IZAIAS JOSÉ DE SANTANA

**O PODER JUDICIÁRIO E O CONTROLE DO CONTEÚDO DAS
POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE**

TESE DE DOUTORADO

**ORIENTADOR PROFESSOR ASSOCIADO
SÉRGIO RESENDE DE BARROS**

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

**SÃO PAULO
2011**

IZAIAS JOSÉ DE SANTANA

**O PODER JUDICIÁRIO E O CONTROLE DO CONTEÚDO DAS
POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE**

Tese apresentada no Programa de Estudos de Pós-Graduação em
Direito do Estado, em nível de doutorado, na Universidade de
São Paulo, sob a orientação do Professor Associado Sérgio
Resende de Barros.

SÃO PAULO
2011

SANTANA, Izaias José de. O poder judiciário e o controle do conteúdo das políticas públicas de saúde. Tese apresentada à Faculdade Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Doutor em Direito. Área de concentração: Direito do Estado.

Aprovado em ____/____/____

Banca Examinadora

Orientador: Professor Associado Sérgio Resende Barros

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor Doutor: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura _____

Professor Doutor: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura _____

Professor Doutor: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura _____

Professor Doutor: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura _____

Dedicatória

Dedico à memória de meu pai **José Felipe de Santana**, falecido em setembro de 2008. Fez dos livros sua companhia diária. O último lido, parcialmente, foi minha dissertação de mestrado. Lia mais que conversava conosco. Ele não pôde, a vida não lhe deu oportunidades, mas me esforço para realizar muitos de seus sonhos, que são também meus.

Agradecimentos

Ao Professor Doutor Sérgio Resende de Barros, meu orientador. Exemplo de dedicação ao estudo e ao ensino do direito constitucional. Apesar de aposentado compulsoriamente, em razão da idade, na USP, podendo dedicar-se integralmente à Jacqueline e aos netos, se dispõe a continuar compartilhando conosco seu saber e agradáveis horas em sua residência. Um verdadeiro mestre de muitos discípulos.

Ao povo de São Paulo, que mantém uma instituição de ensino de qualidade.

Aos colegas de estudos, Irineia Maria Braz Pereira Senise, pela atenciosa leitura e apontamentos que tornaram o texto final agradável, e Leonardo Quintiliano, pelas reflexões teóricas que compartilhamos nesse período.

Aos amigos que conquistei na minha passagem pela Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania, onde este projeto se iniciou: Anália Ribeiro, Cintia Regina Béo, Dimitri Sales e Renato Cesar Alves.

RESUMO

SANTANA, Izaias José de. **O Poder Judiciário e o controle do conteúdo das políticas públicas de saúde**. 2011, Tese (doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

É desafiador efetivar os direitos sociais declarados nos documentos internacionais e proclamados na Constituição, ante as transformações da sociedade brasileira nela projetadas. Os juristas defendem a aplicabilidade imediata, por decisão do Poder Judiciário, ante a omissão dos poderes políticos. Todavia, a efetividade dos direitos sociais exige muito mais que uma teoria jurídica de classificação das normas constitucionais. A discussão meramente teórica em torno da efetividade esconde os verdadeiros obstáculos para a efetividade de tais direitos. Esses direitos se efetivam e se efetivaram ao longo de um processo histórico de conquista, característica que os torna dependentes do fenômeno político. Uma abordagem correta das normas constitucionais veiculadoras dos direitos sociais e mais especificamente do direito à saúde, deve, em um primeiro plano, abordar como o Estado realiza o dever de prestar o serviço público de saúde. A Constituição estabelece que o serviço público de saúde terá duas características fundamentais: a universalização e a isonomia. A individualização da prestação precisa, necessariamente, atender ao critério da igualdade, considerando o universo de todos os beneficiários da política e a possibilidade de sua universalização, considerando, também, a estrutura administrativa necessária para a sua implementação e a disponibilidade orçamentária. Somente a partir desta equação, especifica-se o que cada cidadão tem direito, enquanto prestação de ação ou de serviço efetivo de saúde pública. Portanto, o direito individual ganha efetividade a partir e nos termos da política e não por ser um direito absoluto. A formulação da política pública de saúde é tarefa do Estado, com a participação da sociedade civil. Cabe, neste modelo, aos Poderes Legislativo e Judiciário o controle político e jurídico: político, tendo como parâmetro os interesses e as aspirações levadas aos agentes políticos pelos seus respectivos eleitores. Jurídico, ao analisar se há contemplação adequada das prioridades definidas na Constituição. A interferência do Poder Judiciário dar-se-á com recomendações com força moral e política indutora da iniciativa, viabilizando o diálogo institucional. Isto porque a iniciativa das leis é exclusiva do Chefe do Executivo. Ante a existência de uma política formulada, podem-se controlar as omissões, critérios seletivos à luz dos princípios da universalidade e da isonomia, com sentenças aditivas com efeito pró futuro.

Palavras chaves: direitos sociais, direito à saúde, efetivação, controle jurisdicional, sentenças aditivas, efeito pró futuro.

ABSTRACT

SANTANA, Izaias José de. **The Judiciary and the content control on health public policies.**

Thesis (doctorate). Faculty of Law, University of São Paulo, Brazil, 2011.

It is truly challenging to effect the social rights foreseen on international documents and proclaimed on Constitutions, considering the intricate transformations being fed in Brazilian society. Jurists have defended immediate applicability, by the Judiciary, in case of omission of the other political powers. However, social rights effectiveness demands much more than a legal theory on the applicability of constitutional provisions. A merely theoretical discussion on effectiveness hides the true obstacles to the effectiveness of such rights. A long historical process of conquest has effected – and still effect – these rights, which makes them independent of the political phenomenon. A correct approach to the constitutional provisions that state social rights, especially the right to health, must focus primarily on how the State must deliver the public health service. The Brazilian Constitution states that the public health services rely on two premises: universality and isonomy. The individual provision mostly needs to meet the standards of an equality criterion, considering all the potential policy beneficiaries, and the possibility of universal reach, considering, also, the necessary administrative structure needed and budgetary availability. Only through this equation it is specified how much each citizen is entitled regarding actions or services on public health. Therefore, individual rights become effective from and to the public health, not on absolute terms. Making a health public policy is a State task, with the participation of the civil society. In this model, the Legislative and the Judiciary hold the political and legal control: political, as having as parameter the interests and expectations voiced through political agents and their votes. Legal when it analyzes if the priorities stated in the Constitution are being observed. The interference of the Judiciary should take place in moral bound recommendations and induce political initiative, making the institutional dialogue possible. This is such because the initiative of laws belongs to the Chief of Executive. Before the existence of a policy to control omissions, selective criteria under the light of universality and isonomy principles, in additive sentences with future effects.

Keywords: social rights, right to health, effectiveness, jurisdictional control, additive sentences, future effects.

RESUMÉ

SANTANA, Izaias José de. **Le Pouvoir Judiciaire et le contrôle du contenu des politiques de santé publique**. 2011, Thèse (doctorat). Faculté de Droit, Université de São Paulo.

Rendre effectifs les droits sociaux déclarés par les documents internationaux et proclamés par la Constitution, due à la projection des transformations éprouvées par la société brésilienne, présente un grand défi. Les juristes défendent leur applicabilité immédiate, par décision du Pouvoir Judiciaire, en vue de l'omission des autres Pouvoirs politiques. Néanmoins, l'efficacité des droits sociaux exige beaucoup plus qu'une théorie juridique sur la classification des normes constitutionnelles. La discussion simplement théorique sur l'efficacité des normes occulte les vrais obstacles qui s'opposent à l'efficacité des droits sociaux. Les droits sociaux se sont accomplis et rendus effectifs au cours d'un long procès historique de conquête, ce qui les rend entièrement dépendants du phénomène politique. Par conséquent, une approche correcte des normes constitutionnelles ayant par objet de droits sociaux, plus spécifiquement, le droit à la santé, doit s'occuper, premièrement, des manières par lesquelles l'État accomplit son devoir d'assurer le service public de santé. La Constitution brésilienne attribue au service public de santé deux caractères essentiels : l'universalisation et l'égalité. Il faut que l'individualisation de la prestation obéisse à un critère d'égalité en considérant au même temps la structure administrative nécessaire à sa mise en place aussi que la disponibilité budgétaire. Seulement à partir de cette équation il est possible de délimiter le contenu du droit de chaque citoyen individuellement considéré, en termes d'action ou de service de santé. De cette manière, les droits individuels se rendent effectifs, non par son caractère absolu, mais par conséquence de la réalisation de la propre politique de santé. La formulation de la politique de santé est une attribution de l'État, exercée avec la participation de la société civile. Dans ce modèle, il appartient aux Pouvoirs Législatif et Judiciaire l'exercice du contrôle politique et juridique: contrôle politique, ayant pour paramètre les intérêts et les aspirations apportés aux agents politiques par ses respectifs électeurs; et contrôle juridique, par l'analyse de la persécution adéquate des priorités définies par la Constitution. L'interférence du Pouvoir Judiciaire doit se circonscrire à la formulation de recommandations à la force morale et à l'induction des initiatives politiques, celles-ci à la compétence privative du Chef du Pouvoir Exécutif. En considérant l'existence d'une politique formulée, il est possible de contrôler les omissions, de critères sélectifs selon les principes de l'universalité et de l'égalité, par moyen d'arrêts aditifs, valables *pro futuro*.

Môts clés: droits sociaux, droit à la santé, efficacité, contrôle juridictionnel, arrêts aditifs, effet *pro futuro*.

O PODER JUDICIÁRIO E O CONTROLE DO CONTEÚDO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Izaías José de Santana

SUMÁRIO

Introdução

1. Temática: justificação e objetivos 11

Capítulo I – O FUNDAMENTO DO DIREITO À SAÚDE E O DESAFIO DE SUA EFETIVAÇÃO

2. A título de terminologia, conceito e classificação 14
3. O direito à saúde como direito humano: previsão nas declarações e pactos 19
4. O direito à saúde como direito fundamental: sua constitucionalização e o caminhar constitucional brasileiro 22
5. O dirigismo constitucional 29
6. A efetividade enfrentada pela doutrina como questão meramente hermenêutica 31
7. Mais que ausência de vontade constitucional: os obstáculos da efetividade: conflitos ideológicos, historicidade e o inevitável contingente político 43

Capítulo II – DIREITO À SAÚDE COMO POLÍTICA PÚBLICA

8. Saúde como dever do Estado 55
9. As condições para efetivação: políticas públicas, conceito e estrutura normativa
10. O sistema orçamentário brasileiro da política pública de saúde 63
11. A participação popular na definição dos conteúdos das políticas públicas 65
12. As Conferências de Saúde e os Conselhos de Saúde 69

Capítulo III - A DIVISÃO DE FUNÇÕES E AS COMPETÊNCIAS EM TERMOS DE POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE

13. O princípio da separação dos Poderes na doutrina 72
14. A especificação das funções estatais na Constituição brasileira de 1988 80
15. As funções do Poder Executivo na tarefa de efetivação da política pública de saúde 81
16. A função do Poder Legislativo na tarefa de efetivação da política pública de saúde 84
17. A participação do Poder Judiciário como controlador e legislador extraordinário 85

18.	Direito à prestações estatais extraídas diretamente da Constituição	91
19.	As políticas públicas de saúde e os direitos subjetivos	97
20	A outorga judicial de prestação de saúde pública	100
21	Restrições à interferência do Poder Judiciário na definição do conteúdo das políticas públicas: mínimo existencial, razoabilidade e reserva do possível.	104

Capítulo IV – O PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DO CONTEÚDO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

22	Introdução	111
23.	Contribuições da doutrina brasileira	112
24.	O controle da inconstitucionalidade por omissão: dependência legislativa.	114
25.	Leis de iniciativa privativa: recomendações e diálogo Institucional.	121
26.	Inconstitucionalidade por omissão: dependência de provimentos executivos: controle pleno.	125
27.	Omissão parcial: a inconstitucionalidade dos critérios, princípios da igualdade e da razoabilidade, mínimo existencial: sentenças aditivas e efeito pró-futuro.	131
28.	A decisão da inconstitucionalidade por insuficiência de recursos e estrutura, reserva do possível: sentenças aditivas com efeito pró-futuro.	138
	Conclusão	141
	Referências Bibliográficas	143

INTRODUÇÃO

1. Temática: justificação e objetivos

A efetivação do direito à saúde, como um dos mais importantes dos direitos sociais contemplados na Constituição Brasileira de 1988, ainda é um desafio na sociedade brasileira, vinte e dois anos após ser declarado solenemente “direitos de todos e dever do Estado”¹. Mais do que em qualquer outra área, faz-se jus ao que Norberto Bobbio², no encerrar do milênio passado, afirmou ser o problema fundamental dos direitos humanos: protegê-los, ou diremos: efetivá-los.

No plano jurídico, de 1988 para os dias atuais, a doutrina brasileira abandonou a falsa questão em torno da aplicabilidade das normas constitucionais. Inicialmente, as normas veiculadoras de direitos sociais, dentre as quais, o direito à saúde, eram consideradas como meras normas programáticas, cuja ineficácia social era atribuída à ausência de vontade política. Hoje, a atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais é denunciada por um dos próceres da doutrina brasileira da efetividade como “excesso de judicialização”.³ As normas constitucionais são, para essa doutrina, dotadas de máxima eficácia jurídica, abarcando, inclusive, o direito individual a ser tratado no exterior, com tratamento experimental, às custas do Sistema Único de Saúde.

No plano governamental experimentou-se outra mudança. Da política de assistência religiosa das Santas Casas ao deferimento de liminares para custeio de medicamentos de alto custo ou procedimentos experimentais. Ou, dito de outra forma: das filas das Santas Casas às filas do Ministério Público e da Defensoria Pública em busca de tutelas jurisdicionais.

Neste caminho, os Poderes Legislativo e Executivo tomaram a dianteira, desde a estruturação em nível constitucional e legal do Sistema Único de Saúde até a implementação de órgãos e de políticas específicas homenageadas no mundo inteiro, como

¹ BRASIL, *Constituição da República*: Artigo 196: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

² BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, 2004:23.

³ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, 2010:875/904.

o programa brasileiro de combate à Aids. Tal avanço, todavia, não foi suficiente para atingir plenamente os dois objetivos de uma política pública de direito fundamental: qualidade e acesso universal.

A concessão de direitos, dependentes de planos, de programas e de projetos para sua concretização, e não apenas de uma declaração ou mandamento, implica em priorização de despesas, sujeitas a um sistema orçamentário definido constitucionalmente. A interferência do Poder Judiciário na concessão direta, ignorando as decisões políticas concretas, provoca, inevitavelmente, conflito entre o Judiciário e os poderes políticos.

Eis aqui uma questão a ser tratada: a especificação das funções dos diversos órgãos dos poderes públicos e da participação direta do povo na definição dos conteúdos das políticas públicas de saúde, à luz do princípio da separação dos Poderes e da legitimidade democrática, nos termos traçados na Constituição. A mesma que assegura direitos a todos, especifica que sua prestação dar-se-á por políticas públicas dependentes de orçamento e recursos oriundos da atividade tributária do Estado, exercida em face das atividades econômicas num regime de livre mercado.

A questão crucial, à luz do princípio da separação dos Poderes e da legitimidade democrática, é saber até que ponto deve o Poder Judiciário ser o garantidor de tutela individual do direito à saúde. Ainda, em que medida exercerá esse papel, quando a Constituição assegura aos poderes políticos a primazia na definição dos conteúdos das políticas públicas e institui mecanismos de participação popular.

Por outro lado, o Poder Judiciário é levado a assumir o protagonismo, à medida em que cidadãos dele se socorrem buscando soluções imediatas para seus direitos pessoais, não atendidos ou atendidos de maneira insatisfatória, face às limitações decorrentes da escassez de oferta e excesso de demanda. Proliferam decisões de outorga judicial individual de prestações, amparadas diretamente na Constituição, à revelia das políticas definidas pelos poderes políticos.

Aqui, surge outra questão jurídica fundamental que precisa ser analisada, qual seja: as condições para a fruição individual, a especificação, a mensuração de um direito previsto constitucionalmente como sendo de todos. Somente com o poder do Criador, o “logos” se faz verbo e se corporifica, se reifica. As palavras da lei demandam mais que declarações e intenções para saírem do papel.

A resposta passa pelo estudo do regime jurídico das políticas públicas e do processo de especificação dos direitos coletivos. Sem a atuação prévia dos poderes políticos, é questionável a possibilidade de adjudicação judicial. Ora, se para o cidadão que obtém a proteção há a efetividade de um direito, não há garantia de que o mesmo direito, mensurado, quantificado, seja estendido aos outros nas mesmas, ou em piores, condições de vulnerabilidade social.

As reflexões que serão elaboradas a respeito das duas questões fundamentais abordadas, condições para adjudicação individual de um direito previsto para todos e o papel do Poder Judiciário na especificação da prestação individual, propiciarão a elaboração de uma proposta que legitime sua participação na definição do conteúdo das políticas públicas de saúde.

Requer-se uma releitura da divisão das funções do Estado e da democracia participativa, a partir do texto da Constituição Brasileira de 1988. Trata-se de uma contribuição crítica à utilização de dois institutos forjados num contexto de direitos individuais em questões que são coletivas ou que passam antes por um processo de especificação e, propositivamente, formula-se uma sugestão, tendo por objetivo central a adequação das políticas públicas aos preceitos constitucionais e a sua plena efetividade.

Capítulo I

O FUNDAMENTO DO DIREITO À SAÚDE E O DESAFIO DA SUA EFETIVAÇÃO

A quem pretenda fazer um exame despreconceituoso do desenvolvimento dos direitos humanos depois da Segunda Guerra Mundial, aconselharia esse salutar exercício: ler a Declaração Universal e depois olhar em torno de si. Será obrigado a reconhecer que, apesar das antecipações iluminadas dos filósofos, das corajosas formulações dos juristas, dos esforços dos políticos de boa vontade, o caminho a percorrer é ainda longo. E ele terá a impressão de que a história humana, embora velha de milênios, quando comparadas às enormes tarefas que estão diante de nós, tenha talvez apenas começado.”
Norberto Bobbio⁴

2. A título de terminologia, conceito e classificação

Dentre tantos termos utilizados pela doutrina para definição dos direitos humanos, dois ascendem em relevância, pois denotam, em última instância, seus fundamentos.⁵ Autores que os conceituam a partir de seu caráter histórico e de sua existência pré ou supra-estatal, os designam direitos naturais ou direitos humanos. Outros, a partir de sua previsão dogmática em textos constitucionais, os chamam de direitos fundamentais. Evidencia-se, portanto, uma tendência não apenas para uma “separação de termos, mas uma partição do instituto”⁶, ou, no dizer do Professor Jorge Miranda, uma dupla noção, que “podem ou devem não coincidir.”⁷

O caráter pré-estatal e a historicidade dos direitos humanos, como direitos naturais e inalienáveis, têm origem e consagração nas primeiras declarações de direito, tanto a francesa⁸ como a norte-americana. Justificam-se pela necessidade histórica de se elegerem valores absolutos para oposição aos poderes do monarca.

⁴ BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*, 2004:44.

⁵ O Professor Sérgio Resende de Barros valer-se-á do elemento histórico para sustentar a unidade de fundamento dos direitos humanos, encontrando-o na “comunidade básica da sociedade humana”. BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*, 2003:54.

⁶ *Ibidem*, 33.

⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito constitucional*, tomo IV, 2000:07.

⁸ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, 2009:49/50.

A partir da incorporação dos direitos humanos nas Constituições⁹, parte da doutrina¹⁰ passa a chamá-los de direitos fundamentais, porque postos como normas protegidas com a supremacia formal da Constituição¹¹. Todavia, a melhor doutrina afirma a supremacia material porque também portadores de valores essenciais. Diz o Professor Jorge Miranda que há fundamentalidade material, pois “inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível actual de dignidade.”¹²

Assim, o termo “direitos humanos” passa a designar os direitos consagrados em textos internacionais, declarações, pactos e protocolos. Já o termo “direitos fundamentais” designa, aqueles consagrados no plano interno, em especial, nas Constituições.¹³ Este é o uso corrente na Espanha.¹⁴

O Professor Sérgio Resende de Barros critica essa partição do instituto, sustentando não haver dicotomia entre direitos humanos e direitos fundamentais, pois “o instituto nasceu uno e nunca foi senão um, conquanto admita, como outros institutos e conceitos jurídicos, níveis ou campos de compreensão e de extensão que podem variar do mais geral e fundamental ao mais particular e operacional.”¹⁵ Para ele, há que se reconhecer apenas a distinção entre os fundamentais estruturais e principais e os operacionais, conjunturais e subsidiários, “mas todos no mesmo espaço institucional,

⁹ Com o título de “direitos fundamentais” são inseridos na Constituição de Weimar. Identicamente nas atuais Constituições da Alemanha, de Moçambique, de Angola, da Espanha, da Bulgária e de Portugal, nos relata Jorge Miranda. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, tomo, IV, 2000:51.

¹⁰ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, 2009:47.

¹¹ “Deve ter-se por direito fundamental toda a posição jurídica subjectiva das pessoas enquanto consagrada na Lei Fundamental.” E, ainda: “Todos os direitos fundamentais em sentido formal são também direitos fundamentais e sentido material. Mas há direitos fundamentais em sentido material para além deles.” MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional*, tomo, IV, 2000:08/09.

¹² *Ibidem*, 10.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2009:29.

¹⁴ Pérez Luño reserva o termos “direitos fundamentais” para designar os direitos positivados no direito interno e “direitos humanos” os direitos contidos nas declarações e pactos” In LUÑO, Pérez Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*, 4ª Ed., Madrid: Tecnos, 1991, p.44; ROIG, Rafael de Asís. *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites ao poder*. Madrid: Editora Debate, 1992, p. 32 e PECES-BARBA, Gregório. *Curso de derechos fundamentales*. Madrid: Eudema, 1991, p.33. Apud: BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*, 2003:33.

¹⁵ Cita como fundamentais: vida, liberdade, igualdade, propriedade, resistir a opressão, segurança, felicidade, saúde, educação, paz, meio ambiente ecologicamente equilibrado. E como operacionais: o direito da presidiária amamentar seu filho, de o paciente deixar o hospital após a alta médica, de subir a empregada pelo elevador social, de não ser identificado criminalmente o civilmente identificado, de ter acesso a remédios, a livros escolares, ao pronto socorro hospitalar. *Ibidem*, 2003:42/43.

compondo um só instituto jurídico: os direitos humanos.”¹⁶ Neste sentido, é cabível a utilização do termo composto: *direitos humanos fundamentais*, como adota Manoel Gonçalves Ferreira Filho.¹⁷

Vale destacar que a Constituição Brasileira de 1988 não terá nenhuma preocupação com a terminologia. Utiliza diversificados termos para designar direitos humanos fundamentais: (i) direitos sociais e individuais – preâmbulo; (ii) direitos e deveres individuais e coletivos – capítulo I do Título II; (iii) *direitos humanos* – art. 4º, II, art. 5º, 3ª e 7º do ADCT; (iv) direitos e liberdades fundamentais – art. 5º, XLI; (v) direitos e liberdades constitucionais – art. 5º, LXXI; (vi) direitos civis – art. 12, 4º, II, b; (vii) *direitos fundamentais da pessoa humana* – art. 17, *caput*; (viii) *direitos da pessoa humana* – art. 34, VII, b; (ix) direitos e garantias individuais – art. 60, 4º, IV; (x) direitos – art. 136, 1º, I; e (xi) *direito público subjetivo* – art. 208, 1º.¹⁸

Os direitos humanos, uma vez positivados em textos constitucionais, são “direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.”¹⁹ Ou, como prefere Jorge Miranda, “somente há direitos fundamentais, insistimos, quando o Estado e a pessoa, a autoridade e a liberdade se distinguem e até, em maior ou menor medida, se contrapõem.”²⁰

A concepção dos direitos humanos fundamentais como direito públicos subjetivos é uma contribuição da dogmática alemã no século XIX, como uma reação contra o Direito natural. Jorge Miranda nos informa que Gerber considerava os direitos subjetivos como meros reflexos do direito objetivo, ao passo que Jellinek, abordou a questão a partir da ligação entre o Estado e o indivíduo. “Direitos subjectivos públicos significam direitos subjectivos atribuídos por normas de Direito público, em contraposição aos direitos subjetivos atribuídos por normas de Direito privado.”²¹

A função dos direitos humanos fundamentais é assegurar ao indivíduo uma posição de oposição ao Estado em face de interesses postos à salvo da ação estatal. Pode-se exigir do Estado uma ação ou uma omissão, fazer algo ou se abster de fazê-lo. A

¹⁶ *Ibidem*, 34/39.

¹⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, 2009.

¹⁸ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, 2009:45/46.

¹⁹ *Ibidem*, 46/47.

²⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, tomo IV, 2000:12.

²¹ *Apud* MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, tomo IV, 2000:56/57.

partir das relações (*status*) que o indivíduo poder ter com o Estado, Georg Jellinek aponta quatro *status* diferentes: “o *status* passivo ou *status subjectionis*, o *status negativus* ou *status libertatis*, o *status positivo* ou *status civitatis* e o *status ativo* ou *status da cidadania ativa*”²². Passa-se à análise:

a) O *status passivo ou status subjectionis* - corresponde a uma condição de sujeição, o indivíduo se encontra submetido às obrigações, a classe dos deveres e a obrigações impostas pelo Estado. Alexy sustenta sua incompatibilidade com o direito constitucional alemão, em razão da vinculação dos legisladores aos direitos fundamentais, mas entende ser útil o conceito, dada a possibilidade de uma “norma constitucional permissiva”, vir a ser violada pelo legislador;²³

b) *direitos de status negativus ou pretensão de resistência à intervenção estatal* – direitos de proteção da liberdade individual, direitos de defesa ou de resistência de concepção liberal clássica, existentes nas primeiras declarações.²⁴ Espaço de liberdades individual, “faculdades, ou seja, liberdades jurídicas;”²⁵

c) *direitos de status positivus ou sociais ou a prestações* – direitos que visam melhorar as condições de vida, direitos prestados mediante o desenvolvimento de políticas públicas, de prestações materiais, entrega de bens e de serviços e normas, originários nas Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919.²⁶ Para Alexy, o “indivíduo está inserido nesse *status* sempre que o Estado a ele reconhece a capacidade jurídica para recorrer ao aparato estatal e utilizar as instituições estatais, ou seja, (quando) garante ao indivíduo pretensões positivas.”²⁷ O indivíduo tem direito a algo e a competência para exigir o cumprimento;

d) *direitos de status activus ou políticos ou de participação* - asseguram a participação política.²⁸

Embora Georg Jellinek deixe de fora os direitos coletivos, condicionado pela realidade histórica de seu tempo, estes podem ser incluídos na segunda categoria, pois exigem do Estado o mesmo tipo de ação ou de prestações. Sua classificação continua

²² Apud: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008:255.

²³ *Ibidem*, 270/271.

²⁴ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, 2009:55/57.

²⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2008:259

²⁶ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, 2009:57/58.

²⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008:263/264.

²⁸ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, 2009:58.

válida, pois exprime bem “a relação jurídica de direito público havida entre Estado e indivíduo”²⁹.

Em que pese ser criticada³⁰, a teoria de Jellinek é atualizada constantemente pela doutrina alemã. Pela construção de novos *status*, tais como: *status constituents*, de Denninger; *status* constitucional e o *status* geral civil-estatal, de Hesse; o *status activus processualis*, de Häberle; e o *status libertatis*, de Grabitz, aponta Alexy.³¹

É da classificação de Jellinek que Alexy partirá para elaborar sua classificação, destacando-se a categoria dos direitos à prestação estatal que abrange: (i) direitos à proteção³²; (ii) direito à organização e ao procedimento³³ e (iii) direitos à prestações, em sentido estrito³⁴. Os direitos sociais reclamam tanto prestações normativas como prestações fáticas.³⁵

Entre nós, Ingo Wolfgang Sarlet, a partir dos ensinamentos de Jellinek, das contribuições de Hesse, de Canotilho e de Alexy, apresenta uma classificação também tripartite: (i) ***direitos fundamentais como direitos de defesa*** - proteção à liberdade pessoal e à propriedade, à igualdade, direitos políticos e sociais, cujo essencial é impor ao Estado uma “obrigação de abstenção”, por dever de “respeito a determinados interesses particulares”; (ii) ***direitos fundamentais como direitos a prestação*** - dever de “colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais” em sentido amplo, àqueles que não se “enquadram na categoria de direitos de defesa” e (iii) ***direitos fundamentais como prestação em sentido estrito***, “prestações fáticas que o indivíduo, caso dispusesse dos recursos necessários e em existindo no mercado uma oferta suficiente, poderia obter também de particulares, os quais identifica como os direitos sociais.”³⁶

²⁹ *Ibidem*, 59.

³⁰ Alexy cita: Hesse, Häberle e Preub. Para eles, a teoria dos *status* de Jellinek é formal, abstrata, espacial, trata do indivíduo isolado. ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008:271/272.

³¹ *Ibidem*, 254/255.

³² “Direitos a proteção são, nesse sentido, direitos constitucionais a que o Estado configure e aplique a ordem jurídica de uma determinada maneira no que diz respeito a relações dos sujeitos de direito da mesma hierarquia entre si.” *Ibidem*, 2008:451.

³³ Abrange direitos à produção de normas de organização, normas de procedimentos e a uma determinada interpretação e aplicação concreta de normas procedimentais. *Ibidem*, 2008:474.

³⁴ “São direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como por exemplo, direitos à assistência social, à saúde, ao trabalho, à moradia, e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos à prestação em sentido estrito.” *Ibidem*, 2008:499.

³⁵ *Ibidem*, 442/444.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2009:167/207.

Portanto, o direito à saúde deve ser definido como direito humano fundamental e pode ser categorizado, na classificação de Jellinek, como “*status positivus* ou direito à prestação”; e na teoria de Sarlet como “direito fundamental à prestação em sentido estrito”; e, na proposta de Alexy, como “direitos a ações estatais positivas, a prestações em sentido estrito.”³⁷

3. O direito à saúde como direito humano: sua previsão nas declarações e pactos

Dado o contexto histórico, os direitos sociais, categoria na qual se insere o direito à saúde, não recebe referência na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789³⁸. Há insignificante menção na Constituição Francesa de 1791.³⁹ Já a segunda Constituição Francesa, resultado da pressão da esquerda (jacobinos radicais e *sans-culotes*), aprovada em plebiscito popular em julho de 1793⁴⁰ e apontada por alguns como a que inaugura o tema, reitera em seus artigos 21 e 22 os dispositivos constantes na que sucede.⁴¹ No entanto, ambas nunca foram aplicadas. A segunda, em especial, no mesmo ano de sua promulgação foi suspensa “enquanto durasse a guerra”, sendo substituída pela terceira Constituição da Revolução, a 1795⁴², esta de perfil liberal⁴³, como, de resto foram todas as conquistas da revolução.⁴⁴

A Revolução Americana, outro esteio dos direitos humanos, gerou duas importantes declarações de direitos: a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia, de

³⁷ ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008:433/434.

³⁸ A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, como se sabe, só trata de direitos civis e políticos, como de resto todas as declarações e atos firmados entre 1215 e 1917 (Marca Magna de 1215, A Lei do Habeascorpus da Inglaterra de 1679, O *Bill of Rights* Inglês de 1689, As Declarações Americanas de 1776).

³⁹ “(i) Será criado e organizado um estabelecimento geral de Assistência Pública, para educar as crianças abandonadas, ajudar os enfermos pobres e fornecer trabalho aos pobres que não tenham podido encontrá-lo. (ii) Será criada e organizada na Instrução pública comum a todos os cidadãos, gratuita no que concerne às partes do ensino indispensáveis a todos os homens (...)”COMPARATO, Fábio Konder, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 2002:155/157.

⁴⁰ TRINDADE, José Damião de Lima. *História social dos direitos humanos*, 2002:66.

⁴¹ COMPARADO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 2003:158/159.

⁴² TRINDADE, José Damião de Lima. *História social dos direitos humanos*, 2002:70.

⁴³ Embora em seu artigo 13 estabeleça como dever da sociedade favorecer e encorajar o desenvolvimento do trabalho, pelo ensino primário gratuito, a educação profissional... assistência às crianças abandonadas, aos doentes e idosos, enfim, mantém, não mais como dever do Estado, os direitos sociais. COMPARADO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 2003:168.

⁴⁴ Se as declarações oitocentistas foram armas contra o absolutismo monárquico, as do século XX, foram contra o fantasma de Hitler e contra as ditaduras de todos os tipos, “remédio para a desumanidade de um direito que rompeu suas amarras com a justiça.” VILLEY, Michel, *O direito e os direitos humanos*, 2007:04.

12 de junho de 1776, e a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776. A Constituição Americana, aprovada na Convenção de Filadélfia, de 17 de setembro de 1787, não tinha declaração de direitos, sendo somente elaborada com as dez primeiras emendas aprovadas em 1971. Todos esses documentos tratavam “apenas dos direitos civis e políticos, nenhuma cogitação de direitos sociais (isso não cabia no credo liberal)”⁴⁵, apesar de reconhecer que “todos os homens são criaturas iguais, dotadas pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade”.⁴⁶

A segurança jurídica⁴⁷ era o grande objetivo das revoluções liberais, representada pelo princípio da legalidade. Suas conquistas ofereciam ao povo apenas liberdade para contratar, inclusive seu trabalho, que assume a categoria econômica de mercadoria, e a igualdade perante a lei.

Patrões e operários eram considerados, pela majestade da lei, como contratantes perfeitamente iguais em direitos, com inteira liberdade para estipular os salários e as demais condições de trabalho. (...) O resultado dessa atomização social, como não poderia deixar de ser, foi a brutal pauperização das massas proletárias, já na primeira metade do século XIX. Ela acabou, afinal, por suscitar a indignação dos espíritos bem formados e por provocar a indispensável organização da classe trabalhadora.⁴⁸

As condições de trabalho no início da revolução industrial é o fator determinante da organização dos trabalhadores em movimentos sindicais, para as mãos de quem a bandeira dos direitos humanos, em especial dos direitos sociais, é transferida e vai tremular a partir do século XIX. Neste período, foram pequenas as conquistas, mas relevantes, tais como: regulamentação da jornada de trabalho, direito à associação, eliminações de restrições censitárias ao voto.⁴⁹

Resultado de uma revolução popular, a Constituição Mexicana, de 31 de janeiro de 1917, “além de estender os direitos civis e políticos para toda a população, pela primeira vez incorporava amplamente direitos econômicos e sociais”, como a educação e

⁴⁵ TRINDADE, José Damião de Lima. *História Social dos Direitos Humanos*, 2002:98.

⁴⁶ *Apud*: COMPARADO, Fábio Konder, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 2003:105.

⁴⁷ Segurança e felicidade constituíam o “bem como” do Povo da Virgínia. *Apud*: *Ibidem*, 2003:114.

⁴⁸ *Ibidem*, 52/53.

⁴⁹ TRINDADE, José Damião de Lima. *História social dos direitos humanos*, 2002:143.

assistência social⁵⁰. “Mesmo mantendo o capitalismo, foi a Constituição socialmente mais avançada até então produzida pela humanidade”⁵¹, mas igualmente, não saiu do papel.

A Constituição da Alemanha, de 11 de agosto de 1919, elaborada em Assembleia reunida na Cidade de Weimar, desde 06 fevereiro do mesmo ano, dedica uma seção à educação e ensino e outra ao sistema geral de previdência social e de proteção à saúde (artigo 161).⁵²

A partir da Segunda Guerra Mundial, houve uma verdadeira “cruzada pelos direitos humanos”⁵³ resultando na elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que, no dizer de Norberto Bobbio: “contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também concreta, dos direitos positivos universais”.⁵⁴

A Declaração Universal dos Direitos Humanos dedica 21 artigos aos clássicos direitos civis e políticos e 7 aos direitos econômicos, sociais e culturais. No tocante ao direito à saúde, o artigo XXV estabelece: “Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar, a si e à sua família, **saúde** e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, **cuidados médicos** e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego (...)”⁵⁵ (destaque nosso).

Embora seja uma só Declaração, resistências entre os blocos norte-americano e soviético inviabilizaram a celebração de um único pacto, dividindo-se os direitos humanos “universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados”⁵⁶ em dois grandes documentos: direitos civis e políticos de um lado, sem a adesão do bloco soviético; direitos econômicos, sociais e culturais de outro, sem a adesão do bloco americano. Para Fábio Konder Comparato, “os dois grandes Pactos internacionais dos direitos humanos, votados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966, foram o desfecho do processo

⁵⁰ *Ibidem*, 152.

⁵¹ *Ibidem*, 154.

⁵² TRINDADE, José Damião de Lima. *História social dos direitos humanos*, 2002:162.

⁵³ RENÉ CASSIN, *apud*: ALMEIDA, Guilherme Assis de e PERRONE-Moisés, Cláudia. *Direito internacional dos direitos humanos*, 2007:02.

⁵⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, 2004:30.

⁵⁵ ALMEIDA, Guilherme de Assis e PERRONE-Moisés, Cláudia. *Direito internacional dos direitos humanos*, 2007:142.

⁵⁶ Conferência Mundial dos Direitos Humanos de Viena, 1993.

de institucionalização da democracia social, iniciado por aquelas duas Constituições do início do século.”⁵⁷

O direito à saúde aparecerá especificado como dever do Estado no artigo 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁵⁸:

*1. Os Estados-Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental; 2. As medidas que os Estados-Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: (a) a diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento sã das crianças; (b) a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente; (c) a preservação e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças; (d) a criação de condições que assegurem a todos assistências médicas e serviços médicos em caso de enfermidade.*⁵⁹

É a consagração no plano internacional da saúde como “direito de todos à implementação de políticas de saúde, não só de natureza preventiva, como ainda curativa”.⁶⁰ Essa positivação é reforçada, no plano dos Estados Americanos,⁶¹ pelo Protocolo Adicional à Convenção Americana dos Direitos Humanos, aprovada em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.⁶²

4. O direito à saúde como direito humano fundamental: sua constitucionalização e o caminhar constitucional brasileiro

Em que pese a importância da consagração dos direitos humanos fundamentais em documentos internacionais, é na sua inserção nas Constituições que efetivamente ganham capacidade jurídica de efetivação. Deixam o plano das declarações e

⁵⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 2003:189.

⁵⁸ Ratificado pelo Brasil pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991 e promulgado pelo Decreto no. 592, de 06 de dezembro de 1992.

⁵⁹ ALMEIDA, Guilherme de Assis e PERRONE-Moisés, Cláudia. *Direito internacional dos direitos humanos*, 2007:161/162.

⁶⁰ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação história dos direitos humanos*, 2003:352.

⁶¹ Vale citar também as diversas Cartas e Declarações firmadas por Estados após Conferências Internacionais: Declaração de Alma-Ata, URSS em 1978; Carta de Ottawa, em 1986; Declaração de Jacarta, na 4ª. Conferencia Internacional sobre promoção da saúde; Carta do Caribe, de 1993; e Carta de Bogotá, em 1992. (BRASIL, Ministério da Saúde, Direito Sanitário, vol. I, 2003: 280/299).

⁶² Ratificado pelo Brasil pelo Decreto no. 678 de 06 de novembro de 1992.

pactos e passam a ganhar a configuração de prestações, a serem exercidas e exigidas. Com a constitucionalização, passam a gozar de três elementos indispensáveis à sua efetivação no plano social: (i) são referidos a um determinado Estado com poder coercitivo; (ii) consideram o indivíduo como sujeito de direito; (iii) são enunciados em texto normativo.⁶³

Do período de 1822 à 1930, José Murilo de Carvalho apresenta o seguinte panorama:

Com direitos civis e políticos tão precários, seria difícil falar de direitos sociais. A assistência social estava quase exclusivamente nas mãos de associações particulares. Ainda sobreviviam muitas irmandades religiosas oriundas da época colonial que ofereciam a seus membros apoio para o tratamento de saúde, auxílio funerário, empréstimos, e mesmo pensões para viúvas e filhos. Havia também as sociedades de auxílio mútuo, que eram versão leiga das irmandades e antecessoras dos modernos sindicatos. Sua principal função era dar assistência social aos membros. Irmandades e associações funcionavam numa base contratual, isto é, os benefícios eram proporcionais às contribuições dos membros. Mencionem-se, ainda, as santas casas de misericórdia, instituições privadas de caridade voltadas para o atendimento aos pobres.⁶⁴

Este cenário está em conformidade com o tratamento constitucional dado ao tema.⁶⁵ A Constituição do Império, de 25 de março de 1824, faz referência, em seu artigo 179, incisos XXI e XXXII, apenas ao dever da União garantir os “socorros públicos” e a “instrução primária.”⁶⁶ É bem verdade que, ao regulamentar as funções das Câmaras Municipais, pela Lei de 1º de outubro de 1828, em seus artigos 69, 70 e 71, definiu competências para a “conservação das Casas de Caridade”⁶⁷, política de vacinação e cuidado com a saúde da população.⁶⁸

⁶³ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2009:22/23.

⁶⁴ CARVALHO, José Murilo de. *A cidadania no Brasil*, 2007:61.

⁶⁵ DALLARI, Sueli Gandolfi. *Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública. In Políticas públicas, reflexões sobre o conceito*. 2006:252/53.

⁶⁶ CAMPANHOLE, Adriano e LOBO, Hilton. *Constituições*, 1983:652: “Artigo 179 – A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela seguinte maneira: (...) XXXI) A Constituição também garante os socorros públicos; XXXII) A instrução primária é gratuita a todos os cidadãos”. E DALLARI, Sueli Gandolfi e NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Direito sanitário*, 2010:53.

⁶⁷ “As Misericórdias, durante quatro séculos, ocuparam e assumiram praticamente, com exclusividade, o papel do Estado na garantia da oferta e de ações e serviços de saúde, além de outros serviços de natureza pública.”(Brasil, Ministério da Saúde, *Direito sanitário e saúde pública*, volume II, 2003:14).

⁶⁸ CAMPANHOLE, Adriano e LOBO, Hilton. *Constituições*, 1983:677: “Art. 69 – Cuidarão no estabelecimento, e conservação das casas de Caridade, para que se criem Expostos, se curem os

A primeira Constituição Republicana, em razão do contexto histórico, tem perfil liberal, contendo um rol de direitos civis e políticos, com trinta e um parágrafos⁶⁹, calando-se completamente quantos aos direitos sociais.⁷⁰ A partir da Constituição de 1934, saúde passa a ser tratada como obrigação do empregador, impulsionando o surgimento de “pelos menos 47 Caixas, uns 8 mil operários contribuintes e cerca de 7 mil pensionistas”⁷¹. Como inovação tem-se a previsão de um sistema nacional de combate às grandes endemias do país, previsto no artigo 140 e o dever genérico de proteção à maternidade e à criança, por vinculação de receita, estatuído no artigo 141⁷².

No entanto, alguns avanços podem ser apontados: a aprovação da lei Eloi Chaves, em 1923, primeira legislação sobre previdência social; a atenção às epidemias nas cidades, como a peste bubônica e a febre amarela; a criação dos institutos Soroterápico Federal (transformado em Oswaldo Cruz) e o Butantan; as intervenções sanitárias no Rio de Janeiro e São Paulo; e o movimento pelo saneamento rural, liderado por Oswaldo Cruz e Cândido Rondon.⁷³

Entre 1930 e 1945 tem-se a implementação dos direitos trabalhistas e previdenciários⁷⁴ como normas impostas ao empregador, limitando sua incidência aos trabalhadores urbanos formais. Neste período estabeleceu-se o arcabouço jurídico e

doentes necessitados, e se vacinem todos os meninos do Distrito, e adultos que não o tiverem sido, tendo Médico, ou Cirurgião de partido. Art. 70 – Terão inspeção sobre as Escolas de primeiras letras, e educação, e destino dos órfãos pobres, em cujo número entram os Expostos; e que estes Estabelecimentos e os de Caridade, de que trata o artigo 69, se achem por Lei, ou de fato encarregados em alguma Cidade ou Vila a outras autoridades individuais, ou coletivas, as Câmaras auxiliarão sempre quanto estiver de sua parte para a prosperidade, e aumento dos sobreditos estabelecimentos. Art. 71 – As Câmaras deliberarão em geral sobre os meios de promover e manter a tranqüilidade, segurança, saúde, a comodidade dos habitantes; o asseio, segurança, elegância, e regularidade externas dos edifícios, e ruas das povoações e sobre estes objetos formarão as suas Posturas, que serão publicadas por Editais, antes e depois de confirmadas.”

⁶⁹ CAMPANHOLE, Adriano e LOBO, Hilton. *Constituições*, 1983:587: “Art. 72 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos seguintes termos:”

⁷⁰ “No âmbito das políticas sociais, pela Constituição de 1891, cabia aos estados a responsabilidade pelas ações de saúde e saneamento, assim como pelas de educação....” LIMA, Nísia Trindade, FONSECA, Cristina M. O., e HOCHMAN, Gilberto, *Saúde e democracia: história e perspectiva do SUS*, 2005:32 e DALLARI, Sueli Gandolfi e NUNES Junior, Vidal Serrano, *Direito sanitário*, 2010:54.

⁷¹ CARVALHO, José Murilo de. *A cidadania no Brasil*, 2007:64.

⁷² CAMPANHOLE, Adriano e LOBO, Hilton. *Constituições*, 1983:543/544: A União organizará o serviço nacional de combate às grandes endemias do país, cabendo-lhe o custeio, a direção técnica e administrativa nas zonas onde a execução dos mesmos exceder as possibilidades dos governos locais. Artigo 141 - É obrigatório, em todo território nacional, o amparo à maternidade e à infância, para o que a União, os Estados e os Municípios destinarão um por cento das respectivas rendas tributárias.

⁷³ LIMA, Nísia Trindade, FONSECA, Cristina M.O., e HOCHMAN, Gilberto. *Saúde e democracia: história e perspectiva do SUS*, 2005:30/35.

⁷⁴ CARVALHO, José Murilo de. *A cidadania no Brasil*, 2007:110/126.

material de assistência médica individual previdenciária, mas destinada unicamente aos inseridos no mercado formal de trabalho, para as atividades profissionais regulamentadas. Ficara o serviço público para “os pobres, os desempregados e os que exerciam atividades informais, ou seja, todos aqueles que não se encontravam habilitados a usufruir os serviços oferecidos pelas caixas e pelos institutos previdenciários.”⁷⁵

Este quadro guarda consonância com o tratamento constitucional dispensado pela Constituição de 1937, que prevê apenas a competência legislativa da União para editar normas gerais sobre saúde⁷⁶ e mantém o caráter contratual, vinculado ao empregador, do direito à saúde⁷⁷.

Nada mudará com a com a Constituição de 1946⁷⁸, posto que seus artigos 5º e 57 repetem as normas da Constituição anterior. Todavia, durante sua vigência, em 1953 é criado o Ministério da Saúde, desvinculando-o da Educação. Mantém-se, entretanto, o foco de atuação “nas doenças das coletividades, em especial nas endemias rurais que obstaculizavam o desenvolvimento em um país ainda rural.”⁷⁹

Este cenário é mantido na Constituição de 1967 e sua Emenda nº 1 de 1969⁸⁰, obtendo-se avanços apenas na área previdenciária, com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social, a incorporação dos trabalhadores rurais e a criação do Banco Nacional de Habitação e do Ministério da Previdência e Assistência Social, resume José Murilo de Carvalho⁸¹.

No período do regime militar houve o predomínio do financiamento dos serviços prestados por empresas privadas, inclusive hospitais particulares, dada a ênfase

⁷⁵ LIMA, Nísia Trindade, FONSECA, Cristina M.O., e HOCHMAN, Gilberto. *Saúde e democracia: história e perspectiva do SUS*, 2005:41/42.

⁷⁶ CAMPANHOLE, Adriano e LOBO, Hilton. *Constituições*, 1983:422: “Artigo 16 – Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias: XXVII – normas fundamentais de defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança. Artigo 18 – Competência legislativa suplementar dos Estados: c) assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais.”

⁷⁷ *Ibidem*, 444/445: “Artigo 137 - A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos: 1) assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto;”

⁷⁸ “De 1945 à 1964, o país continuava a ser predominantemente rural. O combate às endemias rurais e às doenças transmissíveis mantinha-se, portanto, como a principal preocupação dos organismos de saúde pública. Porém, a questão da inclusão da assistência médica na saúde pública é incorporada na agenda dos médicos e sanitaristas.” LIMA, Nísia Trindade, FONSECA, Cristina M.O., e HOCHMAN, Gilberto. *Saúde e democracia: história e perspectiva do SUS*, 2005:50.

⁷⁹ *Ibidem*, 53.

⁸⁰ CAMPANHOLE, Adriano e LOBO, Hilton. *Constituições*, 1983:11 e 125: “Artigo 8º. Compete à União: XVII – legislar sobre: c) normas gerais(...) de defesa e proteção à saúde (...);”

⁸¹ CARVALHO, José Murilo de. *A cidadania no Brasil*, 2007:170/173.

na medicina curativa.⁸² No entanto, em 1968, as Faculdades Paulista de Medicina e a de Ribeirão Preto incorporam aos currículos a disciplina Medicina Preventiva, “lôcus a partir do qual começou a se organizar o movimento sanitário, que buscava conciliar a produção do conhecimento e a prática política, ao mesmo tempo em que ampliava seu campo de ação, envolvendo-se com organizações da sociedade civil nas suas demandas pela democratização do país.”⁸³

Deste período, importa destacar a realização das Conferências Nacionais de Saúde: em 1941 é realizada no Rio de Janeiro sua primeira edição⁸⁴; a segunda, em 1950; a terceira, em 1963; a quarta, em 1967; a quinta, em 1975; a sexta, em 1977; a sétima, em 1980, até então entendidas como “mecanismo de controle das instâncias estaduais”.⁸⁵

A partir da oitava Conferência Nacional de Saúde,⁸⁶ realizada em 1986, considerada a pré-constituente da Saúde, transformaram-se em “fórum de participação do movimento social”⁸⁷, porém com poucos avanços concretos,⁸⁸ salvo o de colocar o tema, saúde pública, na agenda governamental e criar o ambiente propício para, na insuficiência das iniciativas governamentais, o desenvolvimento da participação do Poder Judiciário no campo da prestação de serviços e ações de saúde.

Em que pese os avanços normativos e institucionais podemos concluir com o diagnóstico de Conceição Aparecida Pereira Rezende e Jorge Trindade:

Até os anos oitenta do século XX, a saúde era tratada como um “complemento dos benefícios da Previdência Social e suas ações e serviços sempre foram estabelecidos e geridos por gestores de outras políticas públicas. (...) Quando não era submetida diretamente aos gestores de outras políticas, possuía uma autonomia inadequada”, por meio de Institutos e Fundações que abrigaram subsetores de saúde.⁸⁹

⁸² ESCOREL, Sarah, NASCIMENTO, Dilene Raimundo e EDLER, Flávio Coelho. *As origens da reforma sanitária e do SUS*. In: Saúde e Democracia: História e perspectiva do SUS, 2005:59/62.

⁸³ *Ibidem*, 63.

⁸⁴ Brasil, Ministério da Saúde. *Direito sanitário*, vol. II, 2003:21.

⁸⁵ ESCOREL, Sarah e BLOCH, Renata Arruda de. *As conferências nacionais de saúde na construção do SUS*. In *Saúde e democracia: história e perspectivas*, 2005:112.

⁸⁶ “A 8ª. CNS foi um marco significativo por alterar a composição dos delegados, incorporando a participação da sociedade civil organizada, configurando uma “nova institucionalidade” das conferências ao se caracterizar como fórum – o qual, mesmo sendo convocado pelo Executivo federal e destinado a dar respostas a essa instância governamental, passou a ter “vida própria”, tentando constituir-se em ‘ente’ à parte, autônomo e independente.” *Ibidem*, 2005:83.

⁸⁷ *Ibidem*, 83.

⁸⁸ BRASIL, Ministério da Saúde, *Direito sanitário*, vol. II, 2003:23/39.

⁸⁹ *Ibidem*, :40.

Eis, em síntese, o tratamento dado ao direito à saúde em mais de um século de constitucionalismo e após oitenta anos do surgimento das primeiras Constituições com compromisso social.

Ao contrário dos textos constitucionais anteriores⁹⁰, a Constituição de 1988 já em seu artigo 6º arrola a saúde como direito social e dedica-lhe dois artigos gerais, da seguridade, e quatro específicos, da saúde (artigos 194 à 200). Desse capítulo, é emblemático o artigo 196 que solenemente proclama a saúde como “**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**⁹¹ e **igualitário** às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Eis, em síntese, a configuração do direito à saúde como direito fundamental. No sentido formal, por estar inserido no rol dos direitos individuais; no sentido material, por estar ligado a valores como a vida e a dignidade⁹². Trata-se de efetivo direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas (conjunto de ações e serviços), de acesso universal e igualitário.

A Constituição determina a organização do sistema de ações e serviços de saúde de forma regionalizada e hierarquizada, a partir das seguintes diretrizes: (i) descentralização com direção única em cada esfera de governo; (ii) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais e da participação da comunidade. É a dicção do artigo 198. Ainda prevê um sistema de custeio

⁹⁰ “Os demais textos constitucionais, que vigoraram até o advento da Constituição promulgada em 1988, limitaram-se a atribuir competência à União para planejar sistemas nacionais de saúde, conferindo-lhe a exclusividade da legislação sobre normas gerais de proteção e defesa da saúde e mantiveram a necessidade de obediência ao princípio que garantia aos trabalhadores assistência médica e sanitária. “DALLARI, Sueli Gandolfi. *Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública*. In: *Políticas públicas reflexões sobre o conceito jurídico*, 2006:247/266 e SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtner, *Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988*. In: *As Ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*, 2009:27.

⁹¹ “(...) Contrária a esse princípio, nitidamente, são as decisões judiciais que concedem medicamentos e tratamentos que não podem ser estendidos a todos os que se encontrem em situação análoga. Corresponde ao juiz, portanto, verificar, em caso de demandas não abarcadas pelo SUS, a viabilidade de conferir igual benefício a todos que estejam em situação análoga.” MAUÉS, Antonio Moreira. *Problemas da judicialização do direito à saúde no Brasil*. In *A eficácia dos direitos sociais*, 2010:267.

⁹² SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. *Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988*. In: *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à Saúde*, 2009:30

(artigo 198, parágrafos 1º a 3º, e artigo 195) e a participação da iniciativa privada na sua concretização, artigo 199.⁹³

Os Professores Sueli Gandolfi Dallari e Vidal Serrano Nunes Junior apresentam as seguintes características do direito à saúde delineado na Constituição de 1988: (i) sua historicidade; (ii) universalidade; e (iii) autogeneratividade. É produto de evolução histórica, desde as preocupações dos revolucionários franceses até sua inclusão nas Constituições modernas. Representa conquistas civilizatórias, que, até hoje, são aceitas como de todo ser humano, mas que se especifica “nos limites de cada Estado”.⁹⁴

A Constituição Brasileira de 1988 estabelece, no campo da saúde, na classificação de Alexy: (i) direito à organização e ao procedimento:⁹⁵ (a) direito à criação e à estruturação do SUS, estruturas e procedimentos administrativos; (b) direito à realização de Conferências e Conselhