de resistência porque a primeira geração de direitos fundamentais contempla as liberdades públicas, que são as garantias de não interferência do Estado na esfera jurídica do indivíduo com fortes referências históricas da bandeira “liberdade, igualdade e fraternidade” levantada pela Revolução Francesa. Segundo Ferreira Filho (2010, p. 12), “são direitos relacionados às pessoas, individualmente. Exemplos: propriedade, igualdade formal (perante a lei), liberdade de crença, de manifestação de pensamento, direito à vida etc.”

Sobre a segunda dimensão dos direitos fundamentais, afirma Pereira (2013, p. 12) que nela se destacam os chamados direitos sociais, culturais e econômicos, de modo que:

A nota distintiva desses direitos é a sua natureza positiva, uma vez que não cuida de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas sim em propiciar direitos aos indivíduos, trata do bem-estar social. Assim, tais direitos caracterizam-se essencialmente por outorgarem aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais, tais como assistência social, educação, trabalho, saúde etc. Aqui estão englobadas também as chamadas liberdades sociais, consistentes na liberdade de sindicalização, no direito de greve, no reconhecimento dos direitos fundamentais dos trabalhadores, abrangendo, assim, bem mais do que direitos apenas de cunho prestacional.

Os direitos de segunda dimensão, segundo Tavares (2012, p. 502) “visam a oferecer os meios materiais imprescindíveis à efetivação dos direitos individuais.” A observação do eminente doutrinador remete a uma das antes mencionadas características dos direitos fundamentais, a indivisibilidade. Resta, claro, a dependência dos direitos fundamentais, uns em relação aos outros, para que seja alcançada sua efetividade. Complementando o próprio entendimento, acentua:

Trata-se, com essa nova dimensão, não de se proteger contra o Estado, mas, sobretudo, de elaborar um rol de pretensões exigíveis do próprio Estado, que passa a ter de atuar para satisfazer tais direitos. Entre os direitos de segunda dimensão, encontram-se, v. g., o direito ao trabalho, à proteção em caso de desemprego, o direito ao salário mínimo, a um número máximo de horas de trabalho, ao repouso remunerado e ao acesso a todos os níveis de ensino. O Estado passa do isolamento e não intervenção a uma situação diametralmente oposta. O que essa categoria de novos direitos tem em mira é, analisando-se mais detidamente, a realização do próprio princípio da igualdade. De nada vale assegurarem-se as clássicas liberdades se o indivíduo não dispõe das condições materiais necessárias a seu aproveitamento. (TAVARES, 2012, p. 503)

Já a terceira dimensão dos direitos fundamentais contempla, no que converge a maioria da doutrina, os chamados direitos de fraternidade ou de solidariedade. Tais direitos seriam de titularidade difusa, uma vez que se destinam a grupos que personificam a coletividade humana, como a família, o povo e a própria nação.

Importa salientar que esses direitos decorrem do próprio desenvolvimento humano, em questões geralmente tecnológicas e bélicas, que exige para sua concretização um esforço que não é restrito aos Estados, mas que abrange um trabalho conjunto de toda a comunidade internacional. São exemplos de direitos fundamentais de terceira geração “os direitos à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente equilibrado e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e a comunicação” (SARLET, 2009, p. 48).

Com relação aos direitos de 4ª e 5ª dimensões, não há consenso ou maioria na doutrina a respeito da existência ou não destas classificações. Na visão de Bobbio (1992, p. 6), os direitos fundamentais de 4ª geração seriam direitos relacionados à engenharia genética e

a conservação da espécie humana. De outra mão, Bonavides (2000, p. 524) entende que são direitos de 4ª dimensão aqueles correspondentes à informação, ao pluralismo político e à democracia enquanto seriam de 5ª dimensão aqueles relacionados ao direito à paz.

Diante do exposto, é pertinente a lição de Norberto Bobbio, peça chave da doutrina clássica na matéria, formulada nas palavras de Sarlet (2009, p. 53) no sentido de que “as diversas dimensões que marcam a evolução do processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais revelam que estes constituem categoria materialmente aberta e mutável.” É de se entender, assim, que a teoria geral dos direitos fundamentais, no que toca a sua classificação em dimensões, demonstra que a positivação de novos direitos, bem como a transmutação, a partir da hermenêutica, dos direitos tradicionalmente já reconhecidos, é perfeitamente possível.

2.1.3 Teoria dos *Status* de Georg Jellinek como parâmetro para uma classificação atual dos direitos fundamentais na CRFB/88

Aos finais do séc. XIX, o filósofo do direito alemão Georg Jellinek desenvolveu, na obra *Sistema dos Direitos Públicos Subjetivos*, a alcunhada “Teoria dos *status* de Jellinek” cuja análise, segundo Alexy (2012, p. 254), “não se justifica somente pela sua importância histórica como exemplo de uma grande construção jurídica, conceitual e teórica. Ela ainda tem grande relevância como fundamento de classificação dos direitos fundamentais.”

A Teoria de Jellinek concebia como *status* a situação jurídica do indivíduo que o qualifica perante o Estado. No julgamento de Alexy (2012, p. 255), por serem entendidos como uma situação jurídica, que tem como conteúdo o “ser” e não o “ter”, os *status* não se confundiriam com os direitos. A partir desta formulação, Jellinek teria distinguido quatro *status*, quais sejam: o *status* passivo (*status subiectionis*), o *status* negativo (*status libertatis*), o *status* positivo (*status civitatis*) e o *status* ativo (*status activus* ou *status* da cidadania ativa).

No *status* passivo, o indivíduo encontra-se em uma posição de sujeição ao Estado, de modo que existe uma obrigação ou proibição que o vincula. Neste diapasão, aquele que se encontra nessa posição é sujeito apenas de deveres e não de direitos. De outra banda, o *status* negativo indica um indivíduo dotado de personalidade na máxima expressão de sua liberdade, de modo que esta situação jurídica lhe confere uma gama de faculdades ou liberdades jurídicas não atingidas pela vinculação característica do *status* passivo. Destarte, enquanto o *status* negativo tem como conteúdo as liberdades, na via oposta, o *status* passivo tem por conteúdo as obrigações. Já o *status* positivo corresponde à situação jurídica em que o Estado

deve garantir ao indivíduo prestações materiais a serem implementadas pelos entes públicos e criar meios que possam materializar essas pretensões. Em suma, o *status* positivo requer ações estatais positivas em favor do indivíduo. Por derradeiro, o *status* ativo ou *status da cidadania ativa* garante ao indivíduo lugar na formação de vontade do Estado, o que pode ser consubstanciado, por exemplo, no direito ao voto (ALEXY, 2012).

Em que pese críticas e reformulações terem sido propostas em face da Teoria de *Jellinek*, ao longo de anos de teoria dos direitos fundamentais, por constitucionalistas como Konrad Hesse, Canotilho, o próprio Alexy e, no Brasil, Pereira de Farias, a lição do eminente filósofo do direito alemão ainda é considerada por muitos, inclusive pelos críticos, como paradigma e ponto de partida para a elaboração de uma classificação dos direitos fundamentais constitucionalmente adequada. Os perceptíveis (e ainda em curso) esforços de vários constitucionalistas em realizar “reparos e adequações” à teoria em comento revelam o quanto ela persiste atual. Essas tentativas pretendem, nas palavras de Häberle (1972), citadas por Alexy (2012, p. 254) “colocar sua cabeça de absolutismo em pés democráticos”, dado o momento e contexto histórico em que *Jellinek* formulou sua teoria. Ao logo destes sucessivos reencontros da Teoria de *Jellinek* com a teoria constitucional, a primeira tem se colocado na posição de parâmetro para a elaboração de classificações dos direitos fundamentais.

Sobre a referida formulação no direito constitucional positivo brasileiro, na perspectiva da Constituição da República de 1988, adverte Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p.159) que “a questão classificatória revela-se como sendo particularmente problemática. [...] A ausência de sistematicidade e, em muitos casos, a precária técnica legislativa do nosso texto constitucional não contribuem para facilitar o trabalho.” Esmiuçando tais dificuldades, segue afirmando que:

Assim, por exemplo, é possível perceber que, no âmbito dos direitos sociais (arts. 6º a 11 da CF), se encontram tanto direitos a prestações, quanto concretizações dos direitos de liberdade e igualdade, com estrutura jurídica diversa. Ainda no capítulo dos direitos sociais, há que registrar a existência de direitos com titulares diversos, de vez que os direitos e garantias dos arts. 7º a 11º são outorgados apenas aos trabalhadores, ao passo que os direitos sociais do art. 6º são, em princípio, direitos de todos. Além disso, constata-se que no capítulo dos direitos individuais e coletivos é possível encontrar até mesmo normas de conteúdo eminentemente impositivo (normas-tarefa ou normas-programa), como demonstra o exemplo da proteção do consumidor (art. 5º, inc. XXXII), contendo, ainda, típicas garantias institucionais fundamentais, como é o caso da instituição do Tribunal do Júri (art. 5º, inc. XXXVIII) (SARLET, 2009, p. 160).

É na intenção de superar estes entraves que os constitucionalistas enveredam constantemente em tentativas de elaborar classificações que abriguem de maneira satisfatória

os direitos fundamentais positivados em nosso ordenamento jurídico. Uma máxima parece ser majoritariamente comum entre aqueles que se aventuram nesta empreitada. Esta máxima aponta para uma divisão dos direitos fundamentais a partir de dois grupos primários, que seriam: os direitos fundamentais como direitos de defesa e os direitos fundamentais como direitos a prestações (SARLET, 2009).

Dentre as muitas classificações elaboradas e recomendadas por constitucionalistas ao direito constitucional positivo brasileiro, serão mencionadas as concepções construídas por José Afonso da Silva, José Joaquim Gomes Canotilho, Robert Alexy, Edilson Pereira de Farias e Ingo Wolfgang Sarlet.

A proposta de classificação desenvolvida pelo Professor J. A. da Silva (2006) divide os direitos fundamentais, segundo seu conteúdo, nas seguintes categorias: direitos fundamentais do homem-indivíduo ou direitos individuais, direitos coletivos ou direitos do homem como membro de uma coletividade, direitos fundamentais do homem social ou direitos sociais, direitos à nacionalidade ou direitos do homem-nacional e direitos do homem-cidadão ou direitos políticos. Para Sarlet (2009, p. 160), contudo, “esta classificação, em que pese estar atrelada à sistemática da Constituição, não oferece muito mais do que uma visão ordenada sobre o conteúdo do catálogo, tendo relevância predominantemente didática.”

Condensando as propostas de Canotilho, Alexy e Pereira de Farias, Ingo Wolfgang Sarlet, em sua obra *A eficácia dos direitos fundamentais*, aduz o que segue:

Em que pese a consensual subdivisão do grupo dos direitos a prestações em outros dois grupos, verifica-se que para o Prof. Canotilho os direitos a prestações podem ser classificados em direitos ao acesso e utilização de prestações estaduais (por sua vez subdivididos em direitos derivados e direitos originários a prestações) e, por outro lado, em direitos à participação na organização e procedimento. Já para Alexy, os direitos a prestações abrangem os direitos prestacionais em sentido amplo (direitos à proteção e direitos à organização e ao procedimento), bem como os direitos a prestações *stricto sensu*, que identifica com os direitos sociais de natureza positiva. De acordo com a proposta de Pereira de Farias – e, portanto, dos que notadamente optaram por uma fidelidade maior ao modelo Jellinek (na formulação que lhe foi dada por Vieira de Andrade) –, o grupo dos direitos a prestações encontra-se subdividido nos direitos a prestações jurídicas e nos direitos a prestações materiais. Além disso, Pereira de Farias não inclui os direitos à participação na organização e procedimento no grupo dos direitos prestacionais, preferindo, em vez disso, formar um terceiro grande grupo (ao lado dos direitos de defesa e direitos a prestações), que intitulou de direitos fundamentais de participação, e que, na sua ótica, corresponderia ao *status activus* de Jellinek, abrangendo os direitos políticos. (SARLET, 2009, p. 162-163)

Na concepção do supramencionado autor (2009), independentemente do critério de classificação, é possível afirmar que é determinante, para o enquadramento (constitucionalmente ajustado) de um direito fundamental em uma determinada categoria,

verificar se neste direito predomina mais o caráter defensivo ou o caráter prestacional, levando em consideração as funcionalidades dos direitos fundamentais. Diante do exposto, inspirado por Jellinek e Alexy sugere, a nosso ver adequadamente, o eminente doutrinador que os direitos fundamentais devem agrupar-se da seguinte forma: direitos fundamentais como direitos de defesa e direitos fundamentais como direitos a prestações. A segunda categoria deve, ainda, subdividir-se em dois grupos que são: a) direitos a prestações em sentido amplo (compreendendo os subgrupos dos direitos à proteção e dos direitos à participação na organização e no procedimento); e b) direitos a prestações em sentido estrito.

Sobre os direitos de defesa, Sarlet (2001, p. 13) faz uso das lições de K. Hesse (1995), quando adverte que “(...) mesmo uma ordem constitucional democrática necessita de direitos de defesa, na medida em que também a democracia não deixa de ser exercício de poder dos homens sobre seus semelhantes, encontrando-se exposta às tentações do abuso de poder.” Deste apontamento é possível inferir que os direitos de defesa, na visão de Sarlet (2001, p. 14), os direitos de defesa exercem função de limitação do poder estatal, protegendo a esfera de liberdade do indivíduo e conferindo-lhe a competência de “(...) exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos” caracterizando os direitos de defesa como direitos negativos, o que encontra correspondência com o segundo *status* da teoria de Jellinek e com a 1ª geração da concepção de Bobbio. Como exemplo de direitos de defesa, Sarlet (2009) aponta as garantias fundamentais, os direitos políticos, a intimidade e a privacidade, alguns direitos sociais e novos direitos relativos a manipulações genéticas, à liberdade de informática e ao direito à autodeterminação informativa.

Quanto aos direitos fundamentais como direitos a prestações (materiais ou fáticas e jurídicas ou instrumentais), estes podem ser compreendidos como veículo de garantia da liberdade através do Estado e não perante o Estado, no sentido de que “(...) o indivíduo no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos” (SARLET, 2001, p. 15). Do exposto, infere-se ser possível uma correlação deste grupo da classificação de Sarlet com o *status* positivo de Jellinek e com a 2ª geração de Bobbio.

Sobre os direitos fundamentais como direitos a prestações na Constituição da República de 1988:

Na Constituição vigente, os direitos a prestações encontraram uma receptividade sem precedentes no constitucionalismo pátrio, de modo especial no capítulo dos direitos sociais. Além disso, verifica-se que, mesmo em outras partes do texto

constitucional (inclusive fora do catálogo dos direitos fundamentais), se encontra uma variada gama de direitos a prestações. Basta, neste contexto, uma breve referência aos exemplos do art. 17, § 3º, da CF (direito dos partidos políticos a recursos do fundo partidário), bem como do art. 5º, incs. XXXV e LXXIV (acesso à Justiça e assistência jurídica integral e gratuita), para que possamos perceber nitidamente que, até mesmo entre os direitos políticos e direitos individuais (para utilizar a terminologia de nossa Carta), encontramos direitos fundamentais que exercem precipuamente uma função prestacional (SARLET, 2009, p. 185).

A partir destas considerações e ressaltando o fato de que os direitos a prestações não se limitam aos direitos sociais, importa mencionar uma subdivisão desta categoria em direitos a prestações em sentido amplo e direitos a prestações em sentido estrito. Os direitos a prestações em sentido estrito ligam-se diretamente ao *status* positivo de *Jellinek*, consistindo em poder o indivíduo exigir do Estado prestações materiais em áreas como saúde, educação, segurança pública e etc. Por outro lado, segundo Sarlet (2001, p. 16) “(...) os direitos a prestações em sentido amplo podem ser compreendidos na condição de garantias da liberdade e igualdade do ‘*status negativus*’.” Quando Sarlet se refere aos direitos a prestações em sentido amplo fazendo referência ao *status* negativo de *Jellinek*, poder-se-ia, em um primeiro momento, relacionar a categoria a ações negativas (omissões obrigatórias). Entretanto, à referência do autor dirige-se, em verdade, ao sentido de proteção das liberdades do indivíduo, de modo que a maneira mais acertada de compreensão dos apontamentos do autor é aquela segundo a qual existe um direito a “medidas ativas de proteção de posições jurídicas fundamentais dos indivíduos por parte do Estado, bem como os direitos à participação na organização e no procedimento” (SARLET, 2009, p. 187).

Na qualidade de detentor de direitos de proteção, o indivíduo pode exigir que o Estado, mediante ações positivas (leis penais, por exemplo) o proteja das interferências de terceiros em sua esfera pessoal, garantindo suas liberdades. Já os direitos a participação na organização e no procedimento, relacionam-se ao *status* ativo de *Jellinek*, vez que conferem ao indivíduo a prerrogativa de contribuir para a formação da vontade estatal, no que diz respeito à materialização dos meios a serem fornecidos pelo estado para realização das prestações materiais (sentido estrito). Para o eminente autor, os direitos a prestações em sentido amplo se relacionam às funções do Estado liberal, enquanto os direitos a prestações em sentido estrito vinculam-se em maior grau às funções do Estado Social.

2.2 Os Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais Prestacionais

Em consonância ao que preconiza Perez Luño (2005), a alcunha “Direitos Sociais” deve ser compreendida em um sentido amplo, de modo que também restem acolhidos pela expressão os direitos econômicos e culturais. Com o olhar voltado às dimensões dos direitos fundamentais, abordadas em tópico anterior, percebe-se que os chamados direitos clássicos ou individuais (direitos civis e políticos de primeira geração) encontram menos dificuldades de inserção, identificação e aceitação dentre os direitos fundamentais que os direitos sociais. É possível que isto se dê, até mesmo, em razão da longevidade das liberdades individuais na trajetória da teoria dos direitos fundamentais. Com base nestas considerações, Gregorio Peces-Barba Martínez (1998) afirma que muitas das lutas pelos direitos individuais, civis e políticos foram empreendidas com o escopo de se alcançar metas sociais, entretanto, as colocando em posição secundária.

Com o caminhar dos direitos fundamentais até a segunda geração, os direitos sociais ganharam relevância e protagonismo. Estes direitos têm por objetivo garantir ao indivíduo – e aos grupos os quais este integra – uma vida participativa em termos sociais, culturais, econômicos e políticos. A partir desta perspectiva, os direitos sociais devem ser analisados em dois sentidos: o objetivo, acepção na qual os direitos sociais são tomados enquanto conjunto de normas através das quais o Estado exercerá sua função de equilíbrio das desigualdades sociais; e o sentido subjetivo, acepção na qual os direitos sociais são entendidos como a faculdade do indivíduo (e das coletividades) de participar dos benefícios da vida social, por meio de prestações oriundas do poder público (PEREZ LUÑO, 2005).

No contexto do constitucionalismo pátrio e com posicionamento similar, leciona Ingo Wolfgang Sarlet, no sentido de que os direitos sociais:

[...] compõem, um complexo amplo e multifacetado de posições jurídicas, de tal sorte que a denominação direitos sociais encontra sua razão de ser “na circunstância – comum aos direitos sociais prestacionais e direitos sociais de defesa – de que todos consideram o ser humano na sua situação concreta na ordem comunitária (social), objetivando, em princípio, a criação e garantia de uma igualdade e liberdade material (real), seja por meio de determinadas prestações materiais e normativas, seja pela proteção e manutenção do equilíbrio de forças na esfera das relações trabalhistas” (ob. cit., p. 149) e sociais em geral, como poderíamos acrescentar (SARLET, 2009, p. 173).

Do exposto, depreende-se que, para Sarlet, o conceito de direitos sociais é ainda mais amplo no sentido de que estes podem abranger posições jurídicas características dos direitos prestacionais (a título de exemplo, podem ser mencionados os direitos à saúde,

educação e assistência social), bem como posições jurídicas características dos direitos de defesa (indicados, a título de exemplo, os direitos de greve e à jornada limitada de trabalho).

2.2.1 Titularidade dos Direitos Sociais

A respeito da titularidade dos Direitos Sociais, merece destaque a ressalva de que não serão dirigidas explicações a respeito da titularidade dos direitos fundamentais no que se refere a uma possível distinção entre brasileiros e estrangeiros (residentes e não residentes), tendo em vista que, neste ponto, não há maiores controvérsias sobre a atribuição de titularidade, em especial, dos direitos sociais, nestas condições, com relação aos direitos fundamentais em geral. A abrangência dos direitos sociais é que tomará a posição central da análise.

Os direitos sociais, percebidos enquanto direitos humanos internacionalmente reconhecidos e direitos fundamentais constitucionalmente positivados, tem acentuada relação de interdependência com a dignidade da pessoa humana e tem por finalidade primeira a salvaguarda daqueles em situação de desvantagem social, econômica e cultural. Para que a finalidade dos direitos sociais, portanto, seja alcançada de maneira satisfatória, é necessária a observação de que, além de sua esfera individual, a titularidade dos direitos sociais por vezes esbarra não em uma pessoa individualmente identificada, mas em um grupo de pessoas com as mesmas necessidades (PEREZ LUÑO, 2005). Este último viés é, em geral, o de maior destaque quando se faz referência aos direitos sociais, o que pode ser justificado, até mesmo, pela nomenclatura, caso entendêssemos que os direitos sociais são de titularidade única e exclusiva da sociedade e, portanto, transindividual. Entretanto, não pode ser ignorada a nuance subjetiva desses direitos. Com posicionamento nesta direção, Ledur (2009, p. 85), ressalta que “as dimensões individual e coletiva coexistem de tal sorte que a titularidade individual não resta afastada pelo fato do exercício do direito ocorrer na esfera coletiva.”

Reforçando o prisma então exposto, a orientação de Pérez Luño (2009), também aponta na direção de que não se pode atribuir a titularidade dos direitos sociais apenas a grupos e entidades coletivas, uma vez que a própria função dos direitos sociais é assegurar condições básicas a cada pessoa, na condição de indivíduo, que usufrui de sua existência a partir da integração em determinados grupos, mesmo quando se encontra em posição de conflito com estes, ocupando a posição de detentor de direitos subjetivos, o que revela as duas perspectivas da titularidade dos direitos sociais, a individual e a coletiva (transindividual).

2.2.2 Evolução histórica dos Direitos Sociais no mundo e na trajetória constitucional pátria

Gregorio Peces-Barba Martínez (1998), aponta dois momentos que fundamentam, filosófica e historicamente, o desenvolvimento progressivo dos direitos sociais. São eles: o reconhecimento do outro enquanto indivíduo igualmente merecedor de dignidade e a própria transição da humanidade aos tempos modernos. Na concepção do jurista espanhol:

El contraste de los derechos humanos clásicos, este humanitarismo de los antiguos y el proceso de secularización de la economía, como del resto de las ramas del pensamiento, con las formulaciones de autores como Adam Smith y posiciones antisolidarias como la de los fisiócratas, producirá la reacción donde en un primer momento aflorarán las ideas básicas, que ya tenían antecedentes, de la protección social y de la ayuda para que todos puedan tener igual consideración (PECES-BARBA MARTINEZ, 1998, p. 16).

Tecidas estas considerações, é conveniente que seja tomado como ponto de partida da análise do desenvolvimento histórico dos direitos sociais o séc. XVIII. No contexto em que se passavam a Revolução Industrial e a Revolução Agrícola, a manufatura, o transporte, os métodos de cultivo e criação de animais foram objeto de significativos avanços, porém os trabalhadores urbanos e rurais foram afastados dos meios de produção. Com a industrialização das cidades e a mecanização do campo, estes espaços viveram momentos de extrema insalubridade. Após certa pressão da classe proletária, serviços públicos como saneamento, iluminação, educação e saúde foram timidamente implantados. Diante da nascente organização da classe trabalhadora, rural e urbana, o parlamento inglês, editou as conhecidas “combinações”, que continham disposições normativas contra as greves. Os trabalhadores, então, se organizaram e a partir do uso da força iniciaram um movimento contra a repressão estatal e pelo reconhecimento de direitos mínimos (SINGER, 2003).

Segue relatando Paul Singer (2003) que, na América, em um cenário onde tinha curso a Revolução Americana, as liberdades do indivíduo eram ressaltadas e os integrantes do povo foram conduzidos à condição de sujeitos políticos. Em muitos momentos na história progresso social vinha acompanhado de um certo retrocesso e, no caso da Revolução Americana, não foi diferente. Mulheres, negros e índios ficaram excluídos das inovações e começaram a se organizar em busca de iguais direitos. Por outro lado, na França se podia observar duas revoluções em marcha, a da burguesia e a dos camponeses sem terra. As reivindicações das referidas classes incluíam direitos políticos e sociais. Quando a nobreza e o clero renunciaram aos direitos feudais, foi aprovada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que colocou a propriedade na condição de direito natural e irrenunciável. Apesar

de levantada a bandeira de “liberdade, igualdade e fraternidade”, a burguesia, então, conseguiu o que almejava em detrimento dos anseios dos camponeses, logrando impor ao poder absoluto a instauração de uma monarquia constitucional. As lutas sociais francesas continuaram com o intuito de estender as liberdades conquistadas ao terreno social, o que teve início na Constituição de 1793, que estipulou a subsistência dos cidadãos “desafortunados” como obrigação da sociedade. A Constituição de 1795, no entanto, recuou no que tange a estes avanços e reafirmou a preponderância social e política da burguesia. O próximo passo importante foi dado no séc. XIX com as formulações liberais progressistas, que diante da consolidação do processo de industrialização e do amadurecimento da consciência de classe, teve reflexo significativo na reivindicação de direitos econômicos e sociais em contraposição aos clássicos direitos individuais (TRINDADE, 2002).

Aponta Peces-Barba Martinez (1998) que, aos nasceres do séc. XX, com a derrota do nazismo e do fascismo após a I Guerra, houve uma proliferação de constitucionalização de direitos sociais. Podem ser citadas, a título de exemplo, as constituições mexicanas (1971), alemã (Weimar, 1919), iugoslava (1921) e romena (1923). Segundo Fábio Konder Comparato (2004), dos exemplos mencionados, a Constituição Mexicana foi a que melhor representou os avanços dos direitos sociais, em especial, os trabalhistas. Sobre a internacionalização dos direitos sociais, José Damião de Lima Trindade (2002), aponta a criação da Organização Internacional do Trabalho – OIT e da Organização das Nações Unidas – ONU como os principais expoentes de evolução dos direitos sociais na primeira metade do século XX. Entretanto, por volta de 1980, a ascensão do neoliberalismo foi responsável por um certo retrocesso na constitucionalização dos direitos sociais ensejando a chamada “Crise do *Welfare State*” por considera-los direitos que exigem custos excessivos e inapropriados à esfera pública (MENDONÇA, 2003).

Agora, com o olhar voltado à evolução histórica dos direitos sociais na trajetória constitucional brasileira, impende à Constituição do Império de 1824 o papel de dar início às análises. Para a professora Cláudia Maria da Costa Gonçalves (2013), ainda que os ideais liberais que permeavam o constitucionalismo europeu da época tivessem ecoado em ares brasileiros, a constituição imperial teve compromisso muito maior com a consolidação das práticas absolutistas de D. Pedro I e com o reconhecimento externo da independência do Brasil que com a garantia de direitos de cidadania. Nos primórdios do constitucionalismo brasileiro, falava-se, no máximo, em *socorros públicos* e, acomodados ao seio de uma “sociedade escravista, agroexportadora, patriarcal e monocultora, na Carta de 1824 não se poderia falar propriamente em direitos fundamentais não escritos e, muito menos, em padrões

de políticas sociais como consectários da dicção constitucional” (GONÇALVES, 2013, p. 113).

Com a Proclamação da República, noutro giro, ainda que reconhecidas liberdades civis na Constituição de 1891, não se pôde observar o esperado êxito na seara dos direitos sociais. Isto porque, devido às práticas oligárquicas, à pobreza e à ausência de políticas públicas sociais eficientes, a maioria esmagadora da população era alheia à existência dos ideais liberais da época e, por ser inconsciente em relação a seus direitos, deixava de reivindicá-los. Por outro lado, as Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969, ainda segundo os apontamentos da professora Gonçalves (2013, p. 114), “instituíram e mantiveram com ênfase o eixo das políticas sociais assentado no paradigma da previdência, o que, por via reflexa, torna claro que tais políticas giravam em torno dos trabalhadores com profissões regulamentadas por lei.” Do exposto, se pode depreender que, ainda que se tivesse empreendido acanhados avanços, não se pode dizer que até o referido momento houve compromisso com o chamado Estado de Bem Estar Social, ainda mais se considerarmos os períodos de ditadura havidos no interregno mencionado. Sobre os avanços sociais de maior destaque em cada uma das referidas Cartas Constitucionais, a professora Cláudia Gonçalves destaca a existência digna como fim da Ordem Econômica (1934), o direito à educação (1937), o princípio da justiça social como organizador da Ordem Econômica (1937, 1967 e 1969). Em suas palavras (2013, p. 118):

[...] as Constituições de 1934 a 1969, no que tange ao enfrentamento das questões sociais, apresentaram normatividade suficiente para colmatar as políticas públicas no sentido de adequar seus programas e atividades ao paradigma da dignidade humana. As práticas políticas, contudo, permeadas pelo distanciamento democrático (1937, 1964, 1969) ou pela instabilidade institucional (1946 a 1964) desafiaram negativamente tal compreensão.

Com a promulgação da Constituição Cidadã, o cenário se inverteu e tomou nuances promissoras. Após o período ditatorial lastreado pelas Constituições de 1964 e 1969, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 veio para ratificar uma posição segundo a qual a verdadeira cidadania se faz no seio da democracia e por meio da garantia tanto dos direitos de liberdade, quanto dos direitos sociais. Para Gonçalves (2013), as deficiências de representatividade vivenciadas nas últimas experiências constitucionais e a falta de efetividade da justiça social – que, ainda que prevista, não era praticada – foram, em boa parte, corrigidas pelo constituinte de 1988. Muito do que se progrediu, na concepção da autora, se deve à organização e mobilização dos movimentos sociais pautadas, principalmente, na autonomia e na multiplicidade de demandas.

Considerados os pluralismos, a Carta Cidadã fixou como centro de órbita da dignidade da pessoa humana. Foram estabelecidas como prioridades a eliminação das desigualdades regionais, a erradicação da pobreza, a propriedade e o valor social do trabalho. A responsabilidade do Estado na realização destes fins deverá se encaminhar pela prestação de políticas públicas que viabilizem, satisfatoriamente, os direitos à saúde, à educação, à seguridade social, à moradia, à cultura, ao meio ambiente preservado, dentre outros. Adverte Gonçalves (2013, p. 167), no entanto, que a Constituição da República de 1988 não se dedicou exclusivamente a satisfação das reivindicações dos setores populares mais oprimidos. Ao revés, a Carta de 88 deu vigorosa e significativa atenção às liberdades individuais e aos direitos relacionados ao próprio neoliberalismo, o que nas palavras da autora significa que se está diante da Constituição “que mais se aproxima do complexo e contraditório cotidiano brasileiro.” Oportuno é o momento para dar vestes de visão prática às acepções expostas pelo que segue:

Em suma, o direito ao trabalho, garantido constitucionalmente, não obriga, por exemplo, empresas a reduzirem suas margens de lucro para assegurarem mais empregos. O direito à assistência social não vincula necessariamente a criarem programas de solidariedade. Os direitos à saúde e à educação, por outro lado, não obrigam o setor privado a ofertar tais serviços sem contraprestação pecuniária. Aliás, a própria qualidade das políticas públicas sociais implementadas pelo Estado não é de fácil judicialização. De onde se conclui que constituições de países capitalistas que contemplem padrões de políticas e direitos sociais – e que, por isso mesmo, se aproximam ou se identificam com os postulados do *welfare state* – são muito mais suscetíveis de ter seus textos vulnerados pela inconstitucionalidade, especialmente por omissão (GONÇALVES, p. 168).

A Constituição vigente, quando se predispõe a cumprir as finalidades nela e por ela estabelecidas, pressupõe um Estado que existe pelo e para o cidadão e não para o próprio estado. Por cidadania real e efetiva, deve-se entender aquela que institui o que se chama de justiça social, concretizável a partir de um texto constitucional com normatividade suficiente para fazer eficazes os direitos a prestações em uma sociedade marcada pela democracia e pelo pluralismo.

2.2.3 A jusfundamentalidade dos direitos sociais à luz do neoconstitucionalismo

Parte da doutrina, do que se pode inferir não haver unanimidade sobre o tema, faz referências ao estado do constitucionalismo contemporâneo a partir da alcunha de *neoconstitucionalismo*. O dissenso, para a corrente contrária à denominação, se justifica em razão da ausência de características tão revolucionárias capazes de conferir à teoria constitucional dos tempos hodiernos designação de tamanho destaque. Posta de lado, porém, a questão das divergências terminológicas, aqueles que se identificam como estudiosos do neoconstitucionalismo apontam alguns elementos que ressaltam as peculiaridades que justificam a intitulação.

Para Ana Paula de Barcellos (2007), as características de destaque do neoconstitucionalismo devem ser analisadas em dois grupos. O primeiro grupo abrange os chamados elementos metodológico-formais e o segundo agrega os elementos materiais. São elementos metodológico-formais do neoconstitucionalismo: a normatividade e imperatividade das disposições constitucionais; a superioridade hierárquica da Constituição em relação a todas as demais disposições normativas do ordenamento jurídico; e a centralização sistemática da Constituição como ponto de referência e fonte de interpretação de todos os ramos do Direito compreendidos pelo sistema. De outra parte, são elementos materiais do neoconstitucionalismo: a incorporação de valores e opções políticas nas constituições, em especial relacionadas à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais; e o alargamento dos conflitos (específicos e gerais) decorrentes das disposições normativas e fundamentos filosóficos do próprio sistema constitucional.

A conjugação harmônica dos dois grupos supramencionados, elementos metodológico-formais e elementos materiais, é um dos maiores desafios do neoconstitucionalismo, pois “a partir do momento em que valores e opções políticas transformaram-se em normas jurídicas, tornou-se indispensável desenvolver uma dogmática específica capaz de conferir eficácia jurídica a tais elementos normativos” (BARCELLOS, 2007, p. 5). Neste diapasão, se faz necessária a análise dos direitos fundamentais sociais quanto à sua normatividade constitucional (elemento metodológico-formal) e quanto aos valores e opções políticas incorporados à Constituição que lhes dizem respeito.

Para que se adentre na questão, uma das contendas que rondam o neoconstitucionalismo precisa, antes, ser mencionada. Conforme o que preceitua Barcellos (2007), duas correntes sugerem maneiras distintas de se interpretar a normatividade constitucional e pontos de vista diferentes a respeito do papel da Constituição. A primeira

delas defende posição segundo a qual incumbe à Constituição a imposição de decisões valorativas democráticas na seara da política estatal em consonância aos valores fundamentais incorporados pela própria Constituição. A esta corrente se convencionou chamar de substancialista. A segunda corrente, de outra face, defende que incumbe à Constituição apenas a garantia do desempenho apropriado do sistema de participação democrática, sendo papel da maioria a imposição dos valores e opções políticas de seu tempo. A esta corrente se convencionou chamar de procedimentalista. Em uma primeira observação, as duas correntes parecem evidentemente antagônicas. Barcellos, entretanto, entende que as posições não devem ser entendidas como inconciliáveis. Devem, ao revés, ser tomadas em posição de complementariedade. Com o condão de elucidar este posicionamento, são as palavras da autora:

O procedimentalismo, em suas diferentes vertentes, reconhece que o funcionamento do sistema de deliberação democrática exige a observância de determinadas condições, que podem ser descritas como opções materiais e se reconduzem a opções valorativas ou políticas. Com efeito, não haverá deliberação majoritária minimamente consciente e consistente sem respeito aos direitos fundamentais dos participantes do processo deliberativo, o que inclui a garantia das liberdades individuais e de determinadas condições materiais indispensáveis ao exercício da cidadania. Em outras palavras, o sistema de diálogo democrático não tem como funcionar de forma minimamente adequada se as pessoas não tiverem condições de dignidade ou se seus direitos, ao menos em patamares mínimos, não forem respeitados (BARCELLOS, 2007, p. 8).

Tecidos estes esclarecimentos, é chegado o momento oportuno à apreciação da fundamentalidade dos direitos sociais. Existe seguimento doutrinário que nega aos direitos sociais o caráter de direitos fundamentais (tratando-os como meras diretrizes, promessas ou aspirações políticas, desprovidas de normatividade e, portanto, inexigíveis), a partir de argumentos que circulam entre as limitações do orçamento público (ponto que posteriormente será abordado com maior afinco), sua estrutura de posituação e uma suposta indeterminabilidade de seu conteúdo. Esta concepção sintoniza-se, de maneira mais próxima, a um posicionamento procedimentalista. Entretanto, nos filiamos ao entendimento – mais afinado ao substancialismo – de Peces-Barba Martinez (1998), que sustenta a necessidade de se estabelecer o conteúdo material dos direitos sociais que, em conjunto com os valores e os princípios, formam parte do conteúdo de justiça de uma sociedade democrática moderna.

Os direitos sociais têm por função de excelência o equilíbrio das desigualdades decorrentes da má distribuição de riqueza e da propriedade, situação que inviabiliza a maioria dos cidadãos de alcançarem, pelos próprios esforços, a satisfação das necessidades mínimas que lhes confirmam o mínimo de dignidade e que, conseqüentemente, os impede de desfrutarem

plenamente dos direitos individuais e políticos. No contexto do constitucionalismo pátrio, diante desta realidade e frente às opções político-sociais do constituinte, especialmente no que concerne à garantia da dignidade da pessoa humana, inexistente razão para a exclusão dos direitos sociais do conceito de fundamentalidade adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Neste sentido é, também, o entendimento de Felipe Derbli (2007, p. 100) sobre o tema, quando acentua que:

Quer-se dizer que os direitos sociais, ao menos no que concerne à Constituição de 1988, possuem jusfundamentalidade(s) formal e material. Explica-se: topograficamente, incluem-se, em grande parte, entre os direitos e garantias fundamentais, sendo certo que a cláusula aberta dos direitos fundamentais constante do já mencionado art. 5º, § 2º, permite que aos mesmos sejam somados outros direitos previstos ao longo do texto constitucional. Materialmente, por outro lado, é certo que, por albergarem, em última análise, a justiça e a dignidade humana – valores decerto eleitos pelo constituinte originário como relevantes – os direitos sociais podem ser remetidos às decisões políticas fundamentais a que se refere Carl Schmitt.

Por todo o exposto até o momento, recusar aos direitos sociais a nota de fundamentalidade que lhes cabe significa contestar e negar normatividade à opção político-ideológica do legislador constituinte, que elegeu a promoção da justiça social – cuja condição *sine qua non* pode ser apontada na concretização mínima dos direitos sociais – como um dos objetivos fundamentais da República. Por outro lado, desconsiderar a fundamentalidade dos direitos sociais, significa desconsiderar também a própria unidade, interdependência e historicidade dos direitos fundamentais. Ademais, se tomarmos o neoconstitucionalismo como cenário de avaliação destes fatores, a fundamentalidade dos direitos sociais, conjugadas da maneira mais harmoniosa possível as perspectivas substancialista e procedimentalista, não pode ser ignorada.

2.3 Eficácia das Normas Constitucionais e Efetividade dos Direitos Sociais na Constituição Cidadã: o constitucionalismo dirigente *versus* a realidade brasileira

2.3.1 A norma constitucional quanto à sua eficácia e aplicabilidade

Em consonância aos ensinamentos de José Afonso da Silva (2007), deve-se entender por aplicabilidade a possibilidade de aplicação da norma ao caso concreto, enquanto, de outra face, sua eficácia deve ser relacionada ao seu potencial para produzir os efeitos jurídicos a que se propõe. A partir da relevância que as referidas concepções têm para a teoria da norma, volumosa parcela da doutrina reuniu esforços para a formulação das classificações da norma constitucional que consideram mais adequadas, com base em sua eficácia e aplicabilidade. Com alicerce em uma perspectiva histórica, se pode inferir que o ponto de partida dos estudos acerca da eficácia e da aplicabilidade da norma constitucional remonta à classificação do direito constitucional norte-americano em normas *mandatórias* e *diretórias*, classificação esta que, após as críticas enunciadas por Thomas Cooley, foi reformulada e passou a dividir as normas constitucionais em autoaplicáveis ou bastantes em si mesmas (*self-executing*) e não-autoaplicáveis ou não bastantes em si mesmas (*not self-executing*). Esta classificação serviu de inspiração para Ruy Barbosa e influenciou por décadas o constitucionalismo brasileiro. O critério de distinção entre os dois grupos pode ser apontado no grau de completude e na capacidade de cada uma dessas categorias normativas de produzir (ou não) os efeitos jurídicos delas esperados com (ou sem) complementação legislativa. As normas autoaplicáveis seriam aquelas aptas a produzirem todos os seus efeitos sem necessidade de atuação do legislador, enquanto as não autoaplicáveis dependeriam, imprescindivelmente, da função legislativa para produzir efeitos. (SILVA, 2007)

O correr dos anos revelou, contudo, a incompatibilidade dessa proposta com as nuances do constitucionalismo pátrio. Críticas foram tecidas à classificação importada do direito estadunidense e, dentre elas, se destaca aquela segundo a qual não se pode conceber a existência de normas constitucionais completamente destituídas de efeitos jurídicos, que é justamente o que sugere a classificação objeto da crítica quando condiciona a produção de quaisquer efeitos à atuação do legislador, no que se refere às normas não autoaplicáveis. Uma classificação adequada deve ser orientada a partir da constatação de que os efeitos das normas constitucionais podem ser graduados, porém, jamais considerados inexistentes. Vários constitucionalistas brasileiros, então, investiram na formulação de uma classificação mais ajustada à realidade nacional. Dentre as várias proposições elaboradas, serão abordadas neste

trabalho as de José Afonso da Silva, Meirelles Teixeira, Maria Helena Diniz, Paulo Pimenta e Luís Roberto Barroso.

Considerada um clássico na teoria constitucional pátria, a classificação de José A. Silva divide as normas constitucionais, quanto à sua eficácia e aplicabilidade em: normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas sujeita a restrições; e normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida e aplicabilidade imediata, que se dividem em normas de princípio institutivo (estruturais) e de princípio programático (fixadoras dos fins do Estado). Nesta classificação, as normas de eficácia plena detêm normatividade suficiente e não dependem de providências do legislador ordinário para produzir todos os seus efeitos. Já as normas de eficácia contida seriam aquelas que tem normatividade suficiente para produzir seus efeitos, porém as matérias que regulamentam podem sofrer restrições pelo legislador ordinário. Por fim, as normas de eficácia limitada ou reduzida são aquelas que não herdaram do constituinte normatividade suficiente para sua incidência integral e imediata, dependendo de atuação do legislador ordinário para produzir seus efeitos (SILVA, 2007). Ainda que se considere a posição de destaque da proposta de J. A. da Silva, não se pode deixar de mencionar que, antes dele, Meirelles Teixeira já sugeria uma classificação, ainda que em publicação *post mortem*, dividindo as normas constitucionais em dois grupos: normas de eficácia plena e normas de eficácia reduzida, estas últimas subdivididas em normas programáticas e normas de legislação (TEIXEIRA, 1991).

Com proposta de iniciativa mais recente, e posterior à Constituição da República de 1988, Maria Helena Diniz sugere que as normas constitucionais sejam organizadas em quatro grupos, quais sejam: normas supereficazes ou de eficácia absoluta (aquelas que produzem imediata e integralmente seus efeitos e cujo conteúdo é intangível e protegido, inclusive, de reforma através de emenda); normas de eficácia plena (similares às da classificação homônima de J. A. da Silva); normas de eficácia relativa restringível (equivalentes às normas de eficácia contida de J. A. da Silva, porém com nomenclatura inovadora e elogiada); e normas de eficácia relativa complementável (também encontram similitude com a classificação anterior, com relação às normas de eficácia limitada, inclusive na subdivisão entre normas de princípio institutivo e programático). (DINIZ, 1998)

Divergindo de J. A. da Silva, especialmente no que concerne às normas constitucionais com caráter programático, Paulo Pimenta (1999), sugere a seguinte classificação: normas programáticas em sentido estrito (a Constituição fixa programas a serem materializados mediante atuação legislativa segundo os limites constitucionais); normas

programáticas meramente definidoras de programas (a Constituição estabelece programas, no entanto, não orienta a atuação do legislador); normas programáticas declaratórias de direitos (embora a Constituição não especifique a forma de implementação dos direitos declarados, estes vinculam o poder público); e normas programáticas definidoras dos fins organizacionais, econômicos e sociais do Estado (estas, sim, equivalentes às normas de eficácia limitada da classificação de J. A. da Silva). Pode-se inferir que a distinção mais sensível entre as duas classificações aqui mencionadas refere-se, especialmente, à situação dos direitos sociais.

Em outro giro, Luís Roberto Barroso (2006), tem proposta de classificação um tanto diferente das anteriores, uma vez que analisa a eficácia e aplicabilidade relacionando-as ao próprio conteúdo e finalidade da norma constitucional. Passemos, então, a analisá-la. Para Barroso, as normas constitucionais devem ser divididas – segundo um critério de predominância de características – em três grupos: normas de organização; normas definidoras de direitos; e normas programáticas. As normas de organização cuidam da estruturação dos poderes, órgãos e entidades estatais, bem como da distribuição de suas competências. Já as normas definidoras de direitos veiculam direitos subjetivos (decorrentes de direitos tanto individuais quanto sociais e difusos) aos quais correspondem a um dever jurídico, um caráter de violabilidade e uma pretensão. Por derradeiro, as normas programáticas contemplam os fins sociais do Estado, em caráter prospectivo, determinados em proposições diretivas. (BARROSO, 2006).

Em avaliação panorâmica das mencionadas propostas de classificação, interessante é o posicionamento de Maria Elisa Villas-Bôas (2009, p. 141), que segue:

Assim, enquanto as classificações anteriores, de um modo geral, inserem as normas de direitos sociais no âmbito das normas programáticas, passando a discutir, então, o grau de eficácia e de aplicabilidade destas, Barroso as considera normas definidoras de direitos, o que resolve retoricamente o problema de sua eficácia, ainda que, na prática, verifique-se a manutenção dos obstáculos, considerando que muitos dos dispositivos relativos aos direitos sociais, sobretudo no que diz respeito a sua vertente de prestação, têm feição inegavelmente programática, independentemente da classificação que se lhes dê, a exemplo do artigo 196, referente à saúde.

As dificuldades práticas enfrentadas pela classificação são reconhecidas pelo próprio Barroso (2006, p. 103), entretanto, segundo o autor, a vontade da constituição em conferir eficácia plena e aplicabilidade imediata para todo e qualquer direito fundamental, inclusive os sociais, não pode ser ignorada. De outra face, porém, o caráter programático de alguns direitos sociais também precisa ser levado em conta. Faz-se mister, por isto, que se insista em uma concepção pró-eficácia social das normas que veiculam direitos com caráter programático, o que será objeto de análise no próximo item.

2.3.2 As normas definidoras de direitos e a eficácia dos direitos fundamentais sociais

A classificação sugerida por Luís Roberto Barroso (2006), como mencionado anteriormente, agrega uma categoria denominada “normas constitucionais definidoras de direitos.” As normas inseridas nesta categoria são dotadas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, além de comporem uma relação jurídica com sujeitos em duas posições – a primeira integra um direito subjetivo (poder de exigir), e a segunda integra um dever jurídico (obrigação de cumprir) – de modo que “quando a exigibilidade de uma conduta se verifica em favor do particular em face do Estado, diz-se existir um direito subjetivo público” (BARROSO, 2006, p. 99). Imperioso acentuar, uma vez mais, que Barroso enfatiza que os direitos sociais são contemplados pela referida categoria de normas constitucionais e, sobre a resistência doutrinária em enxergar a veiculação dos direitos sociais em normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, afirma o autor que:

Modernamente, já não cabe negar o caráter jurídico e, pois, a exigibilidade e a *acionabilidade* dos direitos fundamentais, na sua múltipla tipologia. É puramente ideológica e não científica a resistência que ainda hoje se opõe à efetivação, por via coercitiva, dos chamados direitos sociais. Também os direitos políticos e individuais, enfrentaram, como se assinalou, a reação conservadora, até sua final consolidação. A afirmação dos direitos fundamentais como um todo, na sua exequibilidade plena, vem sendo positivada nas Cartas Políticas mais recentes, como se vê do art. 2º da Constituição Portuguesa e do Preâmbulo da Constituição Brasileira, que proclama ser o país um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais” (BARROSO, 2006, p. 102).

Barroso, porém, admite que reconhecer a mesma normatividade das regras que definem os direitos individuais às regras que definem os direitos sociais – uma vez que ambos integram a categoria geral dos direitos fundamentais – não torna menos difícil a sua operabilidade prática. Em suas palavras, “ignorar as dificuldades não impede que elas se produzam. A efetivação dos direitos sociais é, indiscutivelmente, mais complexa do que a das demais categorias” (BARROSO, 2006, p. 103). Diante desta constatação, o autor passa a analisar os efeitos variados produzidos pelas normas constitucionais definidoras de direitos sociais, que se dividem em três grupos: os que geram situação prontamente desfrutável; os que geram a exigibilidade de prestações positivas do Estado; e os que amparam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora (BARROSO, 2006).

Sobre o primeiro grupo, se pode dizer que os direitos sociais (imediatamente desfrutáveis) veiculados nas normas constitucionais que compreendem estes efeitos dependem de uma mera abstenção do Estado e se pode citar, a título de exemplo, o art. 9º da CRFB/88

que confere direito de greve ao trabalhador, de modo que o poder público deverá apenas abster-se da repressão aos que exercem este direito. Se trata aqui dos direitos sociais em sua concepção defensiva. Sobre o segundo grupo, que compreende os direitos sociais veiculados em normas que ensejam prestações positivas exigíveis do Estado, se pode dizer que a não prestação será sempre inconstitucional e sancionável. A título de exemplo, para representar o referido grupo, podem ser mencionados os direitos contidos no art. 6º da CRFB/88. Ressalte-se, porém, que determinar as possibilidades de satisfação integral destas pretensões é tarefa espinhosa, esbarrando em entraves de natureza econômica e política. O autor ilustra a hipótese (fazendo uso do direito à saúde) a partir de situação em que o Estado precisa escolher uma política pública de medicina preventiva para combater uma epidemia. Observa Barroso (2006, p. 105) a esse respeito que, “salvo em casos extremos de inércia ou manifesta inadequação das providências tomadas, esta será uma decisão que resvala para a discricionariedade dos poderes públicos (...)”. Já sobre o terceiro e último grupo, que compreende as normas que veiculam interesses dependentes de lei infraconstitucional integradora, se pode dizer que tais normas transferem ao legislador ordinário a competência para regulamentar determinados direitos, a exemplo do art. 7º, inciso XXVII da CRFB/88 que determina a proteção em face da automação, na forma da lei.

Sobre a efetivação dos direitos sociais, em cada um dos grupos supramencionados, Barroso (2006, p. 108) adverte que tais direitos “nas hipóteses em que não são prontamente desfrutáveis, dependem, em geral, de prestações positivas do Poder Executivo ou de providências normativas do Poder Legislativo.” Infere o autor que essa condição, porém, não impede a eficácia plena e aplicabilidade imediata de toda e qualquer norma concessiva de direitos sociais. Selando seu posicionamento afirma que:

É certo, contudo, existirem verdadeiros direitos, na acepção que aqui se lhes vem dando, que não podem prescindir da atuação do legislador ordinário. Neste caso, anteriormente ao desfrute do bem jurídico acenado constitucionalmente, surge um direito subjetivo para o beneficiário da norma: o de ver regulamentada, de forma adequada, a situação jurídica esboçada na Lei Maior, exigível do Poder Legislativo (BARROSO, 2006, p. 113).

A partir das disposições explanadas, pode ser identificada certa ambiguidade. Senão vejamos. Pressupõe-se que as normas definidoras de direitos são de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Parte-se do ponto em que, reconhecida a fundamentalidade dos direitos sociais (inclusive a partir da cláusula do art. 5º, § 2º) e incluída esta categoria entre aquelas regulamentadas por normas constitucionais definidoras de direitos, aos direitos sociais se aplicaria esta máxima. Entretanto, isso funciona, na prática, apenas com relação aos

direitos sociais de usufruto imediato (a exemplo do direito de greve). Os direitos sociais prestacionais (a exemplo do direito à saúde) estão sujeitos, pela própria redação das normas constitucionais que os incorporam a certo caráter programático. Frisa-se aqui a tendência doutrinária no sentido de que normas programáticas tem eficácia limitada e aplicabilidade mediata.

Sem que se negue o caráter programático das normas que veiculam direitos sociais, porém, sem ignorar, por outro lado, a vontade constitucional extraída do art. 5º, § 1º da CRFB/88, no sentido de conferir eficácia plena e aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais – nos quais se inserem os direitos sociais por seu próprio conteúdo e pelo teor do art. 5º, § 2º da CRFB/88 – nos parece adequada uma associação da classificação “norma definidora de direitos” de Barroso (2006) à proposta de classificação de Paulo Pimenta (1999) especificamente a este respeito, quando, dentre as normas programáticas, destaca as “normas programáticas enunciadas ou declaratórias de direitos.” Isto porque as normas constitucionais que veiculam os direitos sociais, tanto pressupõem que existe um direito subjetivo público exigível, quanto pressupõem que estes direitos dependem de programas estatais.

Há ainda outro argumento, este girando em torno de questões de lógica-jurídica e hermenêutica, segundo o qual a partir da própria redação do texto constitucional – especificamente do art. 5º, § 1º – não se poderia negar a aplicabilidade imediata a todas as normas que veiculem direitos fundamentais. Senão vejamos:

Assim, considerando que as normas definidoras de direitos fundamentais são imediatamente aplicáveis, há que se afastar um primeiro possível equívoco: o fato de o referido dispositivo (art. 5º, § 1º da CF/1988) estar situado no capítulo destinado aos direitos e garantias individuais e coletivos (que em princípio compreendem apenas direitos de liberdade) não permite a conclusão de que seria aplicável somente aos direitos lá enumerados. Isso porque, basicamente: (i) mesmo que se adote uma interpretação estritamente literal, a própria norma não faz qualquer restrição quanto às categorias de direitos fundamentais a que se dirige; (ii) ainda, verifica-se que no capítulo destinado aos direitos sociais (capítulo II do Título II da CF/1988) estão inscritos alguns típicos direitos de liberdade (como o direito à nacionalidade e os direitos políticos – arts. 12 e 14, respectivamente), de modo que não seria razoável supor que haveria um regime diferenciado para os direitos previstos no art. 5º, em detrimento dos demais (PIVETTA, 2014, p. 49).

Os traços programáticos das normas constitucionais que definem direitos sociais, portanto, não podem converter tais preceitos normativos em mera promessa leviana (no sentido de não ter seu cumprimento garantido) do constituinte. O poder público não pode esquivar-se às expectativas legítimas a ele confiadas pela sociedade em razão do que determina a Constituição. Do que se acabou de constatar é que decorre o empenho da doutrina constitucional em atribuir a devida efetividade às normas definidoras de direitos sociais.

Ademais, não se pode deixar de assinalar que a eficácia das normas constitucionais que apregoam e garantem os direitos sociais está diretamente relacionada à efetividade e, portanto, eficácia social destes mesmos direitos. Faz-se oportuno, então, mencionar as lições de Ferdinand Lassalle (2001) – consideradas as críticas de Konrad Hesse (1991) à sua teoria, principalmente no que concerne à concepção da constituição como mera soma dos fatores reais de poder, isto é, levada em consideração a força normativa da constituição a partir da positivação de suas normas pelo legislador constituinte – segundo as quais não se pode conceber a compreensão da Constituição como uma mera folha de papel, sem que suas normas tenham eficácia real e sensível para seus destinatários.

2.3.3 A teoria da constituição dirigente no contexto da falta de efetividade dos direitos fundamentais sociais no Brasil

O dirigismo constitucional foi incorporado pelo constitucionalismo brasileiro, desde a promulgação da Constituição da República de 1988, por meio de absorção das lições de J. J. G. Canotilho quando da elaboração de sua Teoria da Constituição Dirigente assentada em uma construção interpretativa da Constituição Portuguesa de 1976. A concepção dirigente das constituições tem seus fundamentos na valorização do conteúdo material, finalístico e principiológico das Leis Maiores, a partir do reconhecimento da densa normatividade das normas constitucionais de caráter programático. Pelo exposto e diante de tudo quanto analisado até o momento neste trabalho, não se pode conceber como inviável a percepção da Constituição da República de 1988 enquanto constituição dirigente.

Conforme o que preceitua Miguel Calmon Dantas (2007, p. 2340), o constitucionalismo dirigente, na forma em que é percebido na realidade brasileira, comporta duas dimensões: uma dimensão projetista e uma dimensão de resistência. Por sua dimensão de resistência, a Constituição trabalharia na defesa dos direitos sociais, fixando parâmetros que vinculem o Estado na persecução e preservação do mínimo existencial. Já em sua dimensão projetista, a Constituição abraçaria a ideia do máximo existencial ao estabelecer diretrizes prospectivas de ampliação das garantias da dignidade da pessoa humana.

Sucedem que, no decorrer da última década, muitas foram as críticas direcionadas ao dirigismo constitucional – e dentre os críticos se aponta, inclusive, o próprio Canotilho – sugerindo a morte, anunciada pela modernidade, da Teoria da Constituição Dirigente. A principal delas gira em torno do fato de que toda constituição que se diga dirigente, esbarrará em distúrbios de efetividade. Quando da revisão de sua teoria, Canotilho (1998, p.15),

apoiado nos ensinamentos de Habermas e Luhmann, sugeriu “a substituição de um direito autoritariamente dirigente, mas ineficaz através de outras fórmulas que permitam completar o projeto da modernidade.” Em outras palavras, Canotilho propôs que o constitucionalismo dirigente fosse substituído por um contratualismo constitucional democrático. A problemática do tema, porém, não se encerra, nem se resolve neste ponto.

Para se tratar da questão a partir de um viés sociológico, são convenientes os ensinamentos de Boaventura de Sousa Santos (2000), quando aponta a globalização pós-moderna como fator agravante do problema. Os contextos das esferas política e econômica são extremamente voláteis, de modo que não seria absurda a suposição de que um país que tinha recursos bastantes à garantia do mínimo – e até do máximo – existencial, em diminuto decurso de tempo, não mais os tenha. Boaventura (2000) sustenta que na América Latina, em especial, a situação é ainda mais grave na medida em que ainda se luta pela consolidação dos instrumentos de garantia dos direitos sociais e econômicos que, nestes espaços, nunca se puderam dizer efetivos. Neste diapasão, é possível afirmar que o Brasil se insere nesta realidade, e a partir de então serão conjecturados apontamentos sobre o dirigismo constitucional brasileiro. De início, convém que se adentre em uma necessária, e inadiável, comparação. O constitucionalismo europeu – e a própria realidade social do velho mundo – em muito se distancia do observado no Brasil, ainda que em tempos de apogeu da globalização. Interessa trazer à baila, neste contexto, o pertinente posicionamento de Ingo Wolfgang Sarlet (2008, p. 34), que segue:

(...) tal problemática (que diz, entre outros aspectos, com a supressão e/ou redução dos níveis de efetividade e proteção dos direitos sociais) assume feições ainda mais emergenciais quando nos damos conta que a Constituição Brasileira insere-se num ambiente significativamente diverso do constitucionalismo europeu, onde estamos a vivenciar inclusive o surgimento de uma Constituição Europeia, além de ter (ainda, embora não mais como por ocasião da sua promulgação, em outubro de 1988, em virtude das emendas sofridas) um caráter inequívoco e necessariamente compromissário e dirigente, o que, somado ao fato – bem lembrado por Lênio Streck – de que as promessas da modernidade entre nós sequer foram minimamente cumpridas e que o Estado democrático (e social) de Direito brasileiro, na condição de Estado da justiça material, não passa de um simulacro.

O que ocorre é que, do próprio centro da crítica direcionada ao dirigismo constitucional na realidade brasileira – que é a chamada síndrome de inefetividade da constituição, se retira o principal argumento favorável à sua manutenção por tanto tempo quanto o dirigismo aqui se fizer necessário. Explica-se. Reduzir, quase que sem ressalvas, o caráter compromissário da constituição com relação aos direitos sociais – e, com isso, reduzir a densidade normativa das normas programáticas – minimizando drasticamente a vinculação

dos poderes estatais a este propósito, em lugar de sanar os problemas de efetividade destes direitos, os agravaria. Neste sentido são as lúcidas e ajustadas lições da Professora Cláudia Gonçalves (2013, p. 254-262), quando aduz que:

Contudo, também não se pode negar que as constituições contemporâneas que inseriram em seus interiores normatividade concernente aos direitos e às políticas sociais, passam por sérias dificuldades, especialmente quanto à sua eficácia jurídica (...). Será então o caso de se indagar se as constituições dirigentes restam ultrapassadas. Ao que se responde negativamente. Não, as cartas dirigentes não são meras experiências juspolíticas confinadas no século XX. Antes pelo contrário, são ainda necessárias e até indispensáveis, notadamente para países com grande *déficit* social. Ocorre, contudo, que precisam ser “relidas”, ou seja, delas não se pode ocultar a profusão de sociabilidade e solidariedade que nascem de inúmeras formas de opressão já agora amplamente descortinadas. (...) A releitura das constituições dirigentes passa, portanto, pela simbologia das *flores de areia* que, a princípio, parecem que a tudo homogeneízam, mas, quando vistas de perto, abrem fecundos espaços para a diversidade e para novas conquistas. De outro lado, cabe reiterar que os direitos fundamentais sociais ainda desempenham, no interior das constituições dirigentes, importantíssimo papel, em especial para países que precisam resgatar, com urgência, dívidas sociais básicas, sob pena de transformar a vida de homens e mulheres, excluída da partilha da dignidade, em ‘[...] *uma vida despojada de todos os direitos [...]*’.”

Assim, é imperioso que se ressalte a atual conjuntura social, política e institucional da realidade brasileira não nos permite falar ainda em densidade e maturidade democrática suficiente para se cogitar um contratualismo constitucional democrático, como propõe Canotilho diante da realidade portuguesa. Como sugerem Ingo Sarlet e Cláudia Gonçalves, a concepção da constituição dirigente no Brasil precisa ser reconstruída – e não abandonada – caso se queira insistir no cumprimento das promessas realizadas pelo legislador constituinte em 1988. A “releitura” da constituição dirigente passa, necessariamente, pelo engajamento conjunto do poder público e dos setores populares em função da concretização dos direitos fundamentais.

3 A PROMOÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL-SOCIAL À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 Algumas aproximações do Direito à Saúde à teoria geral dos direitos fundamentais

3.1.1 Saúde Pública, Direito à Saúde e Direito Sanitário: algumas distinções necessárias

Traçados alguns contornos sobre questões relativas à teoria geral dos direitos fundamentais – em especial dos direitos fundamentais-sociais – é dado o momento de se experimentar maiores aproximações ao direito fundamental-social à saúde, mote central deste trabalho. Se manifestada a intenção de enveredar de maneira técnica e adequada no tema, se fazem necessários, a priori, alguns esclarecimentos de cunho terminológico. A este propósito, sem pretensões de exaurimento da questão, será dedicado este item, uma vez que, não raro, é possível perceber, entre aqueles que se propõe a discutir o direito à saúde, certa confusão no que concerne às denominações referentes a pontos sensíveis da temática. Dentre as expressões que protagonizam esta celeuma terminológica, podem ser destacados os termos “Saúde Pública”, o próprio “Direito à Saúde” e “Direito Sanitário.”

O início da análise pretendida exige alguns resgates históricos. Na Grécia Antiga, a relação harmoniosa do indivíduo consigo mesmo, com a natureza e com a sociedade era o que se vinculava à noção de saúde. Mais à frente, na Idade Média, se observou um comportamento reacionário da coletividade às nascentes epidemias, momento em que são dados os primeiros sinais de uma saúde preventiva. Durante o Renascimento, a ideia da higiene enquanto necessidade social nos cenários urbanos foi o marco mais relevante para a saúde. No séc. XVIII, porém, podem ser percebidas maiores reviravoltas. A sistematização das políticas de saúde teve fortes influências das ideias iluministas que, ao colocar o racionalismo em posição protagonista, tornou incumbência do Estado o controle das práticas médicas, de tratamentos simples a cirurgias, para combater o “charlatanismo” que a razão atribuía à atividade de curandeiros. Com o nascimento do Estado liberal, então, a saúde ganhou contornos de serviço público. Como muitas outras questões relacionadas aos direitos sociais, a saúde, entretanto, somente ocupou espaço prioritário nas políticas estatais após o término da II Guerra. A admissão da utilidade do investimento de recursos do Estado em saúde remonta aos finais do séc. XIX porque a conjuntura social e política do momento evidenciaram essa necessidade de modo que “proteger a saúde das camadas mais pobres, modificar-lhes os hábitos de higiene, passa a ser um objetivo nacional, pois simultaneamente se estaria lutando contra a miséria que ameaça a ordem pública.” Amadurecida esta ideia, aos

nasceres do séc. XX, a proteção à saúde, então, se consolida como política de governo (DALLARI, 2003, p. 42). Assim, partindo-se da observação do caminhar histórico da compreensão do que é saúde e de como este conceito se associa ao Estado e ao indivíduo, se pode dizer que *Saúde Pública* – primeira expressão objeto de análise neste tópico – nada mais é que a promoção do equilíbrio entre o bem-estar (físico, mental e social do indivíduo) e o bem-estar político-social do próprio Estado.

Por outro lado, a compreensão da expressão *Direito à Saúde* deve ser remetida a uma verificação do conteúdo material e concretizador da saúde. Neste diapasão, ao mesmo passo em que no sec. XX se consolidou a noção de saúde pública, a Constituição da Organização Mundial da Saúde, assinada em 1946 designou em seu preâmbulo que “Saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença.” Muitas críticas foram dirigidas a este conceito. Porém, Sueli Dallari (2003, p. 44) adverte que, até mesmo nos julgamentos mais cautelosos, o objeto central do que pretendeu a OMS é preservado. Como exemplo, a autora aponta a posição de Claude Dejours, que “convencido de que não existe o estado de completo bem-estar, a saúde deve ser entendida como a busca constante de tal estado.” Convém também ressaltar outros organismos e documentos internacionais que também se destacam na busca de uma aproximação do conteúdo – e conceito – do direito à saúde pelo que segue:

A saúde é indiretamente reconhecida como direito na Declaração Universal de Direitos Humanos (ONU), onde é afirmada como decorrência do direito a um nível de vida adequado, capaz de assegurá-la ao indivíduo e à sua família (art.25). Entretanto, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que entrou em vigor em 3 de janeiro de 1976, dispõe que: “1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda a pessoa ao desfrute do mais alto nível possível de saúde física e mental. 2. Entre as medidas que deverão adotar os Estados Partes no Pacto a fim de assegurar a plena efetividade desse direito, figuram as necessárias para: a) A redução da natimortalidade e da mortalidade infantil, e o desenvolvimento saudável das crianças; b) A melhoria em todos os seus aspectos da higiene do trabalho e do meio ambiente; c) A prevenção e o tratamento das enfermidades epidêmicas, endêmicas, profissionais e de outra natureza, e a luta contra elas; d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade” (art.12) (DALLARI, 2003, p. 46).

As constituições signatárias dos documentos internacionais supramencionados, ao incorporar o direito à saúde, tomaram tais resoluções como referência. Do que se relatou, depreende-se que a expressão *Direito à Saúde* deve ser compreendida a partir do conteúdo material da saúde e sua posterior internalização sistêmica e constitucional aos ordenamentos jurídicos contemporâneos a partir de uma evidente influência do estabelecido em documentos

internacionais. Direito à Saúde, portanto, é a correlação entre as nuances substanciais da saúde e o compromisso constitucional do Estado em garanti-las.

Por fim, a expressão *Direito Sanitário* não se confunde com nenhuma das anteriores. Uma vez sendo assumida pelo Estado à proteção da saúde a partir da prestação de serviços públicos, a atuação da função executiva estatal no cumprimento desta tarefa será orientada por disposições legislativas, pautadas na supremacia e na indisponibilidade do interesse público. Assim, entende-se por *Direito Sanitário* o aparato normativo regulatório da atividade do Estado na promoção da *Saúde Pública* e da garantia ao indivíduo do *Direito à Saúde*. O Direito Sanitário, segundo Sueli Dallari (2003), apesar de inicialmente compreendido como mera parcela integrante do Direito Administrativo, deve ser analisado, hoje, como ramo do Direito novo e dotado de autonomia científica em razão das especificidades das matérias de que trata.

Este ensaio se destina ao exame da concretização do Direito à Saúde em consonância à forma que lhe foi delineada pela Constituição da República de 1988. Isto posto, é imperioso que se ressalte que o referido direito fundamental-social será abordado a partir de um viés constitucional. Porém, como mencionado no capítulo anterior ao se tratar do neoconstitucionalismo, a constituição ocupa posição central no ordenamento jurídico pátrio, do que se infere que examinar algumas disposições normativas pertinentes ao Direito Sanitário e reguladoras da Saúde Pública não torna menos constitucional a análise.

3.1.2 O Direito à Saúde em suas perspectivas formal e material

Já se abordou em linhas gerais, no capítulo anterior, a jusfundamentalidade dos direitos sociais à luz do neoconstitucionalismo, assim como de questões relativas à justiça social e às opções políticas do legislador constituinte. A Carta Republicana de 88, indubitavelmente, inseriu o direito social à saúde entre o rol dos direitos que julgou fundamentais. Destarte, ainda que muitos insistam em contestar a constitucionalização do direito fundamental à saúde, não se pode negar e, muito menos, negligenciar a proteção especial que lhe foi conferida pela Constituição vigente.

Assim, serão tecidos aqui alguns comentários sobre a fundamentalidade do direito à saúde tanto na perspectiva formal quanto na perspectiva material. Nas lições de Canotilho (2003), o direito à saúde, enquanto direito fundamental, é dotado da dupla fundamentalidade inerente a todos os direitos fundamentais. A fundamentalidade formal se relaciona com a posituação constitucional dos direitos, tendo em vista que os mantos da supremacia e da força

normativa da Constituição tocam o conteúdo dos direitos considerados fundamentais, dentre os quais se insere o direito à saúde. No texto da Carta de 1988, o direito à saúde encontra previsão expressa no Título II (dedicado aos direitos e garantias fundamentais), Capítulo I (dedicado aos direitos sociais) do texto constitucional. Para Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo (2008, p. 16-17), considerada a fundamentalidade formal do direito à saúde no constitucionalismo pátrio, este direito se desdobra em três posições, quais sejam:

(...) a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também o direito à saúde) situam-se no ápice do ordenamento jurídico, como normas de superior hierarquia formal e axiológica; b) na condição de normas fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (“cláusulas pétreas”) para modificação dos preceitos constitucionais; c) nos termos do § 1º do artigo 5º da CF, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis, vinculando de forma imediata as entidades estatais e os particulares – comando que alcança outros dispositivos de tutela da saúde, por força da cláusula inclusiva constante do § 2º do mesmo artigo 5º da CF.

Por outro lado, a fundamentalidade material decorre da magnitude em valor e significado jurídico do conteúdo do direito objeto da tutela constitucional. Sobre o direito à saúde, certamente, recai nota de fundamentalidade em sentido material dada a “importância da saúde como pressuposto à manutenção da vida – e vida com dignidade, ou seja, vida saudável e com certa qualidade –, assim como para a garantia das condições necessárias à fruição dos demais direitos, fundamentais ou não (...)” (FIGUEIREDO; SARLET, 2009, p.30).

Em se tratando de fundamentalidade material, são oportunas as palavras de J. J. G. Canotilho (1993, p. 449), quando aduz que:

Prima facie, a fundamentalidade material poderá parecer desnecessária perante a constitucionalização e a fundamentalidade formal a ela associada. Mas não é assim. Por um lado, a fundamentalização pode não estar associada à constituição escrita e à idéia de fundamentalidade formal como o demonstra a tradição inglesa das Common-Law Liberties. Por outro lado, só a idéia de fundamentalidade material pode fornecer suporte para: (1) a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente, mas não formalmente fundamentais; (2) a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; (3) a abertura a novos direitos fundamentais. Daí o falar-se, nos sentidos (1) e (3), em cláusula aberta ou em princípio da não tipicidade dos direitos Fundamentais. Preferimos chamar-lhe de norma aberta que, juntamente com uma compreensão aberta do âmbito normativo das normas concretamente consagradoras de direitos fundamentais, possibilitará uma concretização e desenvolvimento plural de todo o sistema constitucional.

Com relação ao direito à saúde em nosso sistema jurídico-constitucional, especificamente, alguns esclarecimentos devem ser empreendidos a partir das lições do constitucionalista português. Pelo seu conteúdo substancial, que evidencia estrita relação de interdependência com a dignidade da pessoa humana e com o próprio direito à vida, o direito à saúde evidentemente possui fundamentalidade em sentido material. Entretanto, não é apenas de sua densidade axiológica que decorre o caráter de direito fundamental a ele atribuído. Diferente da experiência constitucional de outros países – a exemplo da Alemanha – onde o direito à saúde é considerado direito fundamental não escrito (ALEXY, 2012), na Constituição da República de 1988 o direito fundamental à saúde tem sua fundamentalidade sustentada nas duas perspectivas, formal e material.

3.1.3 O Direito à Saúde como direito de defesa e como direito prestacional

A respeito das funções exercidas pelos direitos fundamentais em geral – notadamente as funções defensivas e prestacional – imperioso e oportuno é o resgate da advertência anteriormente mencionada sobre o tentador equívoco de se enquadrar os direitos (liberdades) individuais e os direitos sociais nessas duas funções, porém em pólos inconfundíveis e diametralmente opostos. Há muito, vasta parcela doutrinária restringia a questão a partir da compreensão de que os direitos individuais são, unicamente, direitos defensivos e os direitos sociais são, meramente, direitos prestacionais. Entretanto, com suporte nas lições de Alexy (2012) e Sarlet (2009), foram postos à baila alguns esclarecimentos sobre o tema que sustentam que os direitos fundamentais, sejam eles individuais ou sociais, se desdobram em variadas posições jurídicas do que decorre uma espécie de multifuncionalidade. É dizer: tanto os direitos sociais quanto os direitos individuais podem, à luz do caso concreto, exercerem a função de direito de defesa e função de direito a prestações. Ainda que se possa apontar uma predominância em alguns desses direitos com relação a estas categorias, a divisão é muito mais didática que dogmática. Jorge Reis Novais (2010) aduz, ainda, que às funções dos direitos fundamentais em sua dimensão subjetiva – defensiva e prestacional – correspondem posições relativas à eficácia objetiva desses direitos, em relação aos deveres do Estado, que se desdobram em: dever de respeitar, dever de proteger e dever de promover. Com relação ao direito fundamental-social à saúde, não é outra a situação. O direito à saúde exerce, de acordo com a situação fática, tanto a função defensiva quanto a função prestacional. De mesmo modo, impõe ao Estado, a depender do caso concreto, os deveres de respeito de proteção e de promoção. Nesta direção apontam as lições

de Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 8) que, sobre a multifuncionalidade do direito fundamental à saúde, enunciam o que segue:

Assim, o direito à saúde pode ser considerado como constituindo simultaneamente direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e terceiros na saúde do titular, bem como - e esta a dimensão mais problemática - impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação deste direito para a população, tornando, para além disso, o particular credor de prestações materiais que dizem respeito à saúde (...)

Com posicionamento consoante ao colacionado acima, Saulo Lindorfer Pivetta (2014, p. 41-45) ilustra a multifuncionalidade do direito fundamental à saúde partir de alguns exemplos que merecem exibição, caso se pretenda conferir certo aporte fático ao que se viu, até o momento, em patamares unicamente teóricos. Em sua função defensiva, o direito à saúde incumbe ao Estado o dever de não interferir arbitrariamente na esfera de liberdade pessoal do indivíduo no que diga respeito à sua saúde. Seria o caso de um indivíduo portador do vírus HIV, que tem o direito de determinar as direções de seu tratamento, escolher os métodos, medicamentos e procedimentos aos quais se submeterá, sem que o Estado o obrigue a seguir uma terapêutica específica. Também em razão do caráter defensivo do direito fundamental à saúde, se utiliza o exemplo, reiteradamente citado pela doutrina, do cidadão que professa o credo das Testemunhas de Jeová e, por meio de manifestação expressa de vontade, se recusa a submeter-se à transfusão de sangue, sem que o Estado possa obrigá-lo a fazê-lo. Com relação aos exemplos mencionados, ressalta ainda o autor, a própria regulamentação da carreira médica reconhece a função de defesa do direito à saúde. É o que segue:

Esta dimensão defensiva é, inclusive, reconhecida pelo próprio Código de Ética Médica (Res. 1931/2009 do Conselho Federal de Medicina) em diversos dispositivos, como no art. 31 (“Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte”), art. 42 (Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre método contraceptivo, devendo sempre esclarecê-lo sobre indicação, segurança, reversibilidade e risco de cada método”), entre outros (PIVETTA, 20014, p. 44).

Por outro lado, como manifestação da função prestacional em sentido amplo do direito à saúde, o Estado deve implementar diligências protetivas e providenciar garantias à participação do cidadão na formação da vontade estatal no que se refere ao direito à saúde. O desempenho missão protetiva da função prestacional do direito à saúde pode ser observado, por exemplo, na atuação da vigilância sanitária, que tem a função de inibir condutas de particulares que sejam nocivas à saúde pública. Para exemplificar as medidas de proteção do

direito à saúde promovidas pelo Estado, Pivetta (2014, p. 44) menciona a regulamentação do uso da propriedade quando se obriga “o proprietário de terreno baldio a mantê-lo limpo, de modo a evitar a proliferação de transmissores de doenças.” Se considerarmos o atual momento da saúde pública, em que um surto de viroses transmitidas pelo mosquito *Aedes aegypti* é o centro das preocupações das autoridades sanitárias a nível nacional e internacional, em especial com relação à infecção pelo zika vírus, que pode ser responsável pela sensível elevação dos casos de microcefalia, esse simples exemplo é capaz de demonstrar a dimensão da relevância da função prestacional do direito à saúde em seu aspecto protetivo.

Deve também, o Estado, ao constituir as organizações e procedimentos de viabilização da proteção ao direito à saúde, garantir espaço para a participação popular neste processo. Para demonstrar este viés, Pivetta (2014) assinala o próprio texto constitucional que, em seu art. 198, inciso III, determina a participação da comunidade como uma das diretrizes do Sistema Único de Saúde.

Por derradeiro, se faz necessário o encaixe em situações casuísticas da função prestacional do direito à saúde em sentido estrito. Isto é, o desdobramento do direito à saúde no direito a prestações materiais positivas por parte do Estado. Tais prestações tem natureza fática e se destinam a assegurar ao cidadão o acesso aos bens e serviços de saúde. Para Ingo Sarlet (2007, p. 8) esse acesso se viabiliza a partir de políticas públicas que concretizem o direito à saúde na amplitude que lhe foi dada pela Constituição e que se materializam em serviços “(...) tais como atendimento médico e hospitalar, fornecimento de medicamentos, realização de exames da mais variada natureza, enfim, toda e qualquer prestação indispensável para a realização concreta deste direito à saúde.”

Como supramencionado, esta última faceta do direito à saúde é a mais problemática quando se analisa a efetividade deste direito fundamental conforme a Constituição da República. Boa parte das dificuldades se apresenta em razão das imprecisões ou lacunas legislativas no que diz respeito ao direito à saúde, pois, ainda que se lhe reconheça a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, não se pode ignorar sua natureza programática especialmente com relação à dimensão prestacional em sentido estrito. Oportuno, então, o posicionamento de Saulo Lindorfer Pivetta (2014, p. 45) sobre o tema, quando preconiza o seguinte:

É imenso o rol de ações às quais se vincula o Estado e, especialmente, a Administração Pública. Nem todas estão normatizadas de maneira explícita, seja mediante lei formal, seja por meio de regulamentação administrativa. Aqui reside um dos principais problemas em relação à efetividade do direito à saúde, ou seja, como definir quais prestações estariam englobadas pelo direito à saúde – apenas

seriam sindicáveis aquelas definidas expressamente pelo legislador ou por ato normativo da Administração Pública? A sindicabilidade desse direito restringir-se-ia apenas a tais conteúdos?

Sobre estas questões debruçar-se-á este ensaio nos tópicos subsequentes. Os óbices à compreensão do direito fundamental à saúde em sua dimensão prestacional, em sentido estrito, não podem ser suficientes para que se lhe negue eficácia jurídica e eficácia social. Por mais espinhosa que seja a tarefa, a vontade e as finalidades da Constituição devem ser preservadas e todos os esforços devem ser empreendidos em direção à devida concretização deste direito fundamental tão caro e essencial ao gozo da vida quanto mais próximo possível da plena dignidade.

3.2 Disciplina jurídico-constitucional do Direito Fundamental à Saúde

3.2.1 O conteúdo supostamente indeterminável do Direito à Saúde

Reconhecida a fundamentalidade dos direitos sociais, dentre os quais se insere o direito à saúde, afirmar serem as normas que definem estes direitos dotadas de aplicabilidade imediata, conforme o que preceitua o art. 5º, § 1º da CRFB/88, é a aferição de onde decorrem algumas das consequências dogmáticas mais espinhosas relativas ao tema. As razões para a constatação da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos sociais já foram verificadas em item anterior (2.3.2). Neste tópico será enfrentada a abrangência da aplicabilidade imediata, especialmente em relação ao direito à saúde, e sua correlação com a definição – ou indefinição – do conteúdo deste direito fundamental. O cerne da questão pode ser formulado a partir do seguinte questionamento: a atuação do legislador será sempre imprescindível para que as normas-veículo do direito fundamental-social à saúde gerem direitos subjetivos a seus titulares? Como abordado anteriormente, é possível atribuir aplicabilidade imediata às normas definidoras de direitos sociais sem que, com isso, se lhes negue um caráter programático. A necessidade da atividade legislativa para conferir maior densidade ao conteúdo dessas normas – frise-se: conferir maior densidade a um conteúdo existente que pode ser aferível – não faz dos direitos nelas contidos menos fundamentais. Consoante a este entendimento é a posição de Pivetta (2014, p. 50-51), que segue:

De qualquer forma, ainda que exijam intermediações regulamentadoras, as normas de direitos fundamentais permanecem vinculantes, *dirigentes*, de modo a impor obrigações aos Poderes do Estado a adoção de medidas que ampliem a extensão de aplicabilidades daqueles direitos. As normas definidoras de direitos fundamentais não são, portanto, de natureza *meramente* programática. (...) Esse entendimento parte do pressuposto da natureza principiológica do disposto no art. 5º, § 1º da

CF/1988, impondo, portanto, um mandado de otimização dirigido ao Estado, para que seja conferida a máxima eficácia aos direitos fundamentais. Assim, e partindo da diferenciação de Robert Alexy entre princípios e regras, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais não pode ser considerada sob o viés do *tudo ou nada* (típico das normas-regra), de modo que será necessário analisar o caso concreto para saber se a norma é apta à produção do efeito reclamado.

Se ao próprio dispositivo constitucional que trata da aplicabilidade das normas que definem os direitos fundamentais se reconhece uma natureza principiológica, o mesmo se pode inferir em relação às normas definidoras destes direitos em si. Se inscritos em normas inseridas na categoria das normas-princípio, os direitos fundamentais também devem ser entendidos como mandados de otimização e a verificação de sua exigibilidade, no caso concreto, também não segue a premissa do “tudo ou nada” e submeter-se-á a avaliações ponderativas. Assim, afirmar que o direito à saúde não é exigível por que não é determinável, é incorrer no equívoco de limitar sua incidência à condição de norma-regra, olvidando-se o inegável caráter principiológico das normas que o definem. É imperioso, porém, advertir que a atividade legislativa, neste mesmo contexto, exerce papel importantíssimo. Se é possível, a partir da própria hermenêutica constitucional e da abertura inerente às normas definidoras de direitos fundamentais, afirmar a existência de um conteúdo material ao direito à saúde, a partir da atuação do legislador ordinário este conteúdo se torna ainda mais robusto, tendo seu grau de determinabilidade consideravelmente ampliado. Mais uma vez são oportunas e proveitosas as lições de Saulo Lindorfer Pivetta (2014, p. 58), quando aduz o seguinte:

Não se discorda que a atividade do legislador ordinário é essencial para aumentar a *densidade normativa* do direito à saúde, colaborando assim para a explicação dos conteúdos que integram a norma, em relação às diversas funções que pode exercer (como direito de defesa ou como direito a prestações). (...) Contudo, deve-se ressaltar que a falta de rigorosa determinabilidade não significa que o direito encontra-se à livre disposição do legislador – ademais, como assevera Jorge Reis Novais, “um direito na disponibilidade e dependência da decisão do legislador ordinário, um direito não constitucional em sentido formal ou, pelo menos um direito não diretamente aplicável logo a partir de sua consagração constitucional (...) não seria, por definição, um direito fundamental.” Assim, a relevância da atividade conformadora da legislação ordinária não esvazia o conteúdo jusfundamental e a aplicabilidade imediata do direito à saúde (PIVETTA, 2014, p.58 *apud* MENEZES, NOVAIS, 2010, p. 142-143).

Sobre a abertura de que são dotadas as normas constitucionais referentes ao direito à saúde, uma outra observação é imprescindível. A intenção do constituinte – que almejou a máxima concretização possível do direito à saúde – ao consagrar este direito fundamental na Constituição nas condições em que se apresenta, certamente, não era de restringir sua aplicabilidade e seu conteúdo inviabilizando sua efetividade. Muito pelo contrário. O direito à saúde, para sua materialização, está impreterivelmente vinculado a

fatores cuja prévia determinação é impossível. Dentre estes fatores podem ser citadas: as inovações tecnológicas; os progressos da medicina; mudanças na estrutura da sociedade, como a elevação da expectativa de vida, entre outras. Com esse posicionamento, o que se pretende inferir é o seguinte: se o Constituinte originário pudesse prever, com razoável grau de certeza ao menos as premissas destes fatores, de certo eles estariam estampados em todas as cores e formas possíveis no texto constitucional. É dizer, a forma como o direito à saúde foi constitucionalizado em 1988 não tem outra finalidade senão a de possibilitar uma adaptação social do Direito Sanitário à realidade que este vincula sem, com isso, tornar obsoleta a Constituição. Corroborando este entendimento, o posicionamento que segue:

Desse modo, a relativamente baixa densidade normativa do conteúdo constitucional do direito à saúde não pode ser compreendida como baixo nível de vinculação jurídica: pelo contrário, a natureza principiológica da norma é condição para que sua realização e proteção alcancem níveis adequados, de acordo com as peculiaridades e as especificidades de cada região e a partir das ações e serviços de saúde existentes em um dado momento histórico. (...) Os direitos fundamentais são insculpidos, em geral, em normas de natureza principiológica, de maneira que, de sua redação no texto constitucional, apresentam uma exigibilidade *prima facie*. Os comandos definitivos, de alta densidade normativa, apenas podem ser verificados no caso concreto, seja pela existência de uma norma-regra que já especificou o conteúdo do direito, seja mediante a submissão da norma-princípio à atividade interpretativa, de modo que, amparado por modelos teórico-normativos consistentes se obtenha uma razão definitiva de decidir (PIVETTA, 2014, p. 59-60).

De outra sorte, outro entrave à delimitação do conteúdo do direito à saúde é, reiteradamente, apontado por parte da doutrina. Trata-se da chamada *reserva do financeiramente possível*. Este tema, especificamente, será objeto de análise detalhada em momento posterior. Contudo, adianta-se aqui que a posição daqueles que sustentam, com este fundamento, a indeterminabilidade do direito à saúde consistem na afirmação de que, em virtude da dimensão prestacional deste direito, que o vincula à exigência de prestações materiais que demandam recursos financeiros para sua realização, não é possível aferir, a partir do texto constitucional, a parcela do bem jurídico que integra a esfera jurídico-subjetiva do cidadão. Sucede que, em razão da relação de estrita dependência do direito à saúde com o próprio direito à vida, bem como em função do elo indissociável da dignidade da pessoa humana – fundamento da República, segundo a Constituição – como a noção de mínimo existencial, apenas em situações excepcionais e objetivamente comprovadas, a reserva do possível constituirá óbice à exigibilidade do direito à saúde (CLÉVE, 2011).

A partir do panorama, não se questiona a importância da atuação do legislador ordinário para a corroboração do conteúdo do direito à saúde. Deve se reconhecer, ainda, que a legislação infraconstitucional integra, inclusive a jusfundamentalidade deste direito, por

questões de integração normativa. O que se pretendeu com a análise, entretanto, foi demonstrar que do próprio texto da Constituição da República de 1988 é possível extrair ingredientes para uma delimitação razoável da abrangência normativa do direito à saúde, de modo a se identificar direitos originários a prestações dos quais é titular o cidadão em sua esfera jurídico-subjetiva. O direito fundamental à saúde é expressamente consagrado no art. 6º da CRFB/88, no capítulo dedicado aos direitos sociais. Entretanto, seu conteúdo ganha força e densidade normativa constitucional no que dispõem os arts. 196 a 200 da Carta Magna, dispositivos dos quais se pode, sinteticamente, depreender o que fora aduzido nas linhas subsequentes:

Assim, conclui-se que as condutas positivas do Estado devem abranger: (i) prestações preventivas (ou seja, devem ser adotadas medidas que evitem a proliferação de doenças e outros males que possam afetar negativamente a saúde dos cidadãos – trata-se, em suma, dos *deveres de proteção*); (ii) prestações fáticas materiais (que consistem no fornecimento dos bens que viabilizem não só a cura de enfermidades – “recuperação” da saúde – mas também a adoção de condutas que incrementem a qualidade de vida da população); (iii) ainda, o conteúdo dessas prestações fáticas materiais deverá ser pautado pela diretriz do atendimento integral (adiante-se que tal diretriz não significa que toda e qualquer prestação material encontra-se abarcada pelo direito à saúde) (PIVETTA, 2014, p. 66).

Assim, a partir das disposições constitucionais, se pode dizer, por exemplo, que é possível constatar o direito do cidadão ao fornecimento de medicamentos. Existe um direito-subjetivo-público constitucional com conteúdo razoavelmente delimitado. Este conteúdo, entretanto, se torna mais robusto e melhor aferível (até para fins de verificação de adequação/inadequação ou suficiência/insuficiência das prestações) a partir da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (Rename) elaborada pelo Ministério da Saúde. A Constituição, portanto, fixa um conteúdo básico ao direito à saúde, de modo que este pode ser, no máximo, considerado parcialmente indeterminado, porém, exigível a depender das condições do caso concreto e dos princípios constitucionais. A abrangência do conteúdo mínimo do direito à saúde, conforme o estabelecido na Constituição, será objeto do último capítulo do trabalho quando da análise das restrições à aplicabilidade e exigibilidade deste direito fundamental.

3.2.2 O Direito à Saúde na Constituição da República de 1988

O direito fundamental à saúde foi inscrito no texto da Carta Republicana de 1988, em um primeiro momento, no art. 6º que consta no Capítulo II (dedicado aos direitos sociais) do Título II que trata dos direitos e garantias fundamentais. Desta disposição normativa inicial, decorre a compreensão do direito à saúde enquanto direito fundamental-social. Em pó, a Constituição dedica ao direito à saúde todo um capítulo (arts. 196 a 200), compreendido no Título da Ordem Social. O referido capítulo é inaugurado pelo art. 196 da CRFB/88, que anuncia o direito à saúde como um direito de todos e dever do Estado que deve ser garantido mediante a implementação de políticas públicas de caráter prestacional, com natureza promocional, preventiva e curativa, seguindo algumas orientações vinculativas, *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, proteção e recuperação (grifo nosso).

Com assente no tratamento dispensado pelo constituinte ao direito à saúde, é possível atestar que o referido direito social recebeu proteção constitucional especial – no mínimo, singular. De fato, as garantias conferidas ao direito à saúde, por sua estreita associação ao direito à vida, demonstram apreço e reverência à dignidade da pessoa humana, valor expressamente consagrado na Constituição da República. Como mencionado em item anterior (3.1.1), o conceito contemporâneo de saúde, acompanhando a senda do Direito Internacional, evoluiu e passou a ser concebido como a busca constante do completo bem-estar físico, mental e social do indivíduo, de modo que não é mais compreendido com a mera ausência de doença. Assim, as diretrizes com relação à saúde impostas ao Estado lhe incumbem do dever de viabilizar o acesso à população de tratamentos que, caso não assegurem a cura da enfermidade, ao menos, possibilitem uma melhor qualidade de vida. Sobre a hermenêutica constitucional que deve ser aplicada ao referido dispositivo – art. 196 – já decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 271.286-RS, de relatoria do Min. Celso de Mello, consolidando o seguinte entendimento¹:

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa

¹ STF - RE-AgR: 271286 RS, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 12/09/2000, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409

constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Mais adiante, o art. 197 informa que as políticas sociais e econômicas de saúde, materializadas por meio de ações e serviços estatais, são de relevância pública. Sobre este sentir constitucional, são oportunas as lições de Carvalho e Santos (2007, p. 317), aduzindo que tratar a “saúde como um estado de bem-estar prioritário, fora do qual o indivíduo não tem condições de gozar outras oportunidades proporcionadas pelo Estado, como educação, antecipando-se, assim, à qualificação de ‘relevância’ que a legislação infraconstitucional deverá outorgar a outros serviços públicos e privados (...)” Aos finais de sua redação, o art. 197 não suprime a participação de terceiros na efetuação de ações e serviços relativos à saúde.

Por sua vez, o art. 198 da CRFB/88 determina que essas ações e serviços públicos concretizadores do direito à saúde, devem integrar uma rede que componha um sistema único, organizado de maneira regionalizada e hierarquizada. O dispositivo em referência nada mais é que a previsão constitucional do SUS – Sistema Único de Saúde. Um tanto mais à frente, o art. 200 da CRFB/88 fixará, em seus incisos, as competências atribuídas ao SUS. As prescrições normativas extraídas destes dois dispositivos constitucionais não serão pormenorizadas neste momento, tendo em vista que, ao final deste capítulo, todo um tópico será dedicado ao Sistema Único de Saúde.

Por derradeiro, o art. 199 da Carta de 1988 determina que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada. Por ora, pode ser adiantado que o dispositivo se refere à chamada saúde suplementar – que deverá ser exercida como função de complementariedade ao Sistema Único de Saúde. Outrossim, como o que foi dito com relação aos dispositivos anteriores, maiores esclarecimentos são, ao menos neste momento, dispensados, uma vez que a saúde suplementar também encontrará lugar específico de análise ao longo deste ensaio.

3.2.3 Políticas Públicas e o Direito à Saúde no âmbito infraconstitucional

Muito já se falou a respeito da fundamentalidade do direito social à saúde, bem como de sua dimensão prestacional. É dado, então, o momento de se fazer apontamentos com relação à maneira através da qual o constituinte determinou sua concretização, isto é, a elaboração e execução de políticas públicas – art. 196 da CRFB/88. A imprescindibilidade da realização de políticas públicas para uma aproximação, tanto maior quanto possível, da concretização do direito à saúde decorre do fato deste direito exigir condutas positivas do Estado e da máquina pública. No sentir de Ana Paula de Barcellos (2007, p. 11), “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.”

Isto porque a materialização da saúde na esfera jurídica individual do cidadão depende, muitas vezes, do desprendimento de recursos que vão além de suas possibilidades, razão pela qual a intervenção positiva do aparelho estatal é necessária e indispensável. É neste diapasão que a Constituição da República determina que as ações e serviços de saúde devem realizar as funções de prevenção, promoção, proteção, recuperação e atendimento integral. As políticas sanitárias alheias às linhas gerais prescritas serão inconstitucionais. Para uma abordagem suficientemente técnica do assunto, forçoso que se intente ao menos uma aproximação a um conceito adequado de “políticas públicas.” Como bem observa Vanice Regina Lírio do Valle (2009, p. 61) “a incorporação do conceito de políticas à matriz de raciocínio e aplicação da ciência jurídica se revela importante elemento de consolidação de um novo tratamento sistêmico dos misteres cometidos ao Estado, e dos respectivos mecanismos de concretização.” Assim, nas lições de Saulo Lindorfer Pivetta (2014, p. 100), um conceito ajustado de políticas públicas deve abranger três elementos, quais sejam:

- (i) políticas públicas são instrumentos de ação do Estado que se voltam à concretização dos objetivos traçados pela Constituição e pela lei; (ii) sua conformidade à Constituição pressupõe um adequado planejamento e uma efetiva participação popular; (iii) por meio delas é articulada a atividade administrativa, de modo a obter-se um resultado ótimo em relação ao fim a ser alcançado.

Com relação ao primeiro elemento mencionado, as políticas públicas devem ser entendidas como o aparelho político-jurídico de que dispõe o Estado para materializar os direitos de natureza prestacional. Por outro lado, do segundo elemento se infere que as políticas estatais devem ser planejadas – inclusive em questões orçamentárias – para que

alcancem a previsibilidade e transparência que viabilizarão um eventual controle. As políticas públicas devem, ainda, submeter-se à participação popular, elemento *sine qua non* para a gestão adequada da coisa pública e para a conservação da democracia. Por fim, a partir terceiro elemento, se reconhece que o viés prático das políticas públicas é conferido à função administrativa do Estado, que as executará segundo o regime jurídico que vincula a Administração Pública (o administrador público recebeu do constituinte uma série de “privilégios” jurídicos – como editar atos normativos, gerir o orçamento e formular parcerias – que lhe permitem alcançar o que se chama de *resultado ótimo* aos objetivos constitucionais).

Com relação ao planejamento, especificamente, algumas observações merecem acolhida especial. O arcabouço normativo das políticas públicas engloba variadas ramificações: disposições de ordem constitucional, legislativa e administrativa. Dentre as disposições administrativas que vinculam as políticas públicas, está o planejamento. São exemplos: o PND (Plano Nacional de Desenvolvimento); o PNE (Plano Nacional de Educação); e, com relação ao direito à saúde, o PNS (Plano Nacional de Saúde). A formulação do PNS é produto de ampla discussão entre diversos setores – juristas, gestores públicos, profissionais da área médica, organizações não governamentais, o próprio cidadão, etc. O último Plano Nacional de Saúde elaborado pelo Ministério da Saúde – e aprovado pelo Conselho Nacional de Saúde – é referente ao triênio 2012-2015. Não se trata de lei em sentido formal, no entanto, agrega as informações responsáveis pelo diagnóstico do estado da saúde pública no país e elenca as medidas mais adequadas à correção dos problemas identificados e ao alcance dos índices sanitários pretendidos (PIVETTA, 2014).

Para Eros Grau (1978), as disposições normativas que compõem o plano são meras *normas-objetivo*, e estabelecem apenas diretrizes e finalidades prioritárias, ao contrário das *normas de conduta*. Para o jurista, as normas contidas no plano vinculam o administrador, porém, estão estritamente sujeitas às alterações fáticas que podem acometer a Administração (limitações financeiras e situações emergenciais) e que, por serem imprevisíveis, podem levar as metas estabelecidas no plano à reavaliação. No que diz respeito a este ponto, Saulo Pivetta (2014) faz advertência no sentido de que, ainda que se considere as normas do planejamento como *normas-objetivo*, estas não são privadas de juridicidade. Dirigindo-se especificamente ao que concerne ao direito à Saúde, Pivetta aduz que o PNS especifica, fixando ações positivas (condutas) do Estado, as finalidades delineadas pela Constituição para o Direito à Saúde, estabelecendo – inclusive – prazos e resultados. De modo a elucidar de maneira mais apropriada o posicionamento acima colacionado, seguem as palavras do próprio autor:

Por isso, o Plano Nacional de Saúde, além de conter normas do tipo *normas-objetivo* (consubstanciadas, por exemplo, nas quatorze diretrizes apresentadas pelo Plano), igualmente possui normas que podem ser classificadas como *normas de conduta*, fixando assim diversas ações que devem ser promovidas para que as diretrizes sejam concretizadas. Embora não se trate de lei em sentido formal, ao elaborar o Plano, a Administração Pública gera nos cidadãos expectativas legítimas de que as ações efetivamente serão realizadas. Como decorrência do próprio princípio da moralidade, que compreende os deveres de previsibilidade, boa-fé e lealdade, o administrador público não poderá ignorar as normas por ele mesmo elaboradas. (...) Também há que se ponderar que a *capacidade normativa de contingência*, que confere certa *flexibilidade* ao gestor público, não pode ser fulminada, haja vista que modificações no panorama fático podem exigir a reprogramação das metas inicialmente entabuladas – o que, eventualmente acontecendo, deverá ser devidamente motivado. Isso não significa, de qualquer forma, que o Plano pode ser arbitrariamente manejado pelo Poder Público (PIVETTA, 2014, p. 116, grifos do autor).

Tecidas estas considerações sobre a estrutura normativa das políticas públicas, é oportuna a constatação de que, no âmbito infraconstitucional, o direito à saúde é resultado da conformação legislativa e administrativa das políticas sanitárias. É extremamente vasto o esqueleto normativo que disciplina as políticas públicas relativas à saúde. Dentre as disposições legislativas podem ser mencionadas as Leis nº 8.080/1990, Lei nº 8.142/1990, Lei 9.782/1999 e a Lei Complementar 141/2012. Dentre as disposições normativas administrativas, podem ser citadas as Portarias do Ministério da Saúde de números: 3.908/1998 (elencas diretrizes para atividade do SUS com relação à saúde do trabalhador); 2.715/2011 (que trata da Política Nacional de Alimentação) e 254/2012 (que disciplina o tratamento à saúde dos povos indígenas). Como se pode observar, há regulamentação para as mais variadas matérias específicas relacionadas ao direito à saúde e, como mencionado anteriormente (*item 3.1.1*) este aglomerado normativo compõe o chamado Direito Sanitário. A análise de todo este conteúdo, porém, foge às finalidades pretendidas neste trabalho, que se propõe a analisar a concretização do direito à saúde e das políticas que o materializam, sobretudo, sob um viés constitucional.

Entretanto, como a relação entre a Lei e a Constituição se tornou muito mais miscível a partir do neoconstitucionalismo, alguns destes diplomas normativos serão examinados ao longo deste ensaio, em especial os que serão introduzidos a seguir.

Têm maior relevância para o debate constitucional as Leis Ordinárias 8.080/1990 e 8.142/1990, assim como a Lei Complementar 141/2012. A Lei nº 8.080/1990 – Lei Orgânica da Saúde (LOS) – que trata das premissas para a prevenção, promoção recuperação e proteção da saúde a serem aplicadas nas ações e serviços públicos sanitários, bem como dispõe sobre a estrutura do SUS. A Lei nº 8.142/1990 trata sobre a participação popular no SUS e as transferências entre os entes federativos dos recursos a serem empregados nas ações

e serviços de saúde. Já a LC nº 141/2012, determina os índices mínimos a serem investidos em saúde por cada ente da federação.

A ampla maioria das políticas sanitárias se concentra – até mesmo por determinação constitucional do art. 198 da CRFB/88 – no âmbito do próprio SUS, que é objeto de muitas das prescrições contidas nas normas anteriormente mencionadas, que se destinam a estabelecer, com maior precisão, como deverá funcionar o referido sistema. Por esta razão, o próximo tópico do trabalho será destinado a abordar o Sistema Único de Saúde em todos os aspectos que o tornam instrumento de suma importância para a materialização do direito à saúde.

3.3 O Sistema Único de Saúde como mecanismo infraconstitucional de Concretização do Direito Fundamental à Saúde

3.3.1 Aspectos históricos do processo de implantação do Sistema Único de Saúde

Conforme o que aduz Luís Roberto Barroso (2008, p. 883), antes da inserção do Sistema Único de Saúde no direcionamento das políticas sanitárias no país – mais especificamente entre o final do séc. XIX e o começo do séc. XX – o direito à saúde era tratado a partir do chamado “modelo campanhista”, que restringia as ações de saúde ao combate de enfermidades epidêmicas. O modelo campanhista tinha mera função de controle, restando esquecida a dimensão promocional da saúde em detrimento de uma dimensão exclusiva de proteção geral. Na execução do referido modelo, segundo Saulo Lindorfer Pivetta (2014, p. 119), “não havia uma concepção de saúde ligada a qualquer conceito de qualidade de vida ou de proteção da dignidade da pessoa humana.”

Durante este período, portanto, os serviços sanitários eram dotados de um caráter notadamente preventivo, com especial destaque às campanhas de vacinação (cita-se o exemplo da erradicação da febre amarela no Rio de Janeiro na gestão de Oswaldo Cruz). As ações de caráter curativo eram limitadas, geralmente, à atividade de entes particulares – para os que pudessem pagar pelo serviço – das entidades filantrópicas, para aqueles que eram considerados indigentes. Somente a partir da década de 30 é que passaram a ser implantados alguns serviços de natureza curativa no sistema público. Foi criado o Ministério da Educação e Saúde Pública (predecessor do Ministério da Saúde, criado em 1953) e os Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAP's) que, durante a ditadura militar, foram unificados dando origem ao Instituto Nacional de Previdência Social (INPS). Posteriormente, como desmembramento do INPS, surgiu o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), que passou a ser responsável pela prestação de assistência à saúde dos associados da previdência, a partir de unidades públicas de tratamento ambulatorial e hospitalar e da contratação de serviços privados. Os serviços promovidos pelo INAMPS, entretanto, atendiam apenas os trabalhadores – frise-se: os trabalhadores da economia formal, isto é, com carteira assinada. A distribuição de recursos à assistência médica pelo INAMPS seguia uma lógica de proporcionalidade ao número de contribuintes da previdência por unidade da federação, de modo que as regiões com melhor desenvolvimento econômico tinham, por óbvio, estrutura sanitária melhor. Neste período, no que diz respeito à assistência médica, os brasileiros se dividiram entre os que tinham recursos para pagar pelos serviços de

saúde, os que tinham direito à assistência promovida pelo INAMPS e os que não tinham direito algum (SOUZA, 2003).

Na década de 70, especialmente com relação ao terceiro grupo supramencionado, a essência do modelo campanhista ainda era mantida no sistema público de saúde, haja vista que seguia priorizado o combate às epidemias (infecciosas e parasitárias). Diante deste cenário, a partir da mobilização dos departamentos de algumas universidades de medicina, teve início o chamado *Movimento Sanitário Brasileiro*. Com a associação aos setores sociais, o *Movimento Sanitário Brasileiro* se ampliou e foi o nascedouro do alcunhado *Movimento pela Reforma Sanitária*, que teve seu apogeu na VIII Conferência Nacional de Saúde, em 1986, e participou ativamente da Assembleia Constituinte, de modo a ocupar papel de destaque na própria previsão constitucional do SUS (CRFB/88 – art. 198) e na elaboração de seus princípios norteadores. Não se pode, contudo, afirmar que o *Movimento pela Reforma Sanitária* atingiu todos os fins que pretendia. A intenção era a implantação de um sistema de saúde integralmente público, entretanto, conforme a dicção do art. 197 da CRFB/88, o SUS abre espaços à atuação da iniciativa privada. Grande vitória, porém, é o que se extrai do teor do art. 196, que entende a saúde como “direito de todos e dever do Estado.” Para Pivetta (2014, p. 123), “tal dispositivo cristaliza o princípio da universalidade, que marca o sistema nacional público de saúde, distinguindo-o de todos os modelos constitucionais pretéritos.”

Ainda segundo o autor supracitado:

O SUS, apesar de não ser dotado de personalidade jurídica própria, representa o núcleo estruturante de todas as ações e serviços de saúde pública e, por meio de suas diretrizes, orienta e conforma todas as políticas sanitárias elaboradas e executadas pelo Estado, direta ou indiretamente. (...) Trata-se de uma estrutura complexa, que envolve a participação de vários órgãos da Administração Pública direta (como o Ministério da Saúde, Secretarias Estaduais e Municipais), de entes da Administração Indireta (como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, os hospitais universitários vinculados às universidades públicas), de pessoas de direito privado (como Organizações Sociais e hospitais filantrópicos), bem como dos Conselhos e Conferências de Saúde, que viabilizam a participação comunitária na formulação e gestão das políticas públicas sanitárias. (PIVETTA, 2014, p. 124-125)

O Sistema Único de Saúde, na forma como implantado pela Constituição da República de 1988 e pelos diplomas legislativos que o regulamentam (em especial as Leis 8.080/1990 e 8.142/1990), se trata de uma estrutura complexa e planejada para projetar as determinações do constituinte sobre saúde à realidade subjetiva do cidadão, além de munir o direito fundamental-social à saúde de maior densidade. O conceito de saúde extraído do art. 3º da LOS, inclusive, demonstra a amplitude da cobertura do SUS, quando entende que a própria organização socioeconômica do país é condicionada pelos níveis de saúde, que tem como

determinantes “a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais”, entre outros.

3.3.2 Diretrizes principiologicamente-estruturais e atribuições do Sistema Único de Saúde

As diretrizes contidas no art. 198 da CRFB determinam, ainda, que as ações e serviços de saúde devem constituir um sistema único e integrar uma rede de atendimento regionalizada e hierarquizada. Eis os três primeiros princípios informadores do SUS: unidade, regionalização e hierarquia.

O princípio da unidade, pelo que preceituam Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo (2009, p. 37), “significa que o SUS é um sistema único e unificado, característica pela qual o constituinte procurou superar as distorções dos modelos anteriores a 1988, em especial quanto à limitação da assistência à saúde somente aos trabalhadores com vínculo formal”, de modo que as desigualdades precedentes sejam corrigidas. Por rede de atendimento regionalizada se deve entender como aquela que organiza o sistema de acordo com as necessidades e demandas de cada região, segundo suas particularidades (que não consideram apenas aspectos geográficos, mas principalmente a complexidade dos problemas sanitários). Por outro lado, por rede de atendimento hierarquizada se deve entender aquela que organiza os serviços de saúde por escalonamento em níveis de complexidade, que – no SUS – se dividem em três graus: atendimento primário (atenção básica), atendimento secundário e atendimento terciário. Este modelo é, inclusive, o recomendado pela Organização Mundial de Saúde e pela Organização Panamericana de Saúde. Atendimento primário, além de ser o nível que gera os menores custos ao erário, funciona como uma espécie de porta de entrada para os demais estágios, tendo em vista que, em geral, é do atendimento primário que os pacientes são encaminhados para o secundário e terciário (PIVETTA, 2014). Segue, então, o art. 198 – em seus incisos – determinando que, além de uma rede regionalizada e hierarquizada, o SUS deverá garantir a integralidade dos serviços e sua descentralização, bem como a participação popular, como se verá a seguir.

Por sua vez, o princípio da descentralização encontra raízes constitucionais tanto no inciso I do art. 198, quanto no inciso II do art. 23 da CRFB/88. Enquanto o segundo estabelece a saúde como competência material comum – na modalidade de cooperação – dos entes federativos, o primeiro prevê expressamente a descentralização como diretriz do SUS, estabelecendo que cada esfera de governo deverá seguir uma direção única. A

descentralização, observe-se, não é conflituosa ao princípio da unidade. A execução das políticas sanitárias deve considerar, tanto quanto possível, a unidade de gestão privilegiada com a prestação. Entretanto, o direcionamento das decisões relativas a essas políticas deve ser conjunto, em razão da interdependência de interesses. Segundo Marlon Alberto Weichert (2004), a centralização excessiva acarretaria sérias dificuldades de gestão (por manter os órgãos estatais distantes da realidade concreta do cidadão) e, por outro lado, a responsabilidade exclusiva dos Estados e dos Municípios os sobrecarregaria, de modo a inviabilizar a prestação efetiva das políticas sanitárias. O art. 9º da Lei Orgânica da Saúde – LOS determina os órgãos responsáveis pelo direcionamento das políticas sanitárias em cada esfera de governo. No governo federal será o Ministério da Saúde, já nos governos estaduais e municipais serão as Secretarias de Saúde (ou equivalentes). Nos vários incisos do art. 16 da LOS, podem ser encontradas as competências da direção nacional do SUS que, em geral, se ocupa de função de coordenação e normatização. No parágrafo único desse dispositivo se encontra determinação de que, apenas em situações excepcionais, a União irá executar diretamente as ações de saúde. Já as direções estaduais, segundo o art. 17, deverão incumbir-se da promoção da descentralização aos Municípios, mediante auxílio técnico e financeiro, gerindo o sistema de alta complexidade e os laboratórios e, sendo responsável pela execução direta dos serviços apenas de maneira supletiva. As direções municipais, conforme determina o art. 18, serão responsáveis pelo planejamento, controle e organização da execução dos serviços de saúde. O que se observa dessa repartição de competências pode ser expressamente observado no art. 36 da LOS, que estabelece que o planejamento do SUS deverá ser ascendente, partindo da esfera municipal para a federal, gradativamente, compatibilizados os serviços sanitários com a disponibilidade de recursos. A LOS prevê, ainda, dois foros administrativos para avaliação conjunta, pelos entes federativos, dos aspectos operacionais do SUS. Trata-se da Comissão Intergestores Bipartite (CIB), integrada pelos gestores municipais e estaduais, e da Comissão Intergestores Tripartite (CIT), composta pelos gestores das três esferas. O Dec. 7.508/2011, ao regulamentar a LOS, estabeleceu, ainda, que as decisões conjuntas dos entes federativos sobre as ações e serviços sanitários deverão ser fixadas em um “Contrato Organizativo da Ação Pública da Saúde”, que é um dos instrumentos jurídicos que viabiliza a verificação de ilegalidades diante das omissões administrativas (PIVETTA, 2014).

Noutro giro, o inciso II do art. 198 da CRFB/88 prescreve, também como diretriz do SUS, a integralidade “com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais.” Enquanto isso, o inciso II do art. 7º da LOS especifica o conteúdo da integralidade, informando que esta deve ser “entendida como conjunto *articulado e contínuo*

das ações e serviços *preventivos e curativos, individuais e coletivos*, exigidos para *cada caso em todos os níveis de complexidade* do sistema.” Para fazer jus à diretriz de atendimento integral as competências do SUS foram estabelecidas no art. 200 da CRFB/88, cujo conteúdo é reproduzido quase em sua totalidade, e especificado pelo art. 6º da LOS.

Dentre as atribuições do SUS, conjugadas entre a CRFB e a LOS, destacam-se: a execução de ações de vigilância sanitária e epidemiológica; atenção à saúde do trabalhador; assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica; implementação de políticas de saneamento básico; vigilância nutricional; proteção do meio ambiente (incluído o do trabalho); participação na produção de medicamentos; fiscalização dos produtos e serviços de saúde; execução da política de sangue; fiscalização da produção, transporte, guarda de produtos tóxicos, psicoativos e radioativos; incremento do desenvolvimento científico e tecnológico na área da saúde. Pivetta ainda lembra (2014, p. 128) que a NOB 1/96 (Norma Básica Operacional do SUS), aprovada pelo Ministério da Saúde, organiza as atribuições e competências do Sistema Único de Saúde em três áreas: (a) assistência (atendimento individual e coletivo/hospitalar e ambulatorial); (b) intervenções ambientais (melhoria das condições sanitárias domiciliares, do trabalho e do meio ambiente em geral); (c) políticas externas à saúde (não são diretamente sanitárias, mas melhoram a qualidade de vida e, conseqüentemente, a saúde – moradia, emprego, educação, lazer, etc.).

A inclusão da diretriz de atendimento integral no SUS é um dos principais fatores responsáveis pela superação do antigo modelo campanhista, dada a abrangência qualitativa e quantitativa da cobertura do sistema. Esta conjuntura aliada ao conceito de saúde estabelecido no art. 3º da LOS – supramencionado no *item 3.3.1* – se aproxima em termos vivazes do conceito de saúde recomendado pela OMS – mencionado anteriormente no *item 3.1.1*. Entretanto, uma interpretação equivocada da integralidade deve ser, desde logo, afastada. Não raro, é possível observar afirmações no sentido de que, a partir da diretriz de atendimento integral, é correta a afirmação de que *toda e qualquer* prestação de saúde é *exigível* perante o Estado. Esta concepção se mostra equivocada já de início, se levado em consideração o fato de que a própria Constituição e a legislação conformadora do SUS ao fixarem as atribuições do Sistema de Saúde (inclusive para viabilização da concretização da diretriz da integralidade), delimitam o conteúdo do direito à saúde e estabelecem o nicho das condutas que podem ser exigidas. Outra incoerência desta posição pode ser identificada em questões de ordem lógica. Ora, entendida *qualquer* prestação de saúde como exigível, incorrer-se-ia na conclusão de que o direito à saúde é de conteúdo indeterminado, o que – por si – o tornaria inexigível (como demonstrado no item 3.2.1). Destarte, a inferência mais acertada, conforme

preconiza Pivetta (2014, p. 130) – e à qual se filia o presente trabalho – é aquela segundo a qual:

A integralidade, portanto, não significa que toda e qualquer prestação assistencial, em tese, integra o conteúdo do direito à saúde exigível do Estado. De modo que deve ser compreendida como a obrigação do Poder Público de amparado nos critérios estatuídos em lei e na Constituição (notadamente a partir de critérios epidemiológicos e científicos), formular políticas públicas que englobem as ações e serviços necessários à garantia da saúde física, mental e social de todos os cidadãos. (...) a legislação atinente adotou a chamada “medicina baseada em evidências”, que deve pautar a atuação do Poder Público na adoção de tratamentos e medicamentos a serem dispensados pela rede pública.

Assim, para o mencionado autor, ainda que a diretriz de integralidade abrace prestações preventivas (como a vacinação), interventivas (como consultas e cirurgias), farmacêuticas (como o fornecimento de medicamentos) e ressocializadoras (como o fornecimento de próteses e cadeiras de rodas) e tenha um conteúdo bastante amplo, não implica na obrigação do Estado de conceder a exata medida prestacional *desejada* pelo cidadão, “isso porque, como todo direito de natureza fundamental, o direito à saúde encontra-se sujeito às reservas de ponderação e do politicamente oportuno ou adequado.” É dizer, por exemplo, que o Estado não é obrigado juridicamente a conceder ao indivíduo tratamento no *melhor* hospital ou o medicamento *mais caro* quando houver similares menos custosos com os mesmos efeitos. Ainda no que concerne à diretriz de integralidade, é de extrema relevância que seja feita referência à determinação de incorporação de novas tecnologias pelo SUS e aos chamados “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas” – PCDT.

Os PCDT’s foram inseridos na regulamentação do SUS pela Lei 12.401/2011, que acrescentou os arts. 19-M a 19-U ao texto da LOS – para disciplinar o atendimento integral. No momento, dispensar-se-á atenção especial aos arts. 19-M e 19-N, conforme o aduzido por Saulo Lindorfer Pivetta (2014, p. 149) a seguir:

De acordo com o art. 19-M inserido na Lei Orgânica da Saúde, a integralidade consiste em: (i) “dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado” (inc. I); (ii) “oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde - SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.” (inc. II). Por outro lado, *os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas* são definidos como “*documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS*” (art. 19-N, inc. II da Lei 8.080/1990). [g.n]

Assim, os PCDT's nada mais são que os instrumentos previstos na legislação sanitária para racionalização e balizamento do atendimento integral na rede pública de saúde com base em critérios científicos e epidemiológicos. As ações e serviços de saúde, então, devem ser implementadas de acordo com as recomendações dos PCDT's. Os referidos documentos são, ainda, essenciais para a gestão adequada das políticas sanitárias pela Administração Pública. Senão vejamos:

(...) a prestação de serviços e fornecimento de medicamentos pelo sistema público não podem ser definidos casuisticamente, de acordo com as preferências do profissional de saúde ou do próprio paciente. Isso por dois motivos essenciais: (i) para assegurar a diretriz de universalidade do SUS, o tratamento ofertado em um caso específico deve ser disponibilizado a qualquer cidadão que tenha a mesma necessidade; (ii) a ausência de protocolos inviabilizaria qualquer planejamento logístico, diminuindo a eficiência da gestão administrativa das ações e serviços de saúde. Cabe ao Ministério da Saúde promover a incorporação, exclusão ou alteração dos PCDT, contando, para isso, com o apoio técnico da comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS (art. 19-Q da Lei 8.080/1990) (PIVETA, 2014, p. 150).

Sobre a incorporação de novas tecnologias (produto, tratamento ou procedimento) ao SUS, dois critérios devem ser observados: evidência científica de sua eficácia, efetividade e segurança; avaliação de custo-benefício. O tema, não raro, provoca certas animosidades em matéria de políticas sanitárias, dados os rápidos avanços da medicina. Porém, muitas vezes, pequenas alterações não transformam radicalmente os efeitos de um tratamento ou medicamento, de maneira que nem todas as inovações deverão acarretar alterações nos PCDT's.

A respeito da reconhecida e adequada conformação da integralidade pelos PCDT's e restrições à incorporação de novas tecnologias ao SUS, entretanto, uma postura cautelosa não pode ser olvidada, isto porque “toda padronização comporta exceções, de modo que certamente existem hipóteses em que os tratamentos e remédios elencados nos protocolos e diretrizes não sejam adequados a determinados casos médicos” (PIVETTA, 2014, p. 152). É esse o cuidado que muitas vezes é deixado de lado pelo gestor público de saúde ao interpretar a diretriz de atendimento integral, uma vez que a inteligência literal do art. 19-M da LOS não pode se sobrepor à garantia expressa no art. 198, II da CRFB/88. A interpretação mais ajustada aponta no sentido de que, *a priori*, os pacientes deverão ser tratados conforme o estabelecido nos PCDT's, entretanto se não existir previsão da doença no protocolo ou se as diretrizes previstas nesses documentos se mostrarem comprovadamente ineficazes ou insuficientes à sua recuperação, o Estado não se desobriga da prestação da política sanitária

adequada ao tratamento do indivíduo, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade por violação à diretriz da integralidade do SUS. Como indaga, novamente, Pivetta (2014, p. 155) “porque tutelar a saúde apenas daqueles cidadãos que são acometidos por moléstias previstas em protocolos e cujos organismos respondam satisfatoriamente às diretrizes terapêuticas?.”

Por derradeiro, mencionar-se-á a diretriz de participação popular no Sistema Único de Saúde, que encontra previsão constitucional no inciso III do art. 198 da CRFB/88. Segundo Mariana Figueiredo e Ingo Sarlet (2009, p. 39), diretriz de participação direta e indireta da comunidade se caracteriza “tanto no que respeita à definição, quanto relativamente ao controle social das ações e políticas de saúde.” Uma inferência, no que concerne à diretriz aqui abordada, se revela oportuna. A participação popular no Sistema Único de Saúde garantida constitucionalmente nada mais é que um reflexo da democratização do Estado Brasileiro empreendida pela própria Constituição em 1988, a partir do teor do art. 1º, *caput* e parágrafo único da Norma Fundamental. Nas palavras de Saulo Lindorfer Pivetta (2014, p. 138), “o projeto democrático constitucionalizado não se resume à possibilidade de escolha dos representantes por meio do exercício do direito de voto; mais que isso, o texto constitucional alberga a possibilidade do exercício direto da democracia.” Assim, a parcela participativa da democracia de que trata a Constituição da República – mais especificamente a partir da norma contida no parágrafo único do art. 1º – se associada à cláusula de abertura material dos direitos fundamentais contida no § 2º do art. 5º, permite ilação no sentido de considerar o direito de participação popular como direito fundamental. Tecidas essas considerações e no concernente à classificação dos direitos fundamentais, é dado o momento de mencionar que o direito à participação se enquadra, então, no subgrupo dos direitos à participação na organização e no procedimento, inseridos na categoria dos direitos a prestações em sentido amplo – segundo a classificação proposta por Alexy e Sarlet – e no *status activus* (ou da cidadania ativa) – segundo a classificação de Jellinek (*item 2.1.3*). Por conseguinte, verificar-se-á a partir do que foi, até então, aduzido que a participação popular no SUS é mais uma manifestação da multifuncionalidade do direito à saúde, dentro de sua dimensão prestacional.

Agora considerada em um viés mais prático, a participação da comunidade – porque aproxima a gestão da saúde à população – tem o condão de aprimorar as decisões do administrador, tornando-as verdadeiramente compatíveis às demandas sociais. Os mecanismos de efetivação da participação da comunidade no SUS foram disciplinados pela Lei 8.142/1990 que, regulamentando o art. 198 da CRFB/88, criou em seu art. 1º a Conferência de Saúde e o Conselho de saúde, dois foros de participação popular nas políticas sanitárias. A Conferência de Saúde, em conformidade ao § 1º do art. 1º da Lei 8.142/1990, se

trata de órgão composto por representantes dos vários segmentos sociais, cujas reuniões realizar-se-ão de quatro em quatro anos para avaliação dos indicadores da saúde no país e formulação de propostas de políticas sanitárias a serem implementadas em todas as esferas de governo (federal, estadual, distrital e municipal). Já os Conselhos de Saúde, de acordo com o § 2º, funcionam em caráter permanente e deliberativo, incumbindo-lhes a atuação na elaboração de estratégias e na fiscalização da execução das políticas sanitárias, na esfera de governo respectiva (federal, estadual, distrital ou municipal). Trata-se de órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, “cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo.” A título de exemplo na esfera federal (e como mencionado no *item 3.2.3*) o Plano Nacional de Saúde – PNS, elaborado pelo Ministério da Saúde, deve ser aprovado pelo Conselho Nacional de Saúde.

Nas lições de Pivetta (2014, p. 145), “a participação da comunidade mediante as Conferências e Conselhos de saúde é de grande importância para o processo de gestão das políticas sanitárias, em todos os seus momentos: formação, execução, controle e avaliação.” Assim, duas contribuições relevantes podem ser verificadas a partir da diretriz ora comentada: a) com as contribuições e sugestões da população, há uma otimização das prestações de saúde implantadas pelo Poder Público, também como consequência do próprio princípio da eficiência que vincula a Administração, e há uma aproximação à supremacia do interesse público; b) tem-se na participação da comunidade importante instrumento de fiscalização da atuação do gestor público da saúde, tanto no que concerne à qualidade e quantidade das políticas prestadas, quanto no que atine à correta destinação de recursos às ações de saúde.

3.3.3 Condições de financiamento do Sistema Único de Saúde

A definição das condições de financiamento do SUS na Constituição da República tem suas raízes no art. 194 e no § 1º do art. 198 do texto constitucional. Ali foram inseridas determinações no sentido de que as ações de saúde promovidas pelo SUS serão custeadas por recursos provenientes do orçamento da seguridade social dos entes federativos, além de outras fontes. Em pó, a EC n. 29/2000 prescreveu a obrigatoriedade da destinação de um percentual mínimo de recursos às ações e serviços de saúde, a partir da inclusão do § 2º do art. 198 à Constituição. Também incluso naquela oportunidade pelo constituinte derivado, o § 3º do mesmo dispositivo estabeleceu, ainda, que tais percentuais seriam fixados em Lei Complementar. Interessante também é a observação de que a “iniciativa de se vincular os entes federados a investirem recursos mínimos em saúde foi inspirada no modelo já adotado pela Constituição Federal em relação ao direito à educação” (PIVETTA, 2014, p. 157 apud AITH, 2007, p. 369).

No cenário desenhado pela Constituição para o financiamento do SUS, o art. 77 do ADCT regeu a distribuição de recursos para a saúde até o ano de 2012 quando, finalmente, foi editada a LC 141/2012 que disciplinou o § 3º do art. 198. O legislador infraconstitucional, porém, não atraiu avanços sensíveis à matéria. O texto aprovado pelo Congresso Nacional conservou a prescrição do ADCT que vinculava a União à destinação do valor aplicado no exercício anterior, acrescentada a variação nominal do PIB relativo ao período. Quanto aos demais entes federativos, também foram mantidos os percentuais fixados inicialmente pelo ADCT (12% para os Estados e para o DF; 15% para os Municípios). Assim, resta óbvio que, especialmente com relação à União, a LC 141/2000 pode ser considerada um retrocesso e, inclusive, denunciada por ser eivada de inconstitucionalidade por omissão. Da própria redação do inciso I do § 3º do art. 198 pode ser extraída essa inferência. Senão vejamos: “Lei Complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá os *percentuais* de que trata o § 2º” (*g.n.*). Ora, se com relação aos demais entes federais, cujos percentuais previstos pelo ADCT foram mantidos, não houve avanços, com relação à União está patente a inconstitucionalidade, haja vista que o comando constitucional é no sentido de que seja *fixado* um percentual mínimo e, ignorando esta incumbência, o legislador apenas apontou como base de cálculo o montante aplicado no exercício financeiro predecessor. Nos moldes em que foi implantada, a conformação legislativa do financiamento do SUS, que deixou empreender a otimização – diga-se: esperada pelo constituinte – dos recursos aplicados à saúde pela reunião dos esforços de todos os entes federativos, acabou sobrecarregando sobremaneira os elos mais

vulneráveis – em termos orçamentários da Federação. Corroborando este entendimento são lições de Mapelli Júnior, Mário Coimbra e Yolanda A. P. Serrano de Matos (2012, p. 36) quando advertem que “a União continua a repassar cada vez menos recursos ao SUS, recusa-se a regular no Dec. 7.508/2011 os repasses aos outros entes federados, e Estados, Distrito Federal e Municípios continuam sobrecarregados, estes últimos muitas vezes à beira de um colapso orçamentário.”

Como mencionado no item anterior do trabalho, o art. 36 da LOS estabelece que o planejamento estrutural do SUS deverá ser um processo ascendente, partindo da esfera municipal para a federal, gradativamente. Essa verticalidade, de baixo para cima, das atribuições com relação aos entes federados é, de certa forma, incoerente com a forma de financiamento do sistema público de saúde do país. É o panorama apresentado pelo Professor Herberth Figueiredo na obra “Saúde no Brasil: Sistema Constitucional Assimétrico e as interfaces com as políticas públicas” publicada no ano de 2015. Explica-se. Os Municípios, os Estados e o Distrito Federal concentram a parcela mais extensa – e mais custosa – das atribuições de execução direta das políticas sanitárias, enquanto a União concentra, predominantemente, funções de controle e normatização. Por outro lado, as obrigações quanto às parcelas de financiamento do SUS correspondentes a cada um dos entes federados, pelo que foi demonstrado até aqui, são incompatíveis com as respectivas capacidades de arrecadação e com a distribuição de competências para promoção da saúde, o que revela uma disparidade que, de certo, compromete a qualidade da rede pública.

Não se nega que a má (e, não raro, criminosa) gestão dos recursos públicos, assim como as deficiências de profissionalização na Administração Pública, tem ligação direta com os déficits qualitativos e quantitativos dos serviços públicos de saúde. Entretanto, é fato que a problemática central das mazelas da rede pública de saúde brasileira se deve às insuficiências relativas ao subfinanciamento do SUS. Dados levantados pelo último levantamento realizado pelo IBGE na Conta-Satélite de Saúde, referente aos anos de 2010 a 2013 e divulgado em dezembro de 2015, apontam que foram investidos em saúde R\$ 424 bilhões (8,0% do PIB). Desse total, apenas R\$ 190 bilhões (3,6% do PIB) corresponderam a recursos dependidos pelo Estado, enquanto R\$ 234 bilhões (4,4% do PIB) advieram de recursos privados, em especial os direcionados aos planos de saúde. Entretanto, evidenciando a escassez de recursos despendidos à saúde pública no Brasil a OMS recomenda, para países que aderiram a sistemas de cobertura universal – como o nosso –, uma aplicação mínima de 6,5 % do PIB pelo poder

público². Segundo a pesquisa, a média de investimento público em saúde em outros países da América, é bem superior aos índices brasileiros, o que se agrava quando considerado o fato de que 75% da população do país depende exclusivamente do SUS. Enveredando em breve avaliação do panorama apresentado, uma simples e grave dedução vem à tona. Enquanto a imensa maioria dos brasileiros acessa uma rede (a pública) custeada por apenas 45% da totalidade dos recursos investidos em saúde no país, uma parcela ínfima da população tem acesso a uma rede (a privada) financiada por 55% destes recursos. No entendimento de Saulo Lindorfer Pivetta (2014, p. 162-163):

(...) deve vir da União, que tem reduzido sua participação no financiamento da saúde, com sobrecarga para Estados e Municípios. De acordo com levantamentos da economista Sulamis Dain, entre 2000 e 2008 a União diminuiu sua parcela de investimentos em saúde, passando de 60% para 46%. No mesmo período, os Estados subiram de 18,5% para 24,5%, enquanto os municípios aumentaram de 22% para 30% do financiamento da saúde pública no Brasil. (...) Um sistema subfinanciado obviamente vai gerar inúmeros problemas. Em levantamento do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) sobre a percepção social da população em relação aos serviços do SUS, constatou-se que os principais itens que devem ser melhorados são a diminuição do tempo de espera para atendimento, a falta de médicos especialistas, a variedade de medicamentos oferecidos, a falta de remédios. Certamente muitos desses problemas poderiam ser significativamente minorados com investimentos maiores em saúde: ampliação da rede hospitalar e dos postos de emergência, contratação de mais médicos, clínicos gerais e especialistas, aumento do número e da variedade de procedimentos realizados pelo SUS, ampliação do rol de medicamentos distribuídos, dentre outros.

A otimização da rede pública de saúde em questões de financiamento, portanto, depende da boa vontade das opções políticas do Poder Público. Entretanto, a Administração e o Legislador não podem deixar de considerar que a implantação de um sistema universal e integral é produto da vontade constitucional. Um sistema público adequado e minimamente satisfatório, adiantamos, é uma das alternativas à minoração das demandas de saúde levadas à apreciação do Judiciário, “além de consistir em medida amplamente inclusiva, capaz de tornar mais digna a vida de milhões de brasileiros (mais de 75% da população, diga-se de passagem)” (PIVETTA, 2014, p. 164).

De outra sorte, é inegável que pelo menos uma contribuição muito positiva foi instituída pela LC 141/2012. O art. 2º do referido diploma legislativo determina que somente serão consideradas como despesas com políticas públicas de saúde aquelas que se voltem à promoção, proteção e recuperação da saúde que atendam, simultaneamente, aos seguintes requisitos: a) se destinem às ações e serviços públicos de saúde com caráter universal; b)

² Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv95012.pdf> e <http://www1.paho.org/saludenlasamericas/docs/sa-2012-resumo.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2016.

estejam em harmonia com as diretrizes dos Planos de Saúde de cada ente federado; c) sejam *diretamente* relacionadas à área da saúde, não consideradas as despesas em questões apenas indiretamente relevantes à saúde, como as políticas direcionadas aos determinadores sociais (educação, lazer, emprego, etc.). Assim, segundo Pivetta (2014, p. 164), a LC aponta alguns gastos que “não podem ser considerados como ‘ações e serviços de saúde’, como aqueles realizados com pagamentos de aposentadorias e pensões de servidores da saúde, merenda escolar e outros programas alimentares, limpeza urbana e obras de infraestrutura.” Com essas determinações, se tem uma delimitação bem mais cristalina de quais são as políticas sanitárias inclusas no orçamento público destinado à concretização do direito à saúde.

3.3.4 Saúde Complementar e Saúde Suplementar: as contribuições da iniciativa privada no SUS

O sistema de saúde planejado pela Constituição da República não atribuiu exclusividade na prestação dos serviços de saúde ao Poder Público. Embora a rede sanitária tenha sido arquitetada para funcionar a partir de um financiamento designadamente público, a execução dos serviços pode ser empreendida tanto por entes públicos quanto por entes privados. Da inteligência do art. 197 da CRFB/88 se extrai determinação no sentido de que as ações e serviços de saúde “são de relevância pública”, entretanto sua execução poderá ser realizada “diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.” O cuidado do constituinte ao destacar a relevância da saúde no referido dispositivo se deve à constatação da imprescindibilidade de que, mesmo quando prestados por particulares, os serviços de saúde estarão sujeitos à intensa intervenção estatal, em aspectos de fiscalização, regulamentação e controle. Como exemplo da intervenção do Estado na rede privada de saúde, pode ser citada a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, que será mencionada novamente em momento próximo.

A partir das disposições constitucionais, a prestação dos serviços de saúde poderá ser realizadas de três formas, quais sejam: diretamente pelo Estado, através da Administração Pública; indiretamente, ainda pelo Estado, porém por meio de participação da iniciativa privada no SUS de maneira *complementar*; e diretamente pela iniciativa privada de maneira *suplementar* sob regime de direito privado (porém, ainda sujeito à rigorosa fiscalização e regulamentação estatal).

Sobre a participação indireta do Estado na prestação dos serviços públicos, isto é, a saúde complementar o § 1º do art. 199 da CRFB/88 determina o que segue:

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.

Nessa hipótese os entes privados poderão prestar serviços de saúde sob o regime de direito público. É dizer, sujeitar-se-ão a todas as vinculações impostas pelas diretrizes e disposições normativas aplicáveis ao poder público pelo Sistema Único de Saúde. Merece destaque também a opção do constituinte por restringir a participação privada na Saúde Complementar às entidades filantrópicas e sem fins lucrativos. Por outro lado, pelo que se expôs até aqui, é possível verificar que a Constituição não traçou limites claros o suficiente para definir limites de abrangência à noção de complementariedade. Isto é, pelo simples exame dos dispositivos constitucionais, não é possível definir exatamente quais serviços de saúde poderão ser realizados pela iniciativa privada dentro do SUS. Entretanto, uma interpretação pode ser desde logo descartada, qual seja: a de que a prestação indireta destes serviços pelo poder público, por intermédio de particulares, possa se sobrepor a prestação realizada de maneira direta pelo Estado. Isto por questões puramente lógicas, haja vista que a complementariedade é da iniciativa privada com relação ao poder público e não o oposto.

O legislador ordinário inseriu previsão da Saúde Complementar na Lei Orgânica da Saúde (Lei n. 8.080/90) por meio do art. 24, cuja redação indica que quando as disponibilidades da rede pública 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.” Após, segue o dispositivo, em seu parágrafo único, reproduzindo o comando constitucional do § 1º art. 199 da CRFB sobre a forma em que se dará esta modalidade de participação da iniciativa privada no SUS, que é a celebração de contratos ou convênios com o Poder Público. Sobre as eventuais dúvidas que possam decorrer da disciplina constitucional do tema, a legislação infraconstitucional trouxe contribuição muito importante ao condicionar a complementariedade da prestação privada à prestação pública dos serviços de saúde às situações em que as disponibilidades da rede pública forem “insuficientes para garantir a cobertura assistencial.” Fica mais clara, então, a natureza subsidiária da saúde complementar no Sistema Único de Saúde. Saulo Lindorfer Pivetta (2014, p. 187) traz interessante exemplo para ilustrar este cenário, enunciando que:

Seria o caso, por exemplo, de hospital filantrópico de reconhecida excelência em ortopedia. Nessa hipótese, a rede pública de atendimento deverá funcionar normalmente, cabendo a realização de convênio ou contrato específico para atendimentos e procedimentos relacionados àquela área médica específica, em que

se verifica carência na estrutura pública. Ainda, se o ente público dispuser de ortopedistas em seu quadro de pessoal, o acordo com o ente privado deverá ser circunscrito aos procedimentos que não puderem ser realizados de maneira plenamente satisfatória pelos servidores públicos. (...) Se houver apenas um ente privado capaz de prestar o tal serviço com destreza, será possível inclusive sua contratação mediante inexigibilidade de processo licitatório. Isso não significa, no entanto, que a gestão das políticas sanitárias estará sujeita à livre apreciação do administrador: este tem o dever de estruturar a rede pública de saúde, por se tratar de competência vinculada, devendo motivar expressamente a eventual necessidade de socorrer-se à iniciativa privada.

Já a prestação dos serviços de saúde pela iniciativa privada sob regime de direito privado é alcunhada de Saúde Suplementar. Por esta simples afirmação, uma primeira inferência é indispensável: a saúde suplementar, a priori, nada tem a ver com o SUS. Certas atividades econômicas são elencadas na Constituição da República como deveres do Estado, entretanto sua execução não descartam a iniciativa privada. Reiteradamente, a educação e a saúde são apresentadas como exemplos dessas atividades econômicas, os chamados serviços públicos de titularidade não exclusiva do Estado. Quando prestados por entidades privadas, a estes serviços será, como foi dito, aplicado o regime de direito privado. Entretanto, merece ser feita a ressalva de que não se trata de regime integralmente privado, uma vez que a presença estatal continua sendo vigorosa, especialmente, com atuações fiscalizatórias e regulamentadoras.

Para Mariana Figueiredo e Ingo Sarlet (2009, p. 40), a Saúde Suplementar é, por definição, a hipótese na qual:

(...) a assistência é prestada diretamente pelas operadoras de planos e seguros de saúde, a partir da contratação pelo interessado na obtenção dos serviços, regulada pela Lei nº 9.656/98 e em conformidade às diretrizes (e fiscalização) da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). (...) Para além disso, resta a assistência prestada diretamente pelos profissionais da saúde, mediante consulta ou exame pago pelo próprio interessado, sujeita ao regramento comum dos prestadores de serviços, notadamente o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), e às exigências da vigilância sanitária.

Também com relação às prestações de saúde suplementar realizada pelos Planos e Seguros de saúde, se aplica a legislação consumerista. Isto porque a relação entre segurador e segurado é, antes de tudo, uma obrigação prestacional em termos de serviços, razão pela qual a proteção ao consumidor garantida pelo art. 5º, inciso XXXII da CRFB/88 incide sobre a hipótese. O que ocorre é uma “transposição da tutela protetiva, assegurada pela intervenção direta do Estado no mercado da assistência à saúde”, dada a natureza de indisponibilidade do bem que integra o objeto dos contratos celebrados entre o usuário e os planos de saúde, cuja finalidade é a manutenção de ações e serviços de saúde disponíveis ao contratante, de modo

que lhe sejam assegurados tratamentos e atendimentos quando se fizer necessário. A hipossuficiência característica das relações consumeristas, neste caso, se dá em razão de dois fatores: a) a vulnerabilidade individual do cidadão, uma vez que o direito à saúde condiciona a dignidade humana e o próprio exercício adequado dos demais direitos fundamentais; b) a vulnerabilidade inerente ao usuário nos contratos de seguro saúde que, em geral, são de longa duração e, não raro, objetos de práticas abusivas (FIGUEIREDO; SARLET, 2009, p. 41-42). São estas as razões pelas quais se faz imprescindível a intervenção estatal na Saúde Suplementar, e o reconhecimento desta necessidade se revela, também, pelo fato de ter o constituinte – no art. 197 – estendido o caráter de “relevância pública” aos serviços de saúde prestados por particulares, em regime complementar ou suplementar. Outra evidência, como mencionado anteriormente, foi a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS (autarquia comumente chamada de agência reguladora) para conformar as diretrizes normativas – em sede administrativa – e a fiscalização da atuação dos entes privados na saúde suplementar.

4 AS POLÍTICAS SANITÁRIAS E O ATIVISMO JURÍDICO NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: LIMITES E POSSIBILIDADES

4.1 Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e de vedação ao retrocesso como vetores para o controle das políticas públicas de saúde

Traçados, nos capítulos anteriores, os contornos pertinentes sobre a teoria geral dos direitos fundamentais, na intenção de justificar a fundamentalidade do direito social à saúde, e tecidos comentários sobre a disciplina constitucional e conformação legal relativas ao aludido direito, é dado o momento de concentrar esforços no propósito elementar deste ensaio, que é a concretização do direito fundamental à saúde a partir do controle jurídico das políticas sanitárias. De início, serão abordados os mais relevantes princípios conducentes e autorizadores deste controle, por determinação constitucional, que são: a dignidade da pessoa humana e a vedação ao retrocesso social. Antes que se trate direta e especificamente acerca de cada um destes princípios, é imperioso que seja ressaltado e destrinchado um fator de grande valia, que é a força normativa dos princípios.

Não é estranho ao conhecimento daqueles que enveredam em uma aproximação maior à teoria geral do Direito que o pós-positivismo foi e é o grande responsável pelo reconhecimento da força normativa dos princípios. Estes, se antes eram restringidos a ideologias e convicções jurídicas sem eficácia relevante, hoje integram o ordenamento jurídico na qualidade de norma, dirigindo uma reaproximação entre o direito e a moral. Nas lições de Luís Roberto Barroso (2010, p. 352):

Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios tiveram de conquistar o status de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas em geral e as normas constitucionais em particular enquadram-se em duas grandes categorias diversas: os princípios e as regras.

Assim, hodiernamente, para a teoria do direito, os princípios são considerados como parte integrante do sistema, inclusive, fundamentando-o. São dotados de função interpretativa, assim como de eficácia diretiva e derogatória com peso e circunstância, pelo que são tomados em iguais condições (é dizer, sem hierarquia) em relação às regras, ainda que sua subsunção ao caso concreto se dê de forma distinta (aos princípios não se aplica a sistemática do “tudo ou nada” e, sim, os juízos de ponderação (DWORKIN, 2002). Os princípios, ainda, podem ser classificados quanto à sua positivação em explícitos e implícitos. Quanto aos explícitos, não há maiores questionamentos, uma vez que o reconhecimento de

validade que lhes é dispensado é equivalente ao de qualquer outra norma jurídica positivada. Contudo, com relação aos princípios implícitos, maiores cautelas são sempre recomendadas dado o seu grau de abstração mais elevado, o que não significa, entretanto, que estes não sejam dotados de força normativa (ALEXY, 2012).

A respeito do tema, interessante é o posicionamento de Ana Paula de Barcellos (2002, p. 56), que segue:

Como já se mencionou, os princípios são normas jurídicas e, portanto, pretendem produzir determinados *efeitos concretos* que haverão de ser garantidos coativamente pela ordem jurídica. Se uma das particularidades dos princípios pode ser a indeterminação de seus efeitos, a partir de um núcleo básico, antes de saber como “garantir coativamente”, é preciso saber “o que” será garantido. Ou seja: é preciso saber que efeitos o princípio pretende produzir para, na sequência, apurar o que se pode exigir diante do Poder Judiciário de modo a garantir a realização desses efeitos.

Destarte, é a partir do panorama aqui delineado sobre os princípios para a teoria geral do Direito – em especial sobre a força normativa que lhes é atribuída – que serão tratados os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da vedação ao retrocesso social e sua relação com o controle jurídico das políticas públicas de saúde, como se verá nas linhas seguintes.

4.1.1 A correlação entre o direito à saúde e a dignidade da pessoa humana associada à noção de mínimo existencial

Em variados momentos foi brevemente mencionada, no decorrer do trabalho, a conexão entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, em especial o direito à saúde. Aqui, a dignidade da pessoa humana – princípio e valor fundamental da República (art. 1º, inciso III da CRFB/88) – e a relação supramencionada serão esmiuçadas com maior diligência. Pelo que preconiza Luís Roberto Barroso (2014, p. 72), “a dignidade humana se tornou um consenso ético essencial no mundo ocidental, reforçando a rejeição moral ao desastre representado pelo nazi-fascismo.” Contudo, segue enunciando o Ministro do Supremo Tribunal Federal que não há documentos jurídicos (de direito interno ou internacional) que forneçam um conceito, com premissas minimamente definidas, do que seja a dignidade da pessoa humana. É esta a razão pela qual estudiosos que se dedicam ao tema dispensaram (e seguem dispensando) valiosos esforços na formulação de uma definição da “dignidade humana.”

Enveredando na árdua tarefa de pôr em palavras o significado da referida expressão, tão cara à nossa Constituição, Ingo Sarlet (2006, p. 60) entende a dignidade humana como:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Com posicionamento muito similar, Barroso (2014, p. 72) sugere um conceito segundo o qual a dignidade humana “identifica 1. O valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como 2. A autonomia de cada indivíduo; e 3. Limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário).” Empós, o autor tece comentários a respeito da relação robusta e interligada entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, especialmente o direito à vida, ao afirmar que:

A dignidade humana e os direitos humanos (ou fundamentais) são intimamente relacionados, como as duas faces de uma mesma moeda ou, para usar uma imagem comum, as duas faces de Jano. Uma, voltada para a filosofia, expressa os valores morais que singularizam todas as pessoas, tornando-as merecedoras de igual respeito e consideração; a outra é voltada para o Direito, contemplando os direitos fundamentais. Esses últimos representam a moral sob a forma de Direito ou, como assinalado por Jürgen Habermas, “uma fusão do conteúdo moral com poder de coerção do Direito.” (...) Do valor intrínseco do ser humano decorre um postulado antinaturalista e outro antiautoritário. O primeiro se manifesta no imperativo categórico kantiano do homem como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas coletivas ou de projetos pessoais de outros; o segundo, na ideia de que é o Estado que existe para o indivíduo, e não o contrário. (...) No plano jurídico, o valor intrínseco está na origem de um conjunto de direitos fundamentais. O primeiro deles é o *direito à vida*, uma pré-condição básica para o desfrute de qualquer outro direito. A dignidade humana preenche quase inteiramente o conteúdo do direito à vida, deixando espaço apenas para algumas poucas situações específicas e controversas, como o aborto, o suicídio assistido e a pena de morte (BARROSO, 2014, p. 75-77).

Sobre a indissociabilidade do direito à vida ao direito à saúde já se manifestou, em julgado clássico, o próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 271.286-RS, de relatoria do Min. Celso de Mello³, consolidando entendimento

³ STF - RE-AgR: 271286 RS, Relator: CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 12/09/2000, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409

no sentido de que “o direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.” Assim, a partir das lições de Sarlet (2006) e Barroso (2014), bem como do posicionamento do STF, se pode chegar à seguinte inferência: se não se pode apartar o direito à saúde do direito à vida e, se este último é condição básica para a percepção real da dignidade humana, também o é o primeiro.

Isto posto, é dado o momento oportuno para se relacionar a dignidade humana a outra noção bastante cara ao direito à vida e ao direito à saúde, que é o mínimo existencial. Conforme o que aduzem Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo (2013, p. 19-20), o primeiro jurista renomado a defender a possibilidade de positivação de um direito subjetivo à garantia de recursos mínimos para uma existência digna foi o alemão Otto Bachof que, desde a metade do séc. XX, sustentava que “o princípio da dignidade da pessoa humana não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também de um mínimo de segurança social, já que, sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada.” No Brasil, segundo os autores supramencionados, destaca-se o pioneirismo de Ricardo Lobo Torres, que pouco após a promulgação da Constituição Cidadã trouxe a discussão ao constitucionalismo nacional. Ainda nas palavras de Sarlet e Figueiredo (2013, p. 21-22):

(...) tem-se como certo que a garantia efetiva de uma existência digna abrange *mais do que a garantia da mera sobrevivência física*, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta. Sustenta-se, nesta perspectiva, que se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, *a vida humana não pode ser reduzida à mera existência*. (...) o conteúdo essencial do mínimo existencial encontra-se diretamente fundado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana (abrangendo, por exemplo, prestações básicas em termos de alimentação, vestimenta, abrigo, *saúde ou os meios indispensáveis para a sua satisfação*) [g.n.].

Resta patente, portanto, a ligação ininterrupta do mínimo existencial à dignidade da pessoa humana. Se o mínimo existencial é entendido como o conjunto de prestações materiais imprescindíveis à existência humana com dignidade, e se ao direito à saúde é atribuída uma natureza notadamente prestacional – como tratado pormenorizadamente nos capítulos anteriores – é manifesta a interdependência destes dois conceitos. Esclarecedoras e oportunas são, também, as lições de Luís Roberto Barroso (2014, p. 85) a seguir, no sentido de que:

(...) ínsito à ideia de dignidade humana está o conceito de mínimo existencial, também chamado de mínimo social, ou o básico às provisões necessárias para que se

viva dignamente. (...) Para serem livres, iguais e capazes de exercer uma cidadania responsável, os indivíduos precisam estar além de limiares mínimos de bem-estar, sob pena de a autonomia se tornar uma mera ficção, e a verdadeira dignidade humana não existir. Isso exige o acesso a algumas prestações essenciais – como educação básica e *serviços de saúde* –, assim como a satisfação de algumas necessidades elementares, como alimentação, água, vestuário e abrigo. *O mínimo existencial, portanto, está no núcleo essencial dos direitos sociais e econômicos (...)*. A sindicabilidade judicial desses direitos é complexa e produz uma série de impasses em todos os lugares. Apesar dessas dificuldades, a ideia de direitos sociais mínimos que podem ser efetivados pelo Judiciário, não sendo inteiramente dependentes da ação legislativa, foi aceita pela jurisprudência de diversos países, incluindo Alemanha, África do Sul e Brasil. De acordo com as circunstâncias, os juízes e cortes podem tanto determinar a concessão de um benefício individual, quanto, ao menos, exigir uma ação razoável do Estado [g.n].

É imperioso, porém, que se faça advertência no sentido de que, apesar de não haver previsão constitucional expressa do mínimo existencial, sua vinculação, na qualidade de missão constitucional, não pode ser negada. Isto porque, a partir do múnus constitucional de observância, em todos os casos, à dignidade humana (art. 1º, III da CRFB/88) e da previsão constitucional do dever do Estado de *prestar* (art. 196 da CRFB), é perfeitamente possível interpretação no sentido da existência de um comando constitucional, dirigido a todos os poderes constituídos, de concretização do mínimo existencial. Assim, direito à saúde, direito à vida, dignidade da pessoa humana e mínimo existencial são concepções que jamais poderão ser apartadas, dadas as estreitas conexões de seus desdobramentos. Sobre a relação entre o direito à saúde, a dignidade humana e a atuação da função jurisdicional do Estado, preceitua Germano Schwartz (2001, p. 165) que o “Judiciário assume papel de destaque na guarda do Estado Democrático de Direito que vise à transformação do *status quo*, principalmente o sanitário, já que não se pode falar em vida digna sem saúde.” Isto em razão do fato de que, nem sempre, os poderes originalmente incumbidos do dever constitucional de implantação das medidas prestacionais garantidoras das situações e valores jurídicos aqui mencionados satisfazem essa obrigação a contento.

4.1.2 A proibição de retrocesso como fator determinante para a promoção adequada do direito fundamental à saúde

É visível que, nos dias correntes, um dos maiores desafios do Brasil, enquanto Estado e enquanto sociedade, é a preservação das conquistas alcançadas ao longo de sua – não mais tão breve – história em matéria de direitos fundamentais, aqui abrangidos os direitos de liberdade, econômicos, sociais e culturais. Os revezes da política e da economia mundiais, assim como as transformações da tão comentada “sociedade transnacional”, tem colocado as constituições garantistas diante de algumas dificuldades. Neste diapasão, o que se tem quisto

evitar é a ocorrência do chamado “efeito *cliquet*” na seara dos direitos fundamentais, em especial, os sociais (CANOTILHO, 2003).

É a partir dessa conjuntura que ganha relevância a discussão em torno do princípio constitucional da vedação ao retrocesso social. No entender de Luís Roberto Barroso (2006, p. 152):

por este princípio, que não é expreso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido.

A este posicionamento, Ingo Sarlet (2008, p. 22) acrescenta proveitosas observações, lembrando as contribuições de José Afonso da Silva, ao assinalar que:

(...) o que se percebe é que a noção de proibição de retrocesso tem sido por muito reconduzida à noção que José Afonso da Silva apresenta como sendo de um direito subjetivo negativo, no sentido de que é possível impugnar judicialmente toda e qualquer medida que se encontre em conflito com o teor da Constituição (inclusive com os objetos estabelecidos nas normas de cunho programático), bem como rechaçar medidas legislativas que venham, pura e simplesmente, subtrair supervenientemente a uma norma constitucional o grau de concretização anterior que lhe foi outorgado pelo legislador.

Com a excelência que lhes é correlata, as lições de J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira sintetizam essa colocação quando preconizam que “uma vez dada satisfação ao direito, este transforma-se, nessa medida, em direito negativo, ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstenha de atentar contra ele.” Assim, o que se pretende defender aqui é a existência de um princípio constitucional implícito que protege do retrocesso os avanços logrados em matéria de direitos fundamentais, a partir da elisão arbitrária de normas concretizadoras destes direitos.

Mais uma vez, com assente nos ensinamentos de Canotilho, é imperioso que seja reforçado o conteúdo da noção de vedação ao retrocesso, entendida pelo pensador lusitano como uma:

proibição de contra-revolução social ou da evolução reacionária. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. (...) O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de

conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado (CANOTILHO, 2003, p. 320-321).

Não obstante às bem fundamentadas concepções de vedação ao retrocesso acima mencionadas, o aludido princípio não restou alheio a críticas e objeções. Um dos principais argumentos levantados contra a proibição do retrocesso seria a indeterminabilidade do conteúdo dos direitos fundamentais sociais a partir, simplesmente, das disposições constitucionais. Sobre este ponto, com especial atenção ao direito à saúde, foi dedicada a integralidade do *item 3.2.1* deste trabalho, no qual se sustentou que o conteúdo do direito à saúde é, ao menos, determinável a partir da própria Constituição com base na inferência de que os direitos fundamentais devem ser entendidos como mandados de otimização e a verificação de sua exigibilidade, no caso concreto, não segue a premissa do “tudo ou nada” e submeter-se-á a avaliações ponderativas. É dizer, a atuação do operador do Direito através da hermenêutica das determinações constitucionais apoia-se em patamares normativos suficientes para a aferição e determinação de um conteúdo mínimo ao direito à saúde, o que, uma vez ignorado, acarretaria fragilização da proteção à própria dignidade humana. Ao que foi aqui enunciado, são oportunos os lúcidos esclarecimentos de Ingo Sarlet (2008, p. 21), para quem, se autorizada a desconsideração de uma vinculação mínima do legislador – e do poder público em geral – “ao núcleo essencial já concretizado na esfera dos direitos sociais e das imposições constitucionais em matéria de justiça social, estar-se-ia chancelando uma fraude à Constituição.”

Contudo, é imprescindível que algumas reservas sejam feitas em nome da prudência e do bom senso. A vedação ao retrocesso não pode ser entendida – por sua própria natureza principiológica – como uma máxima de caráter absoluto. A característica dinamicidade das relações econômicas e sociais (mais ainda em se tratando de direitos de caráter prestacional, que exigem ações positivas e custosas da parte do Estado) já inviabiliza, por si só, a defesa de uma vedação ao retrocesso absoluta. É dizer, há situações em que, de fato, outros princípios (como a reserva do possível) possam sobrepujar a proibição do retrocesso dado o seu caráter relativo, entretanto, qualquer que seja essa situação, o núcleo essencial dos direitos fundamentais deve ser mantido e conservado, de modo que, caso sejam suprimidas medidas conformadoras ou determinações constitucionais, devem ser tomadas providências equivalentes ou compensatórias.

Admitido o caráter relativo deste princípio constitucional implícito, é imperioso que se mencione o que aduz Ingo Sarlet (2008, p. 23-34) quando aponta a necessidade de uma identificação de critérios materiais para aferir a abrangência da proibição do retrocesso social.

Os critérios sugeridos pelo autor são, justamente, a dignidade da pessoa humana e a correlata noção do mínimo existencial, objetos do item anterior. Para Sarlet (2008, p. 28-29):

(...) o legislador (assim como o poder público em geral) não pode, uma vez concretizado determinado direito social no plano da legislação infraconstitucional, mesmo com efeitos meramente prospectivos, voltar atrás e, mediante uma supressão ou mesmo relativização (no sentido de uma restrição), afetar o núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social constitucionalmente assegurado. Assim, como já deflui o próprio texto, é em primeira linha o núcleo essencial dos direitos sociais que vincula o poder público de uma proteção contra o retrocesso e que, portanto, encontra-se protegido. (...) a dignidade da pessoa atua (ainda que não exclusivamente) como diretriz jurídico-material tanto para a definição do núcleo essencial, quanto para definição do que constitui a garantia do mínimo existencial, que, na esteira de farta doutrina, abrange bem mais do que a garantia da mera sobrevivência física. (...) resulta evidente – ainda mais em se cuidando de uma dimensão negativa (ou defensiva) dos direitos sociais que este conjunto de prestações básicas não poderá ser suprimido ou reduzido (para aquém do seu conteúdo em dignidade da pessoa) nem mesmo mediante ressalva dos direitos adquiridos, já que afetar o cerne material da dignidade da pessoa (na sua dupla dimensão positiva e negativa) continuará sempre sendo uma violação injustificável do valor (e princípio) máximo da ordem jurídica e social.

Ao fim e ao cabo, é perfeitamente admissível a afirmação da existência de um princípio implícito de vedação ao retrocesso social no sistema constitucional pátrio. Esta constatação pode ser extraída de várias outras imposições e princípios constitucionais expressos que são correlatos à ideia da vedação ao retrocesso. A título de exemplo, podem ser citados: o princípio do Estado democrático e social do Direito; o princípio da dignidade da pessoa humana; o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais; a proteção ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito, que demonstram o desprezo da Constituição pelo retrocesso; e o princípio da proteção da confiança, que remete à proteção da segurança jurídica. (SARLET, 2008)

Com efeito, a retrocessão em matéria de direitos sociais conduz a um desapontamento natural, decorrente da fragilização da relação de confiança entre o cidadão e o Estado. Por essa e por todas as razões enunciadas até então, o próprio STF reconheceu em variados julgados a existência de um princípio implícito de vedação em nossa ordem constitucional⁴. Especificamente com relação ao direito fundamental à saúde, pode ser mencionado o PL 219/07, de autoria do ex-senador Tião Viana cujo objeto era a alínea “d” do inciso I do artigo 6º da LOS para restringir a oferta de procedimentos terapêuticos e a dispensação de medicamentos pelo SUS. Na justificativa do projeto, foi criticado o princípio da integralidade, em patamares representativos de um retrocesso social evidente. Na

⁴ A título de exemplo, menciona-se as ADI's de números 2.065-0-DF, 3.104-DF, 3.105-8-DF e 3.128-7-DF; e o MS nº 24.875-1-DF.

justificativa do projeto, o senador Tião Viana critica a diretriz da integralidade. Em obra dedicada exclusivamente à análise deste projeto de lei, Sílvia Badim Marques (2009, p. 19-20) aduz que:

Ao reduzir o princípio constitucional de integralidade de assistência à saúde à oferta pública de medicamentos, selecionados pelo gestor público, o presente projeto de lei representa um retrocesso em relação à garantia ampla dos direitos humanos, focada em princípios que permitem a garantia digna da saúde de todos. [...] a ameaça de restringir a aplicação de um princípio constitucional à política pública estabelecida pode representar um retrocesso em relação à garantia do direito à saúde, nos moldes em que foi concebido pela Constituição Federal de 1988 e pela tão sonhada reforma sanitária no Brasil (MARQUES, 2009, p. 19-20).

Neste diapasão, a proibição ao retrocesso social traz cristalizada a aceção de que os progressos na área da saúde não podem regredir a patamares inferiores e concretizadores em menor grau da dignidade humana. As leis de criação do Sistema Único de Saúde ou do Programa Farmácia Popular, por exemplo, não podem ser simplesmente derogadas, abrogadas ou alteradas pela mera discricionariedade do poder público. É imperioso que se ressalte que, com isto dito, não se pretende questionar a autonomia do Legislativo e do Executivo, funções estatais incumbidas da implantação das políticas sanitárias. O que se pretende é o posicionamento da vedação ao retrocesso – e da dignidade humana – como vetores da atuação destes poderes, como forma de proteção das medidas já implementadas e das próprias imposições constitucionais. As políticas sanitárias não devem (e nem podem) ser estanques, sendo imprescindíveis um Legislativo e um Executivo atuantes. Entretanto, as eventuais alterações normativas devem, quando não forem ampliativas, instituir medidas compensatórias.

4.1.3 A justiciabilidade das políticas sanitárias

Segundo Eduardo Cambi (2009, p. 27), o neoconstitucionalismo representa uma verdadeira transformação metodológica do Direito que, ao centralizar definitivamente a Constituição, vinculou todos os poderes estatais – o que, por óbvio, inclui o Judiciário – “à realização do Estado Democrático de Direito, por intermédio da efetivação dos direitos fundamentais de todos.” É dizer, a partir do neoconstitucionalismo os intérpretes das disposições constitucionais, no exercício de suas atividades, têm o dever de conferir efetividade, sempre que possível, aos direitos fundamentais nelas inseridos. O neoconstitucionalismo se revelou um marco na transposição do Estado Legal para um Estado

Constitucional de Direito, dada a força vinculante e a posição de supremacia que a Constituição passou a ocupar – como nunca antes – no ordenamento jurídico.

É de se notar, também, que a Constituição da República de 1988 destinou considerável atenção às chamadas promessas da modernidade, o que resta evidente, inclusive, pela aplicabilidade direta e imediata que também deve ser designada aos direitos sociais, como se sustentou no primeiro capítulo deste trabalho. Assim, associando-se o caráter dirigente e garantista do texto constitucional à instituição hoje inegável do neoconstitucionalismo em nosso ordenamento jurídico, são pertinentes as observações de Manoel Jorge Silva Neto (2009, p. 25), no sentido de que esse modelo constitucionalista moderno ou social é guarnecido pela “modificação da postura do Estado em face dos indivíduos, já, agora, amparado no princípio da não-neutralidade, e destinado a intervir no domínio econômico em ordem à consecução de sociedade menos desigual.” A partir deste contexto, isto é, da instituição do neoconstitucionalismo no seio de um ordenamento notadamente compromissário, ganhou espaço na doutrina e na práxis jurídica pátria o fenômeno amplamente difundido sob a alcunha de *ativismo judicial*. Por este movimento – que representa o perfil mais ativo do aplicador e intérprete do Direito – foi posta em mesa uma quebra da cultura jurídica brasileira, anteriormente atrelada por fortes laços ao positivismo, cuja metodologia de aplicação fria das normas jurídicas restringiu, em muitos casos, o efetivo acesso à justiça.

As origens da terminologia “ativismo judicial” remontam ao Direito norte-americano, uma vez que se massificou a contraposição entre as expressões *judicial activism* e *self restraint*, utilizadas para caracterizar o posicionamento da Suprema Corte americana nos *hard cases* em que fosse necessário algum grau de intervenção nas esferas legislativa e executiva. A primeira expressão se remete à postura notadamente intervencionista (frise-se, a mais frequente naquele ordenamento jurídico) e a segunda expressão faz alusão aos posicionamentos de autocontenção da justiça americana (LEAL, 2010, p. 24). Também Tocqueville (1998, p. 317) reporta-se às origens estadunidenses do fenômeno jurídico ora em comento ressaltando que “(...) quase não há questão política nos Estados Unidos que não se transforme, mais cedo ou mais tarde, em uma questão judicial.”

É imperioso, contudo, que seja feito um esclarecimento. Ainda que a expressão *ativismo judicial* seja aquela de maior popularidade, dar-se-á, neste ensaio, preferência à denominação *ativismo jurídico*. Explica-se. Com especial atenção ao sistema jurídico pátrio, a atuação jurisdicional depende de provocação, isto é, está vinculada à iniciativa das partes. Assim, falar em um ativismo concretizador da constituição que seja simplesmente *judicial*

exclui a participação fundamental e imprescindível daquelas que a própria Constituição denominou “Funções Essenciais à Justiça.” Sobre o tema, elucidativas são as lições do Professor José Cláudio Pavão Santana (2010, p. 5), quando aduz que:

É conclusivo que o advogado, como o ministério público e a magistratura são funções essenciais ao funcionamento do Poder Judiciário, portanto, a atividade comissiva de quem tem a iniciativa conduz o magistrado ao pronunciamento judicial. Fosse do magistrado a iniciativa e poder-se-ia falar em ativismo judicial. Como é resultado de provocação de uma das funções essenciais ao Poder Judiciário, é mais apropriado falar-se em ativismo jurídico.

Com assente no posicionamento de Paulo Pimenta (2012, p. 94), a participação do Judiciário (acrescenta-se, mediante provocação) na concretização dos direitos previstos pela ordem constitucional, diante do descumprimento pelo Legislativo e pelo Executivo de suas incumbências, é permitida, pois, “pensar de modo diferente equivale a negar a supremacia da Constituição e admitir que esta veicula promessas vãs, como mero valor simbólico.” Ainda, logo após a promulgação da Constituição Cidadã, do pensamento clássico de Barbosa Moreira (1988, p. 154), já se depreendia que “uma postura retraída do Judiciário implicará em renúncia a extrair da Constituição as virtualidades que nela palpitam”, frustrando o projeto do constituinte originário. Sobre os desdobramentos do ativismo jurídico, preceitua Luís Roberto Barroso (2009, p. 6-7) que:

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (...) O oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. (...) Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.

Conduto, imprescindível que se faça ressalvas no sentido de que esse espaço para atuação do Judiciário não pode, de modo algum, ser entendido como ilimitado. Isto porque, da mesma forma que considerá-lo nulo acarreta violação à constituição, estendê-lo além dos limites fixados pelos próprios preceitos constitucionais (como se verá no próximo tópico) é, igualmente, inconstitucional.

Sobre o ativismo jurídico, especialmente no que concerne ao direito fundamental à saúde, o Professor Herberth Figueiredo (2015, p. 257) assinala que:

O exercício do direito à saúde, positivado em nosso ordenamento jurídico com a Constituição Federal de 1988, vem ganhando contornos nunca vistos, compelindo magistrados, promotores de justiça, procuradores públicos, advogados, entre outros operadores do direito, a lidarem com temas oriundos do Direito Sanitário e da política pública de saúde, nos três níveis de governo. Também vem compelindo gestores públicos de saúde a lidarem com a garantia efetiva deste direito social, em cada caso individual apresentado, através de uma determinação oriunda do Poder Judiciário que, muitas vezes, contrasta com a política estabelecida em matéria de assistência à saúde e com a própria lógica de funcionamento do sistema político.

Inúmeros fatores são indicados como causadores da elevação do número de demandas judiciais relativas ao direito à saúde. Entre elas, podem ser citadas as informações insuficientes prestadas ao cidadão sobre as atribuições de cada órgão público e sobre a instrumentalização dos atendimentos; a ampliação da atuação das Defensorias Públicas e do Ministério Público, a elevação dos custos da prestação privada dos serviços de saúde; e (a mais recorrente) a inefetividade das políticas públicas sanitárias estampada nas avarias do Sistema Único de Saúde.

Conforme a ajustada percepção de Germano Schwartz (2001, p. 156) “um dos fatores de maior importância da problemática efetivacional sanitária reside em seu aspecto político, na vontade de os Poderes implementarem políticas condizentes com o problema da saúde.” Resgata-se, aqui, acepção amplamente explanada no capítulo anterior no sentido de que as políticas sanitárias devem desdobrar-se em ações e serviços de prevenção, promoção recuperação e proteção da saúde. Corroborando este posicionamento, são proveitosas as palavras do Professor Herberth Figueiredo (2015, p. 78-79) que seguem:

Pode-se afirmar que a questão da efetivação da saúde dos cidadãos encontra-se na falta de vontade política do Estado em cumprir a Constituição e de colocar esse direito em primeiro plano, ou seja, como fundamental para que o ser humano possa viver dignamente dentro de um Estado Democrático de Direito. Há um flagrante desrespeito por parte do Poder Público na não aplicação do art. 196, da Constituição Federal de 1988, isto é, do direito à saúde como dever do Estado e direito de todos. (...) No Estado Democrático de Direito, a saúde não pode ser relegada ao segundo plano por distorções ideológicas e falta de vontade política, vez que a problemática sanitária somente se efetivará como processo sistêmico, que objetiva a prevenção e cura de doenças e que visa à melhor qualidade de vida possível, quando houver o desejo político de interpretar a atual Carta Magna como um projeto de reorganização das políticas públicas voltadas à sociedade e tendentes à correção/melhoria da realidade sanitária no Estado brasileiro.

Assim, o controle jurídico das políticas públicas de saúde acaba sendo necessário em razão das deficiências da atuação dos Poderes Legislativo e Executivo em implementá-las

ou, quando muito, em fazê-lo de maneira adequada. Contudo, ainda que se reconheça as deformidades das atividades dos dois poderes supramencionados na concretização do direito à saúde, há tendência que aponta para uma responsabilidade um tanto maior do Executivo. Uma vez mais, com assente nas lições do Professor Herberth Figueiredo (2015, p.77), verifica-se que “dentro da concepção federativa brasileira, o Poder Executivo exerce papel fundamental na efetivação do direito à saúde, tendo em vista que é o controlador das verbas destinadas a esse setor público.” Neste mesmo sentido se manifestou o próprio Supremo Tribunal Federal, em julgado de relatoria do Ministro Gilmar Mendes⁵ a seguir:

O estudo do direito à saúde no Brasil leva a concluir que os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e à manutenção das políticas públicas de saúde já existentes – o que implica também a composição dos orçamentos dos entes da federação – do que à falta de legislação específica.

Assim como o direito à saúde tem uma dimensão subjetiva (o direito do indivíduo de exigir uma prestação) e uma dimensão objetiva (o dever estatal de prestar), o controle jurídico das políticas públicas – aqui, em especial, as sanitárias – também comporta essas duas dimensões. Em sua dimensão subjetiva, o controle jurídico das políticas públicas de saúde pretende a concretização do direito subjetivo do cidadão a uma prestação não satisfeita ou satisfeita de forma insuficiente por uma política pública sanitária existente. Já em sua dimensão objetiva, o controle jurídico se dirige à política pública em si, de maneira abstrata, avaliando sua eficiência e efetividade (em termos qualitativos e quantitativos) quando a política sanitária já existe ou avaliando a omissão do Poder Público na própria implantação da política pública quando, segundo as imposições constitucionais, ela deveria ter sido implantada (PIVETTA, 2014, p. 206-222). Esse controle deverá ser realizado de maneira subsidiária e prudente, de modo a preservar princípios constitucionais de grande valia – a exemplo da separação dos poderes, que será analisada no tópico seguinte. Em suma, como indica o Professor Herberth Figueiredo (2015, p. 80)

(...) o Judiciário deverá agir em um segundo momento na efetivação do direito à saúde, exatamente quando houver omissão ou comissão indevida da prestação positiva estatal, ou seja, é plenamente pertinente e cabível a atuação do Poder Judiciário toda vez que o processo político, por meio dos Poderes Executivo e Legislativo, falharem ou se omitirem na implementação das políticas públicas e dos objetivos sociais nela implicados.

⁵ AgReg./PE 47, STF, Tribunal Pleno, Dje 76, Div. 29.04.2010, Publ. 30.04.2010, Ementário n. 2399 – 17/03/2010, Voto do Pres. Relator Gilmar F. Mendes. p. 14.

Forçoso que se ressalte, ainda, que o ativismo jurídico, especialmente com relação ao direito à saúde, deverá ser sempre orientado pela Constituição, especialmente, pelos princípios da vedação ao retrocesso, da dignidade humana e da máxima efetividade dos direitos fundamentais, como visto nos dois itens anteriores.

4.2 Considerações sobre os entraves à implementação do controle das políticas públicas de saúde a partir dos esforços do Judiciário e das Funções Essenciais à Justiça

4.2.1 A (*in*)ocorrência de violação ao princípio da separação dos poderes no controle jurisdicional de políticas públicas

No tópico anterior, sustentou-se a compatibilidade do ativismo jurídico no controle das políticas públicas com a Constituição, desde que respeitados alguns limites. À tarefa de examinar os principais entraves constitucionais ao ativismo jurídico – separação dos poderes, déficit de legitimidade democrática e reserva do possível – serão dedicados, sem qualquer pretensão de exaurimento e com maior dedicação ao direito à saúde, este e os próximos dois itens do trabalho.

A Constituição da República de 1988 faz previsão expressa ao princípio da separação dos poderes em seu art. 2º, conforme o qual o Legislativo, o Executivo e o Judiciário serão poderes harmônicos e independentes entre si. Há os que verifiquem certo atecnicismo do constituinte originário pela opção de utilização da nomenclatura “poderes” no referido dispositivo, isto porque o poder do Estado deve ser entendido como uno e o que se separa, por questões estruturais, são as funções estatais de legislar, administrar e dirimir conflitos (FREIRE JÚNIOR, 2005). As origens do princípio da separação dos poderes (ou funções) remontam ao séc. XVII, quando se iniciou a propagação dos ideais iluministas pela burguesia em oposição às monarquias absolutistas. Neste contexto, foi desenvolvida por Montesquieu a ideia da separação dos poderes como mecanismo instituidor de um governo sem espaço para o arbítrio ilimitado concentrado no monarca, em que o poder seria fracionado em três esferas – legislativa, administrativa e jurisdicional – que exerceriam função de contenção recíproca, com a finalidade de proteção dos direitos e liberdades fundamentais (AMARAL JÚNIOR, 2008). Notadamente, o princípio da separação dos poderes, no contexto de suas origens históricas, relaciona-se diretamente ao constitucionalismo liberal, em que as preocupações concentravam-se na proteção aos chamados direitos de liberdade. Sucede que, como demonstrado no capítulo deste trabalho dedicado à teoria geral dos direitos fundamentais, a partir da Revolução Industrial se observou o fenômeno da ampliação da produção, do consumo, bem como a difusão da comunicação de massas do qual decorreu a transposição para um modelo de Estado Social, cujas finalidades sofreram substanciais transformações em comparação ao Estado Liberal. Com a mudança de paradigma, os direitos de 1ª geração, por óbvio, continuaram sendo objeto de garantia, porém, não mais o único. Os direitos materializadores da chamada justiça social ganharam, finalmente, espaço e proteção

(CANELA JÚNIOR, 2011, p.71). Foi dada, a partir do Estado Social, abertura para o dirigismo constitucional, de cujo objeto devem ocupar-se os três poderes estatais. De acordo com o posicionamento clássico de Paulo Bonavides (1980, p. 43), "o dirigismo estatal, característica do Estado social, implica o estabelecimento de funções específicas aos poderes públicos para a consecução de metas predeterminadas pela coletividade." Corroborando este entendimento, Fabio Konder Comparato (1997, p. 16-17) apresenta as transmutações sofridas pelo princípio da separação dos poderes em decorrência deste quadro:

Sem dúvida alguma, a estabilidade objetivada no Estado liberal é substituída pelo dirigismo estatal, alterando-se, de forma profunda, a concepção da teoria da separação dos poderes. Aquele modelo rígido de separação de poderes, baseado na independência, ausência de rivalidades, sem entrechoques, sem conflitos, restou abolido das modernas constituições de quase todos os países.

O advento do Estado democrático e Social de Direito e a inclusão das normas de conteúdo programático no seio constitucional direcionadas especificamente à efetivação dos direitos fundamentais de segunda geração, dentre os quais se inclui o direito à saúde, são os fatores responsáveis pela possibilidade de uma intervenção maior do Poder Judiciário nas políticas públicas governamentais, quando prestadas de forma inadequada ou insuficiente pelos demais Poderes do Estado. No Estado Democrático Social de Direito, todas as esferas do poder estatal – executiva, legislativa e judiciária – possuem o compromisso constitucional com a concretização dos direitos fundamentais, uma vez que o referido modelo é baseado, primordialmente, na supremacia da Constituição. Há de ser salientado, ainda, que o princípio da inafastabilidade da jurisdição impede que qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito seja apartada de apreciação pelo judiciário. Dois fatores devem ser conjugados. Em primeiro lugar, há no Estado Democrático e Social de Direito a missão constitucional de todos os poderes, inclusive o Judiciário, de garantir a máxima efetividade possível aos direitos fundamentais. Em segundo, há o fato de que a ausência, a insuficiência e a inadequação das políticas públicas implementadas pelo Legislativo e pelo Executivo, acarretam inconstitucionalidade no exercício destas funções, cabendo à função jurisdicional a realização de um controle de compatibilidade. Neste sentido, o seguinte entendimento:

O vestuto princípio da separação dos poderes, idealizado por Montesquieu, está produzindo, com grande força simbólica, um efeito paralisante às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido à uma nova leitura, para poder continuar a servir a seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, contra a omissão estatal. O Estado Social Moderno requer uma reformulação funcional dos poderes no sentido de uma distribuição para garantir um sistema eficaz de freios e contrapesos. (...) As questões ligadas ao cumprimento das tarefas sociais como a formulação de políticas públicas, no Estado Social de Direito

não estão relegadas somente ao governo e à administração, mas tem o seu fundamento nas próprias normas constitucionais sobre direitos sociais; a sua observação pelo Poder Executivo pode e deve ser controlada pelo Judiciário (KRELL, 2000, p. 54-55).

Com efeito, o Poder Judiciário não pode ser sobreposto aos demais poderes em matéria de políticas públicas. Muito pelo contrário, a competência de concretização da Constituição por meio das políticas públicas foi conferida, ordinariamente, ao Legislador (que deve formulá-las) e ao Administrador Público (que deve executá-las). Se, e somente se, houver patente descumprimento a este dever constitucional é que poderá o Judiciário, se provocado, intervir. Neste diapasão, são oportunas as lições de Osvaldo Luiz Palu (2004, p. 82), que assinala que:

No Estado Democrático de Direito, a questão da escolha de prioridades cabe a um legislador democraticamente eleito e, em nosso sistema presidencialista, a um governo democraticamente eleito, que, como sabemos, trata-se do Executivo e sua base de apoio parlamentar. E somente em casos de desvios erráticos ou de uma passividade arbitrária ante casos evidentes de situações precárias cabe uma correção, constitucionalmente fundada em atos de governo.

Ao fim e ao cabo, é imperioso ressaltar que a omissão arbitrária no cumprimento dos deveres constitucionais não decorre e nem se justifica pela discricionariedade. É, em verdade, um comportamento abusivo que deve ser corrigido quando necessário pela intervenção judicial, porém, com toda a cautela que a situação exige por imposição da separação dos poderes que, ainda que sujeita a uma necessária releitura, não pode ser, de modo algum, ignorada. Neste sentir, são valiosas as contribuições do Professor José Cláudio Pavão Santana, quando preconiza que:

(...) a disposição institucional-orgânica está presente no artigo 2º da Constituição da República, isto asseguraria a sanidade da ação judicial, portanto do ativismo, sempre e quando a circunstância de concretização da Constituição estivesse em jogo. É que não se pode admitir que a previsão constitucional de direitos e garantias seja retardada pela inércia do Poder Legislativo, afinal, mais do que qualquer outra norma considerada, a Constituição é aquela que nasce com maior vocação para tornar-se efetiva, através da concretização dos seus preceitos. Mas o imiscuir-se do Poder Judiciário nas questões sociais, quanto em menor proporção, melhor para o cotidiano, pois o mecanismo político funcionaria melhor e, conseqüentemente, o sistema democrático se fortaleceria. (...) Dito de uma outra maneira, a possibilidade de concretização de direitos pela via judicial em face da inércia do Poder Legislativo não permite concluir que haja uma quebra do sistema orgânico dos Poderes da República, desde que não se confunda, como é claro, possibilidade de concretização do contratado com a íntima vontade do desejado. Tornar concretos direitos contratados é uma condição de formação e sedimentação do sentimento constitucional, mas a aspiração subjetiva e pessoal muitas vezes testemunhada nos tribunais não se aproxima sequer do espectro do desejado na sedimentação da Constituição da República (SANTANA, 2010, p. 244-245).

Aproximando a questão ao direito à saúde e às políticas sanitárias, Germano Schwartz (2001, p. 164) assinala que “ao Poder Judiciário caberá à função de corrigir as eventuais desigualdades ocorridas no campo sanitário, desde que provocado.” Empós, adverte ainda o autor que a atuação do Poder Judiciário deve ser secundária ou subsidiária e jamais entendida como suplementar, haja vista que se os deveres constitucionais de todos os poderes fossem efetivamente cumpridos, não haveria nenhuma necessidade de decisão judicial. Sobre os prós e contras da “judicialização”, o Ministro Luís Roberto Barroso manifestou-se quando da Audiência Pública de Saúde realizada pelo STF no sentido de que:

A judicialização no Brasil decorre do modelo constitucional brasileiro e, portanto, em alguma medida ela é inevitável. Constitucionalizar é tirar uma matéria da política e trazê-la para dentro do Direito. E, portanto, existem prestações que o Judiciário não pode se negar a apreciar - e é muito bom que seja assim. Porém, a judicialização tem uma óbvia faceta negativa. É que, na medida em que uma matéria precise ser resolvida mediante uma demanda judicial, é sinal que ela não pôde ser atendida administrativamente; [...] A faceta positiva é que, quando alguém tem um direito fundamental e esse direito não foi observado, é muito bom poder ir ao Poder Judiciário e merecer esta tutela.”⁶

Com posicionamento mais extremo e voltado aos desejos da sociedade de ver concretizados os direitos fundamentais constitucionalmente previstos, Dirley da Cunha Jr. (2010, p. 24-25), questiona se “para a sociedade, o que é melhor, um ativismo judicial ou uma auto-contenção judicial? Qual o juiz que queremos?.” Dando continuidade às indagações, o autor interpela se o juiz ideal seria aquele que “com argumentos racionais e associados à proteção da pessoa humana, aplica diretamente a Constituição, concretizando os direitos fundamentais e extraíndo da Lei Fundamental todas as suas potencialidades” ou se seria o magistrado que “abstendo-se do exame das questões públicas, não se compromete com o discurso constitucional, sob o fundamento de que Direito e Política não se relacionam e que é preciso aguardar a iniciativa do legislador ordinário, como forma de preservar o jogo democrático.” Com todas as vênias, já se fez claro pelo exposto até o presente momento que existe possibilidade e necessidade de atuação do Judiciário em matéria de concretização de direitos fundamentais, entretanto esse espaço de atuação deve ser medido pelas autorizações constitucionais e não, simplesmente, pelos anseios populares. O posicionamento aqui acolhido é o do Professor José Cláudio Pavão Santana, para quem:

Não restam dúvidas de que o intérprete da Constituição deve possuir a possibilidade de efetivá-la, sempre e quando ocorra a circunstância de “espaço jurídico vazio”, para usar uma expressão de Norberto Bobbio. É que a sociedade soberana não deve ficar refém do constituinte derivado, muita das vezes às voltas com a defesa de

⁶ Audiência pública no STF – Saúde. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf. Acesso em: 25 fev. 2016.

interesses próprios ou partidários. Portanto, fixe-se como asserção que o legítimo intérprete da Constituição detém o poder-dever de concretizá-la, sempre e quando algum preceito necessite de interpretação para ser concretizado, a despeito da inércia do Poder Legislativo. E pode porque a tarefa desenvolvida aí se coaduna com o contratado pela Constituição. Então, torná-la efetiva é tarefa mais do que necessária, é fundamental para a concretização da norma que dá legitimidade a toda a estrutura orgânica da sociedade. Ocorre que entre o contratado e o desejado, muitas das vezes, existe um verdadeiro abismo, uma vez que, nem frustrado pode ficar o destinatário da Constituição, nem vilipendiada pode ficar a própria Constituição, a título de interpretações subjetivas e pessoais. E é justamente aí quando o equilíbrio se impõe, a fim de que a concretização não se transforme em motivação de atos que importem em alimentar desejos íntimos (SANTANA, 2010, p. 244).

O ativismo jurídico não pode ser transformado em uma “ditadura do Judiciário”, o que, infelizmente, tem sido a forma como alguns aplicadores do direito o tem entendido e praticado. A atuação do juiz, quando provocado, deve ser cautelosa e sempre ter em conta que é o não agir do legislador e do administrador público quando havia uma determinação constitucional expressa nesse sentido, ou o agir “a menor” (porque a positivação formal regular das normas – a partir da atividade daqueles democraticamente eleitos – não é suficiente para fazer delas adequadas às disposições constitucionais) que o autorizam a intervir em matérias eminentemente políticas, sempre em defesa da própria Constituição.

4.2.2 A problemática do déficit de legitimidade democrática e técnica do ativismo jurídico em questões eminentemente políticas

Outro óbice frequentemente apontado pelos críticos ferrenhos ao controle jurídico de políticas públicas seria um suposto déficit de legitimidade em duas perspectivas: democrática e técnica. Explica-se. Não raro, é invocado o princípio democrático como empecilho à atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas. Para os que defendem a impossibilidade da intervenção jurídica com assente neste princípio, os juízes são destituídos de legitimidade democrática para imiscuir-se na formulação de políticas públicas, por não terem se submetido à eleição popular democrática para o exercício de suas funções, ao contrário do legislador e do administrador público, que se submetem a procedimentos eleitorais periódicos (BÖCKENFÖRDE, 1993).

Fazendo interessante contraponto ao posicionamento supramencionado e afirmando a legitimidade democrática do Poder Judiciário para exercício do ativismo jurídico, pertinentes e profícuas são as lições do Ministro Luís Roberto Barroso, quando aduz que a concepção de que o Judiciário é democraticamente legítimo é extraída da própria constituição e não, diretamente, do voto popular. Ainda para o notável constitucionalista, é saudável o tratamento das questões políticas por agentes que alcançaram a função pública por meios

igualmente constitucionais, porém, afastados dos desvios éticos que assolam as disputas eleitorais. Assim, seguem as palavras do Ministro do STF aduzindo que:

No tocante à legitimidade desta atuação criativa do poder Judiciário, inexistente qualquer razão para infirmá-la. Já deixamos consignado que em uma democracia é não apenas possível, como desejável, que parcela do poder público seja exercida por cidadãos escolhidos com base em critérios de capacitação técnica e idoneidade pessoal, preservados das disputas e paixões políticas. A falta de emanção popular do poder exercido pelos magistrados é menos grave do que o seu envolvimento em campanhas eleitorais, sujeitas a animosidades e compromissos incompatíveis com o mister a ser desempenhado. (...) Voltando a um enfoque de cunho positivo, deve-se assinalar que é o próprio poder constituinte que outorga ao Judiciário, usualmente, a autoridade de intérprete qualificado da Constituição e das normas jurídicas, com competência para fazê-las atuar concretamente. Por assim ser, a ele devem ser reconhecidos poderes explícitos que consubstanciam meios idôneos e efetivos para realizar os direitos e os fins delineados na Lei maior. É possível concluir, ante o exposto, que ao Judiciário cabe sempre fazer prevalecer a Constituição, quer suprimindo os atos normativos com ela incompatíveis, quer suprimindo as omissões legislativas que embaraçam sua efetivação (BARROSO, 2006, p. 163-164).

Sustentam entendimento muito similar as lições do Professor José Cláudio Pavão Santana (2010, p. 243), acrescentando, ainda, que o mesmo raciocínio deve ser aplicado para o reconhecimento da legitimidade dos demais agentes participativos do ativismo jurídico. Pois, como defendido anteriormente – também com assente no posicionamento do Professor José Cláudio – o ativismo jurídico não é atividade exclusiva dos magistrados, uma vez que depende da atividade de advogados (públicos ou privados) e do Ministério Público. Nas palavras do autor:

Afinal, a legitimidade democrática decorre apenas do critério da eleição? Se a resposta for afirmativa, ainda assim haveria desdobramentos. E que tipo de eleição? A popular e universal ou a restritiva e censitária? O critério e escolha dos membros da magistratura (como a de todos os agentes públicos) é do concurso público. O próprio advogado submete-se à prova de admissão nos quadros da OAB. Acaso não seria este um critério democrático, porque presente no texto constitucional?

Ainda com relação ao tema, são elucidativos os ensinamentos de Barroso (2008, p. 60), quando reforça que a atividade exercida pelo magistrado no ativismo jurídico, apesar de ter função política, não deixa de ser jurídica e, pelos argumentos supramencionados, não são, por isso, menos democráticas. Para o Ministro, “é certo que os métodos de atuação e de argumentação empregados por juízes e tribunais são *jurídicos*, mas a natureza de sua função é inegavelmente *política*”, por outro lado, sobre a ausência do voto popular, Barroso afirma que “embora os órgãos judiciais não sejam integrados por agentes públicos eleitos, o poder de que são titulares, como todo poder em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade.”

Com o intuito de trazer à baila alguma notícia do direito comparado, é também ilustrativo da legitimidade democrática de que se veste o ativismo jurídico o posicionamento da jurista portuguesa Cristina Queiroz (2006, p. 152-153), para quem mesmo que se reconhecendo que o Judiciário não tem vocação para gerir a política, detém “o poder de fiscalizar o sistema de “prioridades” concretamente fixado pelo legislador constituinte. Estas últimas não podem estar em contradição com o fixado na constituição, posto que se aceita que no quadro das constituições normativas o legislador não é livre na escolha dos ‘fins’.”

Também se argumenta, reiteradamente, a favor da falta de legitimidade no exercício do ativismo jurídico por outro fundamento, que não o princípio democrático. Trata-se da suposta ilegitimidade por falta de conhecimento técnico dos juristas sobre as matérias de que cuidarão. Para os que defendem esta posição, os magistrados, ao decidirem, não poderiam sequer conseguir solucionar o problema ou, ainda, piorar a situação. Com efeito, o saber do jurista é extremamente limitado, na ampla maioria dos casos, à sua área de conhecimento, o que pode ser compreendido como fator de limitação do alcance da decisão judicial. Entretanto, uma ressalva merece acolhida. Este óbice, ainda que admitido, não pode ser compreendido como um empecilho intransponível ou absoluto. Isto porque, na senda do processo, o magistrado (a pedido dos procuradores das partes ou não) pode valer-se de perícia técnica como instrumento de apoio para as decisões que transcendam naturalmente suas capacidades científicas.

No entender de Fernando Herren Aguillar (1999, p. 262), se deve reconhecer que “a base de uma decisão política do governo deve ser sempre a sua pertinência à Constituição”, e é esta a razão pela qual “uma política pública pode ser questionada judicialmente se for contrária a preceitos constitucionais, e isso não é, por óbvio, uma questão meramente política, mas jurídica.” Contudo, o autor admite que esta tarefa, muitas vezes, é espinhosa em razão da dificuldade de se verificar, tecnicamente, a inadequação das políticas (quando existentes) elegidas pelo Poder Público para atender os fins constitucionais. Para o autor:

A maior dificuldade que se encontra, para questionar a legalidade dos meios escolhidos pelo Poder Executivo para buscar alcançar os objetivos constitucionalmente fixados, é a de que não é verossímil a prova de que certos fins somente podem ser alcançados por alguns meios específicos. Vale dizer, não é provável que se possa demonstrar em juízo que determinadas escolhas de políticas públicas (meios) são imprestáveis ou então mais prestáveis do que outras para se alcançar determinados resultados (fins). Em outras palavras, os fins do Estado não são livres, porque são predeterminados pela Constituição, mas os meios podem ser escolhidos pelos governantes dentro de certas balizas que demarcam o território do sistema capitalista. Por esse motivo é que a menos que se possa provar categoricamente que, determinados os objetivos, apenas alguns meios são capazes de

alcançá-los, há grande dificuldade de invadir-se com grande impacto jurídico a esfera das escolhas econômicas dos governantes (AGUILLAR, 1999, p. 263).

Com relação, especificamente, ao direito à saúde, já se falou no capítulo anterior da possibilidade de provar a ineficácia de uma política pública sanitária. Com relação, por exemplo, aos mencionados Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDT (mecanismo administrativo de conformação dos serviços de saúde prestados pelo SUS e delimitadores do conteúdo do direito à saúde alcançado pelas políticas públicas), é plausível a afirmação de que “toda padronização comporta exceções, de modo que certamente existem hipóteses em que os tratamentos e remédios elencados nos protocolos e diretrizes não sejam adequados a determinados casos médicos” (PIVETTA, 2014, p. 152). Assim, com base em exames, laudos médicos, perícias e estudos técnicos, é possível a comprovação da inadequação de determinada política pública a determinado paciente e, como bem questiona Pivetta (2014, p. 155), “porque tutelar a saúde apenas daqueles cidadãos que são acometidos por moléstias previstas em protocolos e cujos organismos respondam satisfatoriamente às diretrizes terapêuticas?” Destarte, admitir-se-á a intervenção do Poder Judiciário para concretizar os direitos fundamentais quando negligenciados ou não abrangidos pela atuação dos poderes ordinariamente constituídos para esta missão. Neste sentido, pode ser apontado o posicionamento de Sérgio Fernando Moro (2001, p. 23), para quem:

Que existam normas dirigidas especificamente a um dos poderes públicos não se põe em dúvida; que, em caso de inércia, os outros não possam agir, no âmbito de suas atribuições, é coisa bem diferente. Que Administração Pública e Judiciário não possam substituir a contento o legislador é uma coisa; que não possam suprir a falta do legislador sempre que for necessário, para realização de suas atribuições, também é coisa bem diferente. O princípio da supremacia da Constituição exige o comprometimento de todos os poderes públicos com as normas constitucionais. Isso significa que, caso um deles não cumpra suas tarefas e deveres constitucionais, os demais podem e devem agir, sob pena de deixar a Constituição, que, ressalte-se, corporifica a vontade constituinte, à disposição do poder omissor.

Desse modo, somente poderão ser suprimidas as omissões estatais pelo ativismo jurídico quando comprovada, por argumentos sólidos, a inadequação da atuação dos outros poderes à Constituição. Na avaliação destes fatores, o Judiciário, imprescindivelmente, deve analisar cautelosamente os fatos e os dados para, a partir deles, emitir um juízo minimamente seguro ao imiscuir-se na missão de revestir de efetividade os direitos sociais, mormente aqueles que se reservem à garantia das condições materiais mínimas de sobrevivência digna dos indivíduos.

4.2.3 As reservas de ponderação, do politicamente adequado e do financeiramente possível frente ao controle das políticas sanitárias

A própria natureza principiológica do direito à saúde impede que este seja interpretado e aplicado segundo a lógica do tudo ou nada, haja vista que “inexistindo um comando inequívoco quanto ao exato alcance do direito (ou seja, quando não se estiver diante de uma regra), ele estará sujeito à limitações com relação ao seu conteúdo” (PIVETTA, 2014, p. 68). Como já se afirmou anteriormente, o conteúdo do direito à saúde, ainda que determinável pelas determinações constitucionais, tem seu conteúdo densificado pela atuação do legislador e do administrador. Essa densificação normativa de conteúdo, por vezes, é restritiva, o que pode ser constitucional ou não. Segundo Jorge Reis Novais (2010, p. 273), as reservas que recaem sobre a aplicação dos direitos sociais são: a reserva imanente de ponderação, a reserva do politicamente adequado e a reserva do financeiramente possível. Essas reservas são verificadas, porém, de maneira distinta, a depender do dever estatal em jogo (respeito, proteção ou promoção). Com relação ao direito à saúde, especificamente, a situação pode ser ilustrada por três hipóteses, quais sejam:

(i) cidadã que se insurge judicialmente contra hipotética portaria do Ministério da Saúde que determina a obrigatoriedade de participação em pesquisas médicas, como cobaias, dos pacientes que se beneficiem da política de dispensação de medicamentos de alto custo; (ii) ação movida pelo Ministério Público contra determinado Município para que este arborize todas as ruas com um tipo de arbusto capaz de repelir o mosquito transmissor da dengue; (iii) sujeito que reclama judicialmente que o Poder Público disponibilize recursos para financiar tratamento experimental desenvolvido por universidades cubanas para combater o mal de Parkinson (PIVETTA, 2014, p. 69).

Na primeira conjectura se está diante de um direito de respeito, uma vez que o ato administrativo impugnado pode intervir arbitrariamente na autonomia individual da cidadã, neste caso, o Judiciário poderá exercer um controle aplicando as técnicas de ponderação. Isto porque existem intervenções estatais restritivas à autonomia individual e relativas ao direito à saúde que são constitucionais (como a proibição de fumar em locais fechados), razão pela qual o juiz deverá aplicar a *reserva imanente de ponderação* ao apreciar a demanda. Na segunda situação, está em causa um dever de proteção, uma vez que o Estado tem o dever de conter surtos epidemiológicos e proteger o cidadão. Neste caso, eventual tutela jurisdicional tem uma margem reduzida de liberdade interventiva, pois deverá ser levada em consideração a *reserva do politicamente adequado*, para que se avalie se o Poder Público não poderia adotar outras medidas protetivas menos custosas e tão (ou mais) eficientes quanto. Aqui, o Judiciário se limitaria a avaliar possíveis omissões ou proteções insuficientes. Por derradeiro,

terceira hipótese trata do dever de promoção, já que o Estado é incumbido da obrigação de prestar assistência terapêutica ao cidadão. Neste caso, dada a reverberação financeira da situação, o magistrado deverá levar em conta a *reserva do financeiramente possível*.

Quanto à reserva de ponderação, não há maiores complicações. Não se costuma discutir o dever do Judiciário de proteger a esfera individual do cidadão. Quanto às reservas do politicamente adequado e do financeiramente possível, porém, a situação não é tão simples. Como dito anteriormente, a Constituição delinea parâmetros mínimos de definição do conteúdo dos direitos à saúde, porém não existe um comando inequívoco, razão pela qual “os conteúdos específicos do direito passam a ser definidos pelo legislador, pelo administrador e pelos magistrados” (PIVETTA, 71). Disto, entretanto, não se pode extrair conclusão no sentido de que as decisões políticas do poder público serão sempre consonantes às prioridades elegidas pelo constituinte, o que, apesar da necessária observação à reserva do politicamente adequado, autoriza o controle jurídico. Corroborando este entendimento, seguem as palavras de Saulo Lindorfer Pivetta (2014, p. 73), para quem:

A reserva do *politicamente adequado ou oportuno* não é, portanto, um fator que impede o questionamento das ações, fáticas ou normativas, do Poder Público. Contudo, é um elemento que deve ser considerado e que intervém na forma e nos limites em que é realizado o controle. Nessa esteira, a liberdade política de conformação da norma de direito fundamental jamais será absoluta, especialmente no caso do direito à saúde, quando já traçadas constitucionalmente as linhas gerais do conteúdo que deverá ser preenchido pela legislação ordinária e pelo administrador público.

Por fim, a mais polêmica dentre as reservas ao controle jurídico das políticas sanitárias é a chamada reserva do possível – ou reserva do financeiramente possível – que, em geral, tem relação estreita com o dever estatal de promoção, isto é, de atuação positiva (com despendimento de recursos) do Estado. Os embaraços correlatos aos custos de implantação dos direitos sociais, é dizer, a relevância dos fatores financeiros e orçamentários na concretização destes direitos, tem ocupado o centro de vigorosos debates doutrinários. Não obstante, a questão deva ser enfrentada com seriedade – como foi adiantado no primeiro capítulo do trabalho – “por vezes sua compreensão no âmbito da dogmática dos direitos sociais é equivocada, motivando posicionamentos que chegam a negar ou restringir indevidamente seu caráter jusfundamental” (PIVETTA, 2014, p. 222). Duas observações merecem destaque. Em primeiro lugar, não são apenas os direitos sociais que exigem disponibilidade de recursos, os direitos individuais também podem ser custosos para o Estado (como se defendeu no primeiro capítulo deste trabalho). Em segundo lugar, a imprescindibilidade de recursos financeiros para efetivação do direito à saúde, de modo

algum, elimina sua fundamentalidade. A reserva aqui comentada não poderá ser entendida como um óbice insuperável para a execução de prestações materiais em termos de políticas sanitárias. Ainda que admitida a magnitude da reserva do possível, essa restrição nem sempre poderá ser operante, isto é, “nem sempre a escassez de recursos adquire relevância normativa” (PIVETTA, 2014, p. 74).

A partir dessas considerações, associadas aos paradigmas elaborados pelo constitucionalista argentino Lucas S. Grosman (2008, p. 37), podem ser melhor delineadas as situações em que o Estado deverá concretizar um direito social (a partir de prestações positivas) independentemente de escassez orçamentária e, portanto, abrir espaço para intervenção judicial legítima nas opções políticas distributivas de recursos públicos. Na formulação do autor existe um *paradigma da inclusão* e um *paradigma da escassez*.

Ao paradigma da inclusão correspondem os casos em que já existe uma estruturação estatal protetora de um determinado direito garantido pela Constituição, com recursos destinados a tal finalidade. Nestas hipóteses a intervenção jurídica tem o escopo de inibir as exclusões ilegítimas de algum cidadão ao alcance das prestações implantadas. Pelo paradigma da inclusão, “havendo estrutura protetora e recursos dotados para a proteção do direito, não poderá o Estado valer-se do fundamento de que lhe faltou reserva financeira para justificar sua inação” (PIVETTA, 2014, p. 225). Uma advertência, contudo, merece relevo. O paradigma da inclusão não deve ser reduzido às hipóteses em que a exclusão se der em razão de fatores discriminatórios. Neste sentido e com exemplos ilustrativos relacionados ao direito à saúde, é o entendimento abaixo colacionado:

Vale dizer, não é necessário existir uma finalidade discriminatória na ação estatal para que o caso seja abarcado pelo paradigma da inclusão. Em suma, é estritamente objetivo o critério para a alocação de determinada hipótese sob o paradigma em comento (qual seja, a exclusão de determinado sujeito de uma estrutura protetora estatal, mesmo havendo capacidade para incluí-lo). Dito em outras palavras, não é relevante a presença de qualquer elemento subjetivo (dolo, negligência, etc.). [...] Como exemplo, cite-se a situação hipotética em que alguns usuários do SUS acometidos de determinada doença estejam sendo tratados com medicamento específico, de acordo com a diretriz terapêutica traçada para o caso. Se o gestor local do Sistema, por equívoco, deixar de adquirir aquele medicamento por acreditar que não havia mais infectados na região, tal conduta poderá ser reprimida judicialmente. Da mesma forma, interpretações equivocadas sobre a diretriz de atendimento integral do SUS tem promovido a exclusão indevida de diversos usuários do sistema público de saúde. Isso porque, pelo fato de suas condições clínicas não se amoldarem às diretrizes terapêuticas previstas, não lhe é fornecido tratamento alternativo eficaz. Ambas as situações narradas podem ser incluídas no paradigma da inclusão (PIVETTA, 2014, p. 225).

De outra sorte, se determinada prestação concretizadora do direito social ultrapassa os limites da estrutura de proteção implantada pelo Estado, o paradigma não pode

mais ser o da inclusão, ingressa-se no paradigma da escassez. Nos casos atingidos pelo paradigma da escassez, a prestação material demandada pelo indivíduo não pode ser considerada, *prima facie*, um direito subjetivo público, uma vez que eventual decisão judicial implicaria o remanejamento de recursos financeiros a ações e serviços não previstas de início. Nas situações que se amoldem a essa descrição, a inação estatal não será, desde logo, inconstitucional. A atividade jurídica, nestas situações, será a de assegurar a compatibilidade da distribuição de recursos às imposições e prioridades da Constituição. Enquanto no paradigma da inclusão a reserva do financeiramente possível não encontra lugar de uso porque pressupõe-se que o Estado já era obrigado – inclusive por autovinculação às políticas já existentes –, no paradigma da escassez a reserva do possível encontra melhor abrigo, pois poderá acarretar necessidade de realocação de recursos. Para verificar se a distribuição dos recursos foi constitucional, Grosman (2008, p. 65-94) sugere um critério de “igualdade estrutural de oportunidades”, segundo o qual a opção orçamentária feita pelo Estado será compatível com a Constituição quando prover alterações na estrutura social, de modo a permitir que todos possam, tanto quanto possível, concorrer igualmente às oportunidades se satisfação material de suas necessidades.

Inegavelmente aproximando-se dos parâmetros do direito comparado antemencionados, a doutrina e a jurisprudência nacionais, com especial afinco em relação ao direito à saúde, acrescentam à “igualdade estrutural de oportunidades” as noções – direta e indiretamente extraídas da Constituição da República – da proporcionalidade, da dignidade humana e do mínimo existencial (quase que exaustivamente tratados nos itens anteriores).

Para Ingo Sarlet (2009, p. 287) e Ana Paula de Barcellos (2008, p. 202), a reserva do possível deve ser analisada segundo os três desdobramentos que lhe são inerentes: a disponibilidade fática dos recursos financeiros necessários ao fornecimento das prestações; a distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas (o que influencia sobremaneira a alocação e gestão dos recursos públicos); e a proporcionalidade e razoabilidade da prestação demandada, no que concerne à sua exigibilidade. Barcellos (2008, p. 205-206), acrescenta ainda que:

O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social. Assim, levar a sério a “reserva do possível” (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do sentido do disposto no art. 5, § 1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente

aplicação dos mesmos. Por outro lado, para além do fato de que o critério do mínimo existencial – como parâmetro do reconhecimento de direitos subjetivos a prestações possível (...), também assume relevo o já referido princípio da proporcionalidade, que deverá presidir a atuação dos órgãos estatais e dos particulares, seja quando exercem função tipicamente estatal, mesmo que de forma delegada (com destaque para a prestação de serviços públicos), seja aos particulares de um modo geral. Além disso, nunca é demais recordar que a proporcionalidade haverá de incidir na sua dupla dimensão como proibição do excesso e de insuficiência, além de, nesta dupla acepção, atuar sempre como parâmetro necessário de controle dos atos do poder público, inclusive dos órgãos jurisdicionais, igualmente vinculados pelo dever de proteção e efetivação dos direitos fundamentais.

Acompanhando as construções doutrinárias acima descritas, o Supremo Tribunal Federal – no julgamento da ADPF nº 45, de relatoria do Min. Celso Antônio Bandeira de Mello – consolidou entendimento de sensível repercussão, pelo que merece exposição (especialmente no que toca à atribuição ao Estado do ônus de *comprovar objetivamente* a insuficiência de recursos e sobre a relevância da dignidade humana e do mínimo existencial) o trecho do julgado destacado a seguir:

(...) Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível, notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. *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 impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.* (...) Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível. Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas⁷. (g.n.)

Neste sentir, foram registrados e desmistificados, nas linhas anteriores, os entraves que, de maneira mais recorrente, são apontados contra o ativismo jurídico na concretização de direitos sociais, especialmente o direito à saúde. Com isso, não se pretende

⁷ STF - ADPF: 45 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 29/04/2004, Data de Publicação: DJ 04/05/2004 PP-00012 RTJ VOL-00200-01 PP-00191

ignorar a relevância dos argumentos apresentados pelos críticos, uma vez que estes não devem ser, de todo, rejeitados. Ao revés, a intenção é demonstrar que o ativismo jurídico, ainda que seja tarefa possível e necessária, deve ser empreendido com toda a cautela que exige para que não caiam por terra as contraposições aqui sustentadas.

4.3 Medidas alternativas ao controle judicial e adequadas à concretização do direito à saúde

4.3.1. A situação da efetividade do direito fundamental à saúde no cenário nacional e os espaços para judicialização das políticas públicas de saúde

A partir das conjecturas dogmáticas traçadas até o momento já é possível delinear um cenário mais ou menos preciso a respeito das possibilidades e limites para uma intervenção jurídica no controle das políticas sanitárias, sem uma decorrente violação ao equilíbrio institucional previsto pela Constituição da República vigente. É dado, então, o momento de se construir um panorama dos espaços abertos ao ativismo jurídico na concretização do direito fundamental à saúde, sob duas perspectivas: o controle objetivo das políticas sanitárias e o controle subjetivo das políticas sanitárias.

No controle objetivo, se discutirá, em um primeiro momento, se a política pública de saúde – em abstrato – está inserida na concepção de dever do Estado a que se refere o art. 196 da CRFB/88. Uma vez estando e sendo provocada a atuação do Judiciário, o magistrado verificará se a política sanitária foi implantada pelo Poder Público. Em sendo negativa a resposta, estará caracterizada a omissão estatal. Em sendo positiva, o próximo passo será analisar se a política existente é inadequada ou insuficiente à concretização do direito à saúde segundo as diretrizes e determinações constitucionais. Em se tratando de política existente em que o controle a partir do ativismo jurídico tenha o escopo de declarar sua (in)constitucionalidade ou (i)legalidade (segundo a estrutura jurídico-normativa do direito à saúde) as possibilidades de atuação do Judiciário são bem elásticas, incidindo apenas a reserva de ponderação e não incidindo as reservas do possível e do politicamente adequado. A título de exemplo, pode ser mencionada a política de internação compulsória de usuários de *crack* implementada em São Paulo em 2013. No caso, seria enfrentada a constitucionalidade da política, em razão o patente conflito entre direitos fundamentais (proteção à saúde e liberdade individual). Por outro lado, em se tratando de política existente e ineficiente (no sentido de haver falhas em sua operacionalização que inviabilizem a consecução das finalidades estabelecidas em sua própria estrutura normativa), também não haverá maiores

impedimentos à atuação do magistrado, uma vez que se trata de mera falha de execução. O magistrado poderá impor ao Estado obrigação de fazer, no sentido de adotar as medidas necessárias à correção do problema, pois a Administração está vinculada a dar efetividade às determinações por ela própria estabelecidas (autovinculação), aplicando apenas a reserva de ponderação. Um exemplo seria o caso de algum medicamento constante na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME deixar de ser distribuído por um Município por ter o administrador deixado de comprá-lo ou o caso de a União deixar de repassar a um determinado Estado os recursos previstos no PNS para a construção de hospitais naquele ente federativo. Por derradeiro, em se tratando de política inexistente (quando deveria existir) ou existente, porém ineficiente e insuficiente em si própria, as demais reservas oponíveis ao ativismo jurídico (do financeiramente possível e do politicamente adequado) encontram maior lugar de aplicação. Isso porque, “embora o julgador tenha competência para concluir quanto à inexistência ou insuficiência da política, ele não poderá substituir-se ao administrador e formular o programa a ser implementado.” A decisão judicial, nestes casos, poderá resultar na imposição de uma obrigação de fazer para o Estado, “induzindo-o a adotar mecanismos adequados de formulação da política pública, de modo que a solução para concretização do direito fundamental seja construída de maneira dialógica.” (PIVETTA, 2014, p. 206-2014) É possível, ainda, que em casos extraordinários, o juiz imponha ao administrador a obrigação de providenciar diligências emergenciais (especialmente quando envolvido na questão o mínimo existencial) até que seja implantada uma política sanitária adequada. Neste sentido, é interessante que se observe o exemplo estampado a seguir:

Assim, por exemplo, em Município que disponha de estrutura absolutamente precária de atendimento à saúde da população, com insuficiente número de unidades de atendimento médico, poderá o juiz, ao reconhecer a insuficiência da política, condenar o Poder Público a contratar serviços médicos privados até que o serviço municipal seja regularizado. Ademais, prestações básicas de saúde, como defendido no trabalho, integram o chamado mínimo existencial (PIVETTA, 2014, p. 214).

Destarte, com base nos exemplos supramencionados, em sendo inexistente ou insuficiente a política sanitária ao alcance dos fins constitucionais, o magistrado poderá impelir obrigações de fazer ao Estado, como a estruturação de leitos hospitalares, deixando às contas do administrador público os demais aspectos relacionados à obrigação (como o local da construção, a forma de obtenção dos recursos, eventuais parcerias com outros entes federativos ou com a iniciativa privada, etc.), evitando invasões arbitrárias e desnecessárias às atribuições de outro poder constituído, de modo a preservar o equilíbrio constitucional.

Noutro giro, o controle subjetivo das políticas públicas de saúde avalia os reflexos da política sanitária na esfera jurídica individual do cidadão. Analisar-se-á a existência – em concreto – do direito subjetivo do indivíduo à prestação sanitária. Em se constatando que o indivíduo tem direito à uma prestação “X” o passo seguinte é avaliar se já existe uma política sanitária estatal “Y” destinada às finalidades inerentes à prestação “X.” Uma vez existindo a política “Y” (é dizer, se já houver uma estrutura normativa-organizacional capaz de atender a pretensão), se verificará se ela atende satisfatoriamente ou não a prestação “X” a que tem direito o indivíduo, a fim de se averiguar se houve omissão do Poder Público. Nesta situação, incide a mesma máxima aplicada à situação equivalente correlata ao controle objetivo (incidência apenas da reserva de ponderação e não incidência das reservas do possível e do politicamente adequado), pois, se a política já existe, o Judiciário pode determinar sua correta aplicação ao caso concreto em virtude da autovinculação que obriga a Administração Pública a cumprir o estabelecido em seus próprios programas. De outra sorte, se mesmo que (com base no conteúdo mínimo do direito à saúde estabelecido na Constituição e na legislação conformadora infraconstitucional) se verificar que o cidadão tem direito à prestação “X”, porém, não houver sido implantada pelo Estado nenhuma política sanitária capaz de atender a pretensão legítima, o Estado, decerto, será omissor. Para a doutrina, quando a omissão estatal se enquadrar nesta hipótese, incidem as reservas do politicamente adequado e do financeiramente possível, entretanto, sempre serão observados – em primeiro lugar – a garantia do mínimo existencial e a proporcionalidade (no sentido de “proibição da proteção insuficiente”) (SARLET, 2009, p. 397).

Para melhor sedimentar os parâmetros de atuação do poder Judiciário no controle das políticas sanitárias, a partir da estrutura normativa constitucional e infraconstitucional reguladora do direito à saúde (especificamente com relação ao controle subjetivo, que concentra o maior volume de demandas), o Supremo Tribunal Federal – então presidido pelo Min. Gilmar Mendes – convocou, em 2009 a Audiência Pública da Saúde⁸ e, a partir de então, os parâmetros decorrentes da discussão ali travada tem orientado a jurisprudência relativa ao tema. O entendimento passou a ser consolidado em julgados que tramitaram na própria corte (como o já mencionado AgRg na Suspensão de Liminar 47, de relatoria do próprio Min. Gilmar Mendes) e tem se reproduzido nos tribunais brasileiros unificando a jurisprudência na matéria. Foram estabelecidos, para o controle jurídico subjetivo das políticas sanitárias, os

⁸ Audiência Pública no Supremo Tribunal Federal – Saúde. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf. Acesso em: 25 fev. 2016.

seguintes critérios: (a) eficácia do medicamento/tratamento demandado reconhecida pela comunidade científica (ou, simplesmente, registro na Anvisa, o que pressupõe a eficácia); (b) que o medicamento/tratamento requerido seja comprovadamente adequado à situação clínica do requerente; (c) ausência de outro medicamento/tratamento, tão eficaz quanto, nas políticas contidas no SUS; (d) a prescrição do medicamento/tratamento pleiteado por profissional habilitado (preferível que seja médico credenciado ao SUS); (e) que o requerente não tenha condições de custear o medicamento/tratamento sem prejuízo de sustento próprio ou de sua família; (f) nos casos não abarcados por políticas sanitárias já existentes, o poder público poderá se negar a conceder a prestação se o tratamento for experimental (primeiro porque sua eficácia não é comprovada e segundo porque o paciente deverá, neste caso, inscrever-se na pesquisa médica responsável pela experiência) ou se houver vedação legal para sua concessão (a exemplo da concessão de insumos cuja produção, venda e consumo são vedados por não terem registro na Anvisa – art. 12 da Lei 6.360/1976). Frise-se que este último critério (vedação legal), pelo estabelecido na própria audiência, não é absoluto. Nas palavras de Saulo Pivetta (2014, p. 233):

É possível que, em razão da demora na tramitação do pedido de registro, algum cidadão seja privado do tratamento sob análise. Assim, em casos excepcionais, poderá ser relativizada a vedação, concedendo-se a prestação ainda que o medicamento não tenha obtido registro. Mas, reforça o Ministro, esta deve ser medida de exceção, com forte instrução probatória demonstrando sua adequação à situação clínica do paciente, bem como a inexistência de tratamento alternativo ofertado pelo SUS.

O entendimento assentado pelo STF se mostra acertado porque se coaduna às disposições normativas constitucionais e infraconstitucionais referentes ao direito à saúde, como a integralidade e a obediência à diretriz da “medicina com base em evidências” adotada pelo SUS. Merece registro, ainda, que também foi reconhecida, na audiência, a responsabilidade solidária de todos os entes federativos para figurar no polo passivo das demandas de saúde por interpretação constitucional dos arts. 23, II e 196 da CRFB/88.

Como mencionado no *item 4.1.3*, segundo o que se discutiu ainda naquela Audiência Pública, da análise da efetividade do direito à saúde no Brasil se pode inferir que a maior parcela de responsabilidade pela falta de eficácia social que é atribuída a este direito fundamental decorre de falhas do gestor público da saúde, porque as políticas sanitárias – em tese – se mostram suficientes para a ampla maioria dos casos. O Brasil tem vasta estrutura normativa (legislativa e administrativa) referente à saúde. A maioria dos problemas se dá na execução dos programas implantados e é causada, especialmente, pela má gestão e pela má

distribuição de recursos. Assim, pertinente é a exposição de alguns números relativos à situação da saúde no Brasil que, além de justificarem socialmente a necessidade do ativismo jurídico na concretização deste direito fundamental, evidenciam as deficiências operacionais supramencionadas. No país, segundo pesquisa feita pela Organização Panamericana da Saúde, em 2012, 75% da população depende *exclusivamente* do SUS⁹. É dizer, cerca de 150 milhões de brasileiros não tem outra alternativa além do SUS para ter acesso à prestações materiais de saúde. Contribuindo negativamente para a situação calamitosa da saúde pública no Brasil, devem ser ressaltados os dados anteriormente mencionados (*item 3.3.3*) sobre o percentual do PIB investido em saúde. Dos 8% do PIB investidos, no Brasil, em saúde, apenas 3,6% correspondem a recursos despendidos pelo Estado, enquanto todo o restante dos recursos é proveniente da iniciativa privada para ser investido na saúde privada. É dizer, 75% da população tem suas necessidades salutaras satisfeitas pela menor parcela dos recursos aplicados em saúde no país. Essa disparidade revela uma das raízes da síndrome de inefetividade da saúde que tem elevado sobremaneira o número de demandas judiciais sobre a matéria. Outra pesquisa, esta realizada em 2015 pelo Conselho Federal de Medicina¹⁰, aponta que 93% dos brasileiros considera o Sistema Público de Saúde péssimo, ruim ou regular. Essas disparidades revelam uma das raízes da síndrome de inefetividade da saúde que tem elevado sobremaneira o número de demandas judiciais sobre a matéria.

A construção jurisprudencial produto da atuação da Suprema Corte brasileira tem sido proveitosa para o tratamento adequado da questão, haja vista que, como afirmado anteriormente neste trabalho, o ativismo jurídico encontra lugar em nosso ordenamento, porém, em hipótese alguma, deve ser desprovido de limites. Se nem mesmo a atuação criativa do legislador e do administrador é integralmente livre, uma vez que vinculadas às prioridades eleitas pelo constituinte, menos ainda o será a do magistrado e um entendimento jurisprudencial da máxima instância do ordenamento pátrio, nesta direção, é de suma importância. Ainda que o controle jurisdicional seja constitucionalmente possível e necessário, a longo prazo, especialmente, não é a solução mais eficaz. Contudo, mormente em se tratando do direito à saúde e sua estreita relação com o direito à vida, é de se entender que, pela urgência inerente às necessidades correlatas ao direito à saúde (e sua repercussão na dignidade humana e no mínimo existencial), estas não se podem fazer esperar por longos períodos, ainda mais em razão das omissões de um Estado que é obrigado a satisfazê-las.

⁹ Disponível em: http://www.paho.org/saludenlasamericas/index.php?option=com_content&view=article&id=9&Itemid=14&lang=pt. Acesso em: 28 fev. 2016.

¹⁰ Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/PDF/pesquisadatafolhacfm2015.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2016.

4.3.2. Reforma Política, mecanismos de acesso administrativo às prestações sanitárias, controle externo e controle da sociedade

A verificação de que o ativismo jurídico na concretização do direito fundamental à saúde é necessário, não significa dizer que seja esta uma solução ideal. O esperado – e desejável – seria a completa desnecessidade de atuação do Poder Judiciário para fazer cumprir obrigações ordinariamente dirigidas a outros poderes. A esta conjuntura, soma-se o fato de que as demandas judiciais correlatas à saúde, em sua maioria, tratam de casos isolados (haja vista que, como indicado anteriormente, o controle subjetivo ocupa espaço muito maior que o objetivo) de modo a serem privilegiados os cidadãos com maior grau de instrução e com maior disponibilidade de recursos para acessar o Judiciário. Se poderia, neste ponto, apontar que as Defensorias Públicas suprem essa deficiência, entretanto (ainda que a atuação defensorial tenha se otimizando sobremaneira na concretização do direito à saúde, especialmente na última década), não se pode dizer, infelizmente, que estas instituições sejam suficientemente estruturadas para atender a integralidade de demandas de saúde daqueles que não podem, por seus próprios esforços, constituir advogado privado. Some-se a estes fatores o fato de ser o Brasil um país em que os baixos índices de escolaridade ainda são alarmantes e as desigualdades econômicas são evidentes. De todo estes apontamentos decorre uma inferência: o acesso à justiça no Brasil ainda não foi democratizado. Por esta razão, é dado o momento de se apresentar, neste trabalho, algumas medidas alternativas ao controle jurídico que sejam adequadas à concretização do direito à saúde. É imperioso ressaltar que as considerações que serão aqui explanadas não têm qualquer pretensão de exaurimento. Muito ao revés, todos os esforços empreendidos em complementá-las e ampliar o leque de possibilidades não jurídicas de efetivação da saúde são úteis, oportunos e necessários.

Os espaços abertos no ordenamento ao ativismo jurídico em sede de controle das políticas públicas sanitárias não podem significar outra coisa senão o mal funcionamento da máquina pública, em especial em sua função executiva, na concretização do direito fundamental à saúde. Vários fatores concorrem para esta conjuntura. Dentre os principais deles: a falta de vontade política dos poderes estatais ordinariamente incumbidos dessa múnus em concretizar a constituição (como mencionado no *item 4.1.3*); os recursos desviados das políticas sanitárias para fins escusos (produto da corrupção); e o sentimento de falta de representatividade política e de descrença no poder público alastrado pelo país. Destes elementos – que estão longe de serem os únicos – decorre a primeira sugestão alternativa ao controle jurídico e adequada à concretização do direito à saúde, que é a discussão

democrática, formulação e implementação de uma reforma política. Neste sentido é o entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso (2009, p. 9-10) que, ao analisar o ativismo jurídico, preceitua que:

O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo – e isso não se passa apenas no Brasil – na atual quadra histórica. A adiada reforma política é uma necessidade dramática do país, para fomentar autenticidade partidária, estimular vocações e reaproximar a classe política da sociedade civil. Decisões ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados. Mas não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade.

Além da reforma política, que poderia implicar otimizações orçamentárias, estruturais e (porque não?) moralizantes da gestão pública da saúde, a elaboração de novos mecanismos administrativos de concentração de demandas e resolução de conflitos referentes à concretização das políticas sanitárias seria outro interessante instrumento não jurídico para conferir efetividade ao direito à saúde. Em se tratando de saúde pública, tem-se mostrado indispensável a formulação de procedimentos que viabilizem a identificação da ineficácia ou insuficiência da política sanitária ainda na seara administrativa. Assim, um cidadão que necessite de um tratamento não ofertado pelo SUS, por exemplo, poderia recorrer diretamente à Administração Pública para que fosse, desde logo, analisada sua necessidade específica e possibilidade de concessão da prestação, de modo a tornar mais eficiente o acesso do cidadão impossibilitado de demandar judicialmente às ações e serviços públicos de saúde. Com assente nesta constatação, Saulo Pivetta (2014, p. 246-247) traz à mostra o interessantíssimo exemplo do Estado do Paraná, onde foi criado o “Comitê Executivo da Saúde” (entidade regionalizada composta por magistrados, membros do Ministério Público, Defensores Públicos, representantes da OAB, do Governo do Estado e da Procuradoria do Estado). A atividade do Comitê Executivo da Saúde reduziu sobremaneira o número de ações judiciais cujo objeto eram prestações públicas de saúde. Segundo dados exibidos no 4º Encontro Regional do Comitê, em 2012, tramitam no Estado do Paraná por volta de 3 mil ações relativas ao direito à saúde, enquanto no Estado de Santa Catarina tramitam 9 mil e no Rio Grande do Sul cerca de 80 mil. Para Pivetta (2014, p. 247), contudo, ainda que o modelo experimentado no Paraná represente significativo avanço e mereça elogios, ainda reclama melhorias essenciais, especialmente com relação ao momento da avaliação das demandas pelo Comitê. Nas palavras do autor:

De acordo com a Procuradora do Estado Cristina Leitão Teixeira de Freitas, a PGE do Estado do Paraná possui comissão que se dedica ao estudo das ações de saúde de maneira que em muitos casos a Procuradoria consegue substituir o medicamento requisitado pelo autor por um que já foi fornecido pelo SUS, extinguindo a ação. No entanto, o panorama não é ideal, sobretudo porque a Procuradoria, embora exerça um elogiável trabalho, atua apenas quando a demanda já foi proposta. É imperioso que o próprio Estado se adiante, instituindo instrumentos que evitem a necessidade de o cidadão reclamar judicialmente. De qualquer forma, a redução do número de ações no Estado do Paraná aponta para um mecanismo que deve ser fortalecido e aprofundado: a articulação entre os segmentos com atuação na área (Ministério Público, Defensoria Pública, Governo do Estado, etc.) para que sejam estruturados meios mais eficientes para a concretização do direito à saúde.

Outra alternativa ao controle jurisdicional das políticas sanitárias, também indicada por Saulo Pivetta (2014, p. 247) pode ser encontrada no controle externo das políticas públicas a ser exercido pelos Tribunais de Contas conforme a disposição do art. 71 da CRFB/88. A atuação das cortes de contas tem relevância para inibir e punir as condutas inconstitucionais e ilegais do gestor da saúde pública, bem como para “acompanhar e identificar falhas nas políticas públicas desenvolvidas pela Administração Pública.” Deve ser ressaltado que os Tribunais de Contas são dotados de estrutura física e humana qualificadas para a fiscalização (no sentido de uma espécie de “controle de qualidade”) da gestão administrativa dos recursos públicos, inclusive os destinados à saúde, controlando aspectos atrelados à legalidade, legitimidade e relação custo/benefício da aplicação do dinheiro público.

Por derradeiro e, de modo algum, com menor magnitude, importante que seja incluída entre as medidas alternativas à judicialização da saúde a participação popular na concretização deste direito fundamental. Dispensa justificativas a afirmação de que ninguém teria legitimidade e propriedade maior que o próprio cidadão usuário – destinatário direto das políticas sanitárias – para averiguar a eficiência do sistema de saúde pública, de modo que o controle social, além de ser um eficiente mecanismo de controle, também contribui para a democratização da política estatal. Ciente desta conjuntura, a própria Constituição estabeleceu a participação popular como diretriz do SUS e a legislação infraconstitucional conformadora (Lei nº 8.142/1990) instituiu os Conselhos de Saúde e as Conferências de Saúde (conforme assinalado no *item 3.3.2*), verdadeiros foros institucionais de discussão, sugestão de formulações e controle das políticas sanitárias. Sucede que, ainda que já implantados mecanismos concretos de participação da comunidade no controle das políticas públicas, estes espaços ainda são alheios ao conhecimento do público geral. Considerável parcela da população sequer suspeita da existência dessas instâncias de discussão democrática das políticas sanitárias que são potencialmente otimizadoras do sistema de saúde pública. Assim,

é imprescindível que o poder público – maior interessado em conter a judicialização excessiva – promova publicidade adequada destes mecanismos. Sobre a relevância da participação popular no controle das políticas públicas, é de grande valia o posicionamento da Professora Cláudia Gonçalves (2013, p. 258-263) para quem a judicialização da política, ainda que necessária, não é suficiente para a verdadeira garantia do mínimo existencial e se restringe à promoção de um *mínimo social*. A satisfação – mais próxima do ideal – dos direitos fundamentais (e das necessidades básicas que lhes são correlatas) somente seria possível a partir de um verdadeiro comprometimento dos setores populares na formulação, implementação e execução das políticas públicas. Em seu entender:

Não se trata, aqui, de desconhecer a absoluta importância e mesmo premência da justiciabilidade das políticas públicas. Ocorre, contudo, que os mecanismos jurisdicionais, via de regra, limitam-se às garantias dos *mínimos sociais*. Sobreexercer esses patamares, entretanto, reclama, muitas vezes, concretização legislativa e, acima de tudo, políticas públicas comprometidas inteiramente com a eficácia dos direitos fundamentais sociais. O referido mister, portanto, suscita e reclama atuação política contínua e intensa dos movimentos populares, em favor da concretização dos direitos fundamentais, quebrando, por via reflexa, a *naturalização do poder* que tem ajudado a vulnerar ainda mais a normatividade dirigente. (...) É dizer, o ativismo jurídico e as lutas populares precisam reiterar o papel das constituições dirigentes, especialmente em países onde urge resgatar severas dívidas sociais, estabelecendo a interconexão entre liberdades e direitos sociais (*grifos da autora*).

Neste caminhar, pertinente e proveitosa, ainda, a observação no sentido de que a intensificação da participação popular no controle das políticas públicas – sanitárias ou não – depende do que o Professor José Cláudio Pavão Santana (2014, p. 55) denomina “sentimento constitucional.” Para o autor, e no seio da Constituição da República de 1988, a cidadania:

(...) tem conotação sociológica e não só jurídica, pois se refere a um estágio em que o destinatário da Constituição viu reunidos direitos de dimensão ímpar, se considerado o constitucionalismo brasileiro. É, precisamente, sob o prisma cívico que os direitos fundamentais poderão ser compreendidos sem os percalços dos questionamentos que tanto afligem os estudiosos: saber de sua dimensão supra-estatal ou universal. É, também aqui, onde se identificará o plano normativo do “comprometido-concretizado.” (...) Crê-se, assim, que a dimensão cívica é a via de formação do sentimento constitucional, através de um processo que se inicie desde a mais tenra idade, seguindo até a formação superior. (...) O sentimento constitucional é a fórmula mais segura e consciente de politização, portanto, de efetivação constitucional.

É oportuno, então, que se ressalte que as medidas alternativas aqui indicadas contribuiriam sobremaneira para inibir a imediata condução ao Judiciário dos problemas correlatos ao direito à saúde. Não com o propósito de cercear o acesso à Justiça, o que seria evidentemente inconstitucional. Muito ao revés, os objetivos seriam os seguintes: (a) trazer a

concretização daquele direito fundamental preferencialmente para os poderes ordinariamente constituídos para esta finalidade; (b) viabilizar a efetiva prestação material pleiteada num intervalo de tempo menor (vez que a morosidade judicial, em alguns casos, não permite que a tutela seja prestada em tempo hábil); (c) aproximar o Sistema Único de Saúde do usuário; e (d) promover melhorias de caráter geral e não apenas pontual (em casos isolados), de maneira a aprimorar o sistema público para toda a coletividade e promover uma ampliação mais significativa dos níveis de concretização do direito à saúde em seu aspecto universal. Assim, forçoso que se reconheça que a judicialização da saúde ainda é necessária. Entretanto, além de ser encarada como medida de exceção, não pode ser acolhida como solução a ser permanentemente instituída, o propósito deve ser o de torná-la cada vez menos necessária, fazendo dos direitos fundamentais sociais cada vez mais efetivos pelas vias propostas e por todas as outras que se mostrarem eficientes e constitucionalmente adequadas.

Notável parcela da doutrina alerta, ainda, para o perigo da judicialização excessiva. Isto porque decisões que tutelam individualmente a saúde enquanto direito subjetivo devem ter o cuidado de não desviar a atenção da titularidade coletiva desse direito. Neste sentido, é o entendimento do Professor Herberth Figueiredo (2015, p. 256-257), para quem:

As decisões judiciais determinando serviços de saúde *uti singuli* (individuais) e não *uti universi* (coletivos) representam deliberações alocativas de recursos em saúde pública pois estabelecem como devem ser gastos os recursos da política de ações e serviços de saúde (...). A alocação de recursos pelo Poder Judiciário, com base em critérios globais, para atender os problemas de saúde individuais em detrimento dos interesses de uma coletividade, que não se faz representar em juízo, prejudica as prioridades do sistema de saúde coletivo estabelecidas pelo sistema político. Não se defende aqui que as necessidades individuais não devam ser atendidas (...). No entanto, como o direito à assistência à saúde depende de uma política pública e de recursos públicos para ser garantido, sob a perspectiva da justiça distributiva, é preciso que essas necessidades individuais sejam contextualizadas dentro da política pública de saúde.

Contudo, esse ainda não é um perigo exatamente iminente. Segundo relatórios internos do Ministério da Saúde¹¹, no ano de 2012 a União gastou cerca de 340 milhões de reais no cumprimento de determinações judiciais em demandas relativas ao direito à saúde. Este montante (apesar de estar longe de ser irrisório) representa, porém, apenas 0,5% do orçamento da pasta da saúde. É dizer, por mais que se trate de um valor considerável, também

¹¹ Dados obtidos pelo relatório do Ministério da Saúde “Orçamento Anual de 2012 - Despesa dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social, por órgão orçamentário.” Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/sof/orcamentos-anaais/20121/loa/l12595_12_anexo_ii.pdf/view>. Acesso em 28 de fev. de 2016.

não é um valor exorbitante a ponto de reproduzir um risco imediato comprometedor da saúde pública. Se, por um lado, nos anos recentes esses números ainda não são alarmantes, não se pode ignorar que tais valores têm crescido e continuam crescendo. Esta é a razão pela qual se infere que, apesar da judicialização não ser (ainda) um risco próximo, se olvidadas as medidas não jurídicas ao controle das políticas sanitárias e concentrada toda a atividade tendente à concretização do direito à saúde na tutela jurisdicional, poderá estar comprometida – a longo prazo – a integralidade de um sistema pela individualização de um direito que é essencialmente coletivo, ainda que, enquanto direito-subjetivo, seja individualizável. Também em função deste quadro tem nascido na doutrina (e na própria jurisprudência) uma tendência pela valorização da tutela coletiva e das medidas extrajudiciais (especialmente pela participação popular) como maneira mais salutar para concretização do direito à saúde e para melhoria e longevidade do SUS.

4.3.3 Direcionamento das soluções alternativas com base em dados estatísticos e indicações doutrinárias

No tocante às medidas alternativas ao controle jurídico explanadas no tópico anterior, especialmente com relação aos controles externos e social, são pertinentes algumas sugestões de concentração dos esforços da atuação da comunidade e dos tribunais de contas, especialmente com relação às matérias específicas a que são dirigidos os recursos destinados à saúde. Segundo pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA¹², a falta de médicos concentra 58,1% de todas as reclamações dos usuários com relação à qualidade dos serviços prestados pelo Sistema Único de Saúde. Em segundo lugar, com 35,4% das reclamações, está a demora na realização dos atendimentos nos postos de saúde e nos hospitais públicos. Em terceiro lugar, concentrando 33,8% das reclamações, está a demora (ainda maior) para o acesso a consultas com especialistas. Esse quadro é ainda mais grave se analisado em uma perspectiva regional, uma vez que se verá considerável disparidade com relação ao número de médicos por habitante em cada região. Segundo o levantamento do IBGE referente ao ano de 2011¹³, a razão representativa do número de médicos a cada mil habitantes correspondia: (a) na Região Norte, a 0,98 médicos; (b) na

¹² Dados obtidos na pesquisa “Sistema de Indicadores de Percepção Social – Saúde.” Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/110207_sipssaude.pdf>. Acesso em 29 de fev. de 2016.

¹³ Dados obtidos na pesquisa “Número de médicos e razão de médico por habitantes segundo as Grandes Regiões e as Unidades da Federação – 2011.” Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv66777.pdf>>. Acesso em 29 de fev. de 2016.

Região Nordeste, a 1,19 médicos; (c) na Região Sudeste, a 2,61 médicos; (d) na Região Sul, a 2,03 médicos; (e) na Região Centro-Oeste a 1,99 médicos. Assim, imprescindível que os setores populares se debrucem com mais afinco sobre a questão, pressionando o poder público, através dos mecanismos que lhes são disponibilizados (como apontado em momentos anteriores neste trabalho), a promover uma melhoria significativa dos índices supracitados, seja pela contratação de um número maior de profissionais de saúde ou pela ampliação das estruturas universitárias para que sejam abertas mais vagas para o curso de medicina. Crucial também que os Tribunais de contas, no exercício do controle externo, procedam à fiscalização da aplicação dos recursos públicos destinados a esta finalidade.

Por outro lado, como aponta Ana Paula de Barcellos (2008, p. 144) o saneamento básico “entendido como o processo que inicia com a captação ou derivação da água, seu tratamento, adução e distribuição, e finda com o esgotamento sanitário e a efusão industrial” é uma das diligências mais caras à saúde básica nos tempos atuais, de modo que exige atenção especial e comprometida do poder público por ser uma das principais causas primárias da grande maioria das doenças. Uma advertência que não pode ser ignorada pode ser extraída do fato de que “estima-se que 80% das doenças e mais de 1/3 da taxa de mortalidade mundiais ocorram da má qualidade da água utilizada pela população ou da falta de esgotamento sanitário adequado.” São doenças como hepatite, dengue, cólera, diarreia, leptospirose, febre tifoide e paratifoide, esquistossomose e infecções intestinais, conhecidas na área da saúde como “doenças do subdesenvolvimento.” A autora chama atenção para o fato de que:

Desde meados da década de 80, a Organização Mundial de Saúde (OMS) considera o saneamento como a medida prioritária em termos de saúde pública mundial, até porque, de acordo com essa instituição, US\$ 1 investido em saneamento representa uma economia de US\$ 5 em gastos com prestações de saúde curativas.

Neste mesmo sentir, são profícuas as indicações de Saulo Lindorfer Pivetta (2014, p. 130-131), para quem o saneamento básico – que é medida preventiva crucial para se garantir uma população minimamente saudável – tem estado alheio às escolhas políticas prioritárias do Poder Público, que age assim de maneira inconsequente, haja vista que o investimento adequado em saneamento básico significaria, ainda, economia de recursos públicos (entendimento que, portanto, se harmoniza ao supramencionado). Para o autor:

As medidas preventivas, assim, além de assegurarem maior qualidade de vida, representam opção mais econômica ao Estado (...). Apesar disso, a realidade sanitária brasileira ainda não demonstra que as atividades preventivas representam prioridade do Poder Público (...) Dados do IBGE revelam que, em 2009, cerca de 80% dos domicílios em área urbana e 25% dos de área rural eram cobertos com rede

coletora de esgoto ou tinham acesso a fossa séptica. Contudo, a disparidade entre as regiões é enorme: enquanto em São Paulo 91,1% dos domicílios são alcançados por rede de esgoto, Rondônia (com 5,2%), Pará (2,7%) e Amapá (1,1%), possuem redes de esgoto bastante deficitárias. Este é um ponto nevrálgico para se compreender os principais problemas sanitários brasileiros – e, ao mesmo tempo, o adequado dimensionamento do comando constitucional de que a atenção prioritária às medidas preventivas constitui um relevante critério para viabilizar o controle das ações e omissões do Poder Público, especialmente, no que tange à dimensão coletiva do direito à saúde.

Ainda, segundo dados levantados pelo IGBE em 2010¹⁴, de doenças relacionadas ao saneamento inadequado, decorrem 68% do total das internações em hospitais públicos. Numa perspectiva regional, a mesma pesquisa indica que, destas enfermidades, decorrem a cada 100.000 habitantes: (a) 693,8 internações na Região Norte; (b) 533,1 internações na Região Nordeste; (c) 124,3 internações na Região Sudeste; (d) 212,1 internações na Região Sul; e (e) 447,7 internações na Região Centro-Oeste. Como se pode perceber, as desigualdades regionais mais uma vez se fazem presentes. Por tudo quando exposto, é indispensável que se cobre do poder público a implantação de políticas que melhorem significativamente a qualidade da água e esgoto consumidos pela população, uma vez que são evidentes os reflexos nefastos que o saneamento básico precário tem na saúde pública. É fundamental que esse controle, social e externo, com relação às políticas de saneamento se dê com maior intensidade ainda nas regiões Norte e Nordeste, onde se percebe os piores índices sanitários. Ainda com assente nas lições de Ana Paula de Barcellos (2008, p. 147) é primordial que se dê maior atenção à saúde básica, em seu entender:

(...) dificilmente se procura o Judiciário para obter tratamento, de hipertensão, diabetes, desnutrição, malária, doença de chagas, hepatite A, dengue, cólera, leptospirose, febre tifóide e paratifóide, esquistossomose, infecções intestinais, ou, ainda, para atendimento cardiológico, oftalmológico ou ginecológico preventivo, pré e pós-natal, ou, por fim, para que o Judiciário ordene ao Poder Público a realização ou custeio de um parto. E é assim não porque essas necessidades estejam sendo atendidas perfeita e espontaneamente pelo Poder Público, mas porque a questão não chega aos olhos do Judiciário e a doutrina não tem discutido o tema a ponto de formar uma massa crítica consistente. Ou seja: a saúde básica não é acudida nem pelo legislador, nem pelo administrador, embora este seja um dever jurídico que lhes é imposto pela Constituição, nem pelo Judiciário.

Segundo Edwards N., Hensher M. e Werneke U. (1998, p.236), os serviços hospitalares absorvem entre 45% e 75% dos recursos investidos nos sistemas de saúde. Esta constatação tem conduzido vários países à adoção de novas estratégias para reduzir gastos e

¹⁴ Dados obtidos na pesquisa “Internações hospitalares por doenças relacionadas ao saneamento ambiental inadequado - DRSAI, total e por categorias de doenças, segundo as Grandes Regiões e as Unidades da Federação - 2010.” Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv66777.pdf>>. Acesso em 29 de fev. de 2016.

aprimorar a efetividade da saúde. Dentre elas, podem ser citadas: a introdução de novas tecnologias (mais econômicas e mais eficazes); aperfeiçoamento da atenção primária à saúde visando a redução das internações; e investimentos na atenção domiciliar. Especificamente a respeito da atenção domiciliar, o Brasil implantou o programa chamado “Saúde na Família”, entretanto os impactos positivos estão longe do esperado ou da capacidade de promover melhorias sensíveis no quadro geral da saúde. A cobertura do programa não ultrapassa 30% dos domicílios do país, apesar do Ministério da Saúde apontar que são abrangidos 50% das famílias brasileiras. O ideal seria uma cobertura por volta de 85%, média alcançada por países como Inglaterra, Portugal e Espanha. (SOUZA, 2013)

Assim, as questões aqui aludidas (falta de médicos, saneamento básico, saúde preventiva e saúde básica) podem ser indicadas como os “calcanhares de Aquiles” da saúde pública brasileira, pelo que se recomenda que as atividades dos setores responsáveis pelas soluções alternativas à judicialização (apontadas no tópico anterior), especialmente as camadas populares e os Tribunais de Contas, concentrem suas atividades, preferencialmente, nos temas introduzidos nas linhas acima. Destarte, além de se contribuir para a redução do número de ações judiciais que asoberba o Judiciário, se colabora para a concretização do direito à saúde com maior proficiência e em tempo mais hábil.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Reconhecida a fundamentalidade, formal e material, do direito social à saúde, não se pode negar a este direito a máxima efetividade de que são – ou deveriam ser – revestidos os direitos fundamentais em consonância ao que apregoa e determina a ordem jurídica pátria, cuja maestrina é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Neste diapasão, especialmente em razão da imposição do art. 5º, § 1º da CRFB/88 associada à constatação de que existem direitos fundamentais espalhados por todo o texto constitucional, às normas constitucionais definidoras do direito à saúde deve ser conferida aplicabilidade imediata. Em que pese o fato de terem, em geral, as normas constitucionais definidoras de direitos sociais, traços programáticos, tais preceitos normativos não podem ser convertidos em mera promessa leviana (ou inconsequente, como prefere o STF) do constituinte. Destarte, é imperioso que se ressalte, ainda, o fato de ter a Constituição da República vigente um evidente caráter dirigente e compromissário. Neste sentir, é oportuno o resgate às lições de Miguel Calmon Dantas (2007, p. 2.340) para quem o constitucionalismo dirigente se manifesta, na realidade brasileira, em duas vertentes: uma projetista e uma de resistência. Em sua dimensão de resistência, a Constituição sinaliza sério compromisso com a defesa dos direitos sociais e fixa parâmetros de vinculação do Estado à preservação do mínimo existencial. Em sua dimensão projetista, a Constituição anuncia a opção pela ideia do máximo existencial como objetivo, de modo a estabelecer prospectivas de ampliação, no maior grau possível, das garantias à dignidade da pessoa humana.

Forçoso é, assim, o reconhecimento de que o Estado não pode negar atendimento às expectativas *legítimas* a ele confiadas pela sociedade em razão do que determina a Constituição. Contudo, é esta a maneira como tem se portado o Poder Público ao longo da história da República. É exatamente quando se confronta estas omissões estatais inconstitucionais à atual crise de ineficácia dos direitos fundamentais, mormente dos direitos sociais, que ganha amplos espaços a difusão do ativismo jurídico como fator supostamente revolucionário na empreitada da concretização dos direitos aqui referidos. Neste contexto, especialmente com relação ao direito fundamental à saúde – cujo conteúdo é razoavelmente delineado pelo próprio texto constitucional e cujo aparato regulatório infraconstitucional é consideravelmente vasto e robusto – o controle jurídico das políticas públicas sanitárias implantadas para sua efetivação tem projeção ainda mais proeminente. Isto se deve, em especial, à estreita relação entre direito à saúde e o direito à vida, bem como à inafastável

ligação deste direito fundamental à dignidade da pessoa humana e ao mínimo existencial, valores tão caros à nossa Lei Maior, especialmente em sua vertente de resistência.

Assim, tem se avolumado no Judiciário o número de demandas cujo objeto é o direito à saúde e em que se pleiteia a materialização da face prestacional deste direito por parte do Estado. Parcela significativa destas demandas questiona a inoperabilidade, ineficácia ou insuficiência das políticas sanitárias compreendidas pelo Sistema Único de Saúde, regido – dentre outras – pela diretriz da integralidade. Uma vez havendo um comando constitucional que vincula o Poder Público aos deveres de promoção, proteção e recuperação da saúde, quando estes deveres são descumpridos pelo Estado, o cidadão prejudicado pelas omissões estatais tem buscado as prestações materiais sanitárias de que necessita judicialmente. Sucede que a questão enseja demasiada cautela. Isto porque, caso não sejam observados certos critérios e caso não seja inconstitucional a omissão do Poder Público, a própria atuação do Poder Judiciário, mesmo quando provocado, será igualmente inconstitucional.

Dentre os critérios a serem observados no controle jurídico (objetivo e subjetivo) das políticas sanitárias se encontram: (a) o princípio da separação dos poderes (tendo em vista que os poderes ordinariamente constituídos para a criação e execução das políticas públicas são o Legislativo e o Executivo, qualquer intervenção do Judiciário nestas esferas deverá ser estritamente cautelosa, justificada e destinada – única e exclusivamente – ao saneamento de omissões inconstitucionais); (b) a reserva de ponderação (uma vez que, no exercício de suas funções, o Judiciário deverá sempre primar pelo equilíbrio entre os meios empregados e os fins pretendidos, especialmente em se tratando de demandas cujo objeto seja uma prestação estatal); (c) a reserva do politicamente oportuno ou adequado (as decisões políticas do poder público não serão sempre constitucionais, de modo que apenas nestas hipóteses estará autorizado o controle jurídico, entretanto, em seu exercício deverá sempre ser observada a reserva do politicamente oportuno para que se dê a oportunidade ao Poder Público de avaliar se não poderiam ser adotadas medidas menos custosas e tão – ou mais – eficientes quanto as pleiteadas); (d) a reserva do financeiramente possível (quando, diante das omissões inconstitucionais do Poder Público, não restarem comprometidos o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana, a atuação do Judiciário no controle jurídico das políticas sanitárias será restringida pela impossibilidade fática do Estado em atender a prestação pleiteada, desde que comprovada objetivamente a indisponibilidade de recursos financeiros).

Especialmente com relação ao controle subjetivo das políticas sanitárias, que concentra a maior parcela das demandas de saúde, foram verificados – com base na jurisprudência do STF, sedimentada a partir da Audiência Pública da Saúde realizada no ano

de 2009 – critérios específicos para concessão da tutela jurisdicional, que são basicamente: (a) inexistência de tratamento eficaz no SUS; (b) comprovação científica da eficácia e segurança da prestação sanitária demandada; (c) demonstração da adequação de que o tratamento pleiteado ao quadro clínico do paciente; (d) hipossuficiência do demandante.

Não obstante o ativismo jurídico no controle das políticas sanitárias (desde que observados os limites pertinentes) seja constitucionalmente viável, para que essa atividade seja exercida de maneira democrática e alinhada aos fins da Constituição, imprescindível que seja implementada de maneira dialógica, com ampla participação das partes e de seus representantes, de modo que o convencimento do magistrado não seja unilateral. Ademais, é de extrema relevância a atenção ao fato de que a concretização dos direitos fundamentais mediante o ativismo jurídico, o ativismo judicial, a judicialização da política (ou a denominação que se preferir), não poderá jamais ser entendida como uma solução ideal ou definitiva para a crise de inefetividade de que são acometidos tais direitos. Caso fosse esta a vontade constitucional, os Poderes Legislativo e Executivo não seriam ordinariamente incumbidos, pelo constituinte originário, desta missão. A intervenção jurisdicional deve ser excepcional. Se tem sido possível observar certa naturalização do ativismo jurídico como parte orgânica do sistema – e não como instrumento de restabelecimento deste mesmo sistema por meio do saneamento de omissões inconstitucionais – é possível também se verificar indícios de uma deturpação da própria ordem constitucional. E exatamente para que seja mantida a excepcionalidade do ativismo jurídico (aquí especialmente no controle das políticas públicas de saúde) é que foram sugeridas soluções alternativas ao controle jurisdicional e adequadas à concretização do direito à saúde como a reforma política, o controle social e o controle externo. A concretização dos direitos fundamentais e a preservação da Constituição não podem, de modo algum, ser entendidas como fins antagônicos. São, com efeito, objetivos legítimos que devem caminhar lado a lado.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle Social de Serviços Públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis**. Revista dos Tribunais, v.868. 2008.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renascer, 2002.

_____. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Revista Diálogo Jurídico, v.XV, jan/mar. 2007.

_____. **O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial: e o valor das abordagens coletiva e abstrata**. Revista da Defensoria Pública. São Paulo, v.1. p.133-160, jul/dez. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 3.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática**. Revista Atualidades Jurídicas, OAB, n. 4, jan/fev. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/>>. Acesso em: 29 jan. 2016.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**. 8.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. **Interpretação e Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1982.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 7.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre Derechos Fundamentales**. Traduzido por Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges,1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05/10/1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jan. 2016.

_____. **Lei Nº 8.080, de 19 de Setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 08 fev. 2016.

_____. **Lei Nº 8.142 de 28 de Dezembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde - SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm>. Acesso em: 08 fev. 2016.

_____. **Lei Nº 9.782 de 26 de janeiro 1999**. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9782.htm>. Acesso em: 08 fev. 2016.

_____. **Lei Complementar Nº 141, de 13 de Janeiro de 2012**. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nºs 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm>. Acesso em: 08 fev. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 271.286-RS**. Relator: Ministro Celso A. Bandeira de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 12 set. 2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 05 fev. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal. AgRg na Suspensão de Liminar 47-PE**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 29 abril. 2010. Disponível

em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal – Audiência Pública da Saúde**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2016.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 2001

_____. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo**. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, n. 15, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 131.

CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. **Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde: Leis nº 8.080/90 e 8.142/90**. 4.ed. Campinas: Unicamp, 2007.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2015.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais**. In: Romeu Felipe Bacellar Filho; Daniel Wunder Hachem (Coords.). **Globalização, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 36.

COIMBRA, Mário; MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo; e MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de. **Direito Sanitário**. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo e Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 737, mar. 1997.

CFM, Conselho Federal de Medicina. **Opinião dos brasileiros sobre o atendimento público na área de saúde**. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/images/PDF/pesquisadata_folhacfm2015.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Ativismo Judicial e Concretização dos Direitos Fundamentais**. Revista Baiana de Direito, Salvador, n. 5, jan/jun. 2010.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Direito Sanitário**. In: Direito sanitário e saúde pública / Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde, Departamento de Gestão da Educação na Saúde; Márcio Iorio Aranha (Org.) – Brasília: Ministério da Saúde, v. I. 2003.

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O dirigismo constitucional sobre as políticas públicas**. In: Anais do Conpedi, 2007. p. 2338-2358. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/miguel_calmon_teixeira_de_carvalho_dantas.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2016.

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

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Norma Constitucional e seus Efeitos**. São Paulo: Saraiva, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, SARLET, Ingo Wolfgang. **Reserva do Possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível.” Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre, 2013.

_____. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988**. In: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; PAULA, Silvia Hekena Bastos de; BONFIM, José Ruben de Alcântara. As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009. p. 25-62.

FIGUEIREDO, Herberth Costa. **Saúde no Brasil: Sistema Constitucional Assimétrico e as interfaces com as políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2015.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GONÇALVES, Claudia Maria da. **Direitos Fundamentais Sociais: releitura de uma constituição dirigente**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

GROSMAN, Lucas. **Escasez e igualdad: los derechos sociales en la Constitución**. Buenos Aires: Libreria, 2008.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

_____. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Conta-Satélite da Saúde**. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv95012.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Sistema de Indicadores de Percepção Social da Saúde**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/SIPS/110207_sipssaude.pdf>. Acesso em 29 fev. 2016.

KRELL, Andréas Joachim. **Controle judicial dos serviços públicos na base dos direitos fundamentais sociais**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição Concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2001.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez?: o outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LEDUR, José Felipe. **Direitos Fundamentais Sociais. Efetivação no Âmbito da Democracia Participativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MARQUES, Sílvia Badim. **O Princípio Constitucional da Integralidade de Assistência à Saúde e o Projeto de Lei 219/07: Interpretação e Aplicabilidade pelo Poder Judiciário**. In: *Revista de Direito Sanitário*. São Paulo, p. 1-29, jul/out. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos. **A vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo.** In: Gustavo BINENBOJN (Coord.), Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Direitos Fundamentais, Rio de Janeiro, v. XII. 2003.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **O Espírito Das Leis.** Tradução Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, Brasília: UNB, 1995.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Poder Judiciário e a Efetividade da Nova Constituição.** Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 304, out/dez. 1988.

MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e Efetivação Judicial das Normas Constitucionais.** São Paulo: Max Limonad, 2001.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à Análise do Direito,** tradução de Elza Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais.** Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra, 2010.

OPAS, Organização Panamericana da Saúde. **Salud em las Americas.** Disponível em: <http://www.paho.org/saludenlasamericas/index.php?option=com_content&view=article&id=9&Itemid=14&lang=pt>. Acesso em: 28 fev. 2016.

PALU, Osvaldo Luiz. **Controle dos atos de governo pela jurisdição.** São Paulo: RT, 2004.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: su Géneris y su Concepto. Derechos y Libertades.** In: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas 6, p. 15-43. 1998.

PEREIRA, Luciano Menegetti. As Dimensões de Direitos Fundamentais e Necessidade de sua permanente reconstrução enquanto patrimônio de todas as gerações. 2013. Disponível em: <<http://www.aems.edu.br/conexao/edicaoanterior/Sumario/2013/downloads/2013/3/33.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2015.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los Derechos Fundamentales.** 8.ed. Madri: Editorial Tecnos, 2005.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **A Efetivação de Direitos Fundamentais Sociais pelo Poder Judiciário: Cabimento e Limites.** Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, n. 108, p. 89-100, mar. 2012.

_____. **Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas.** São Paulo: Max Limonad, 1999.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde: regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos Fundamentais Sociais.** Coimbra: Coimbra, 2006.

SANTANA, José Cláudio Pavão. **A concretização da Constituição e o ativismo judicial**, Conferência, UFMA, São Luís, 2009.

_____. **A constituição reinventada**, Conferência, Instituto Florence, São Luís, 2010.

_____. **Constituição: entre o contratado e o desejado**, in: O direito no século XXI, estudos em homenagem ao ministro Edson Vidigal, RAMOS, Paulo Roberto Barbosa *et. al.* (organizadores), Florianópolis, 2010. p. 238/248.

_____. **Constituição, Promessa e Efetivação. Onde Fica o Sentimento Constitucional?**. Revista Juris, v. I, p. 51-55, 2014.

_____. **O Significado e as Funções da Constituição na Era Globalizada: Por uma Ética Constitucional Republicana**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, n. 8, jul/dez. 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 7.ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Celso Bastos Editor - Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Instituto Brasileiro de Direito Público, Salvador, n. 11, set/out/nov. 2007. Disponível em: <<http://www.disreitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 26 jun. 2014.

_____. **A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde**. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (coord). O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. **Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988**. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2015.

_____. **Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: Manifestação de um Constitucionalismo Dirigente Possível**. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 15, set/out/nov, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 7.ed., São Paulo: RT, 2006.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de direito constitucional**. 5.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SINGER, Paul. **A cidadania para todos**. In: PINSKY, J; PINSKY, B. [Org.]. História da Cidadania. 4.Ed. São Paulo: Editora Contexto, 2003.

SOUZA, Renilson Rehem de. **O sistema público de saúde brasileiro**. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. Disponível em: <<http://www.opas.org.br/servico/arquivos/Destaque828.pdf>>. Acesso em: 06 fev. 2016.

_____. **A Doença dos Médicos**. Disponível em: <<https://infogr.am/A-doenca-dos-mdicos>>. Acesso em: 29 fev. 2016.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

TEIXEIRA, João Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

TRINDADE, José Damiano de Lima. **A História Social dos Direitos Humanos**. São Paulo: Petrópolis, 2002.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Alocação de Recursos em Saúde: quando a realidade e os direitos fundamentais se chocam**. Tese (Doutorado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2009.

WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e Federação na Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.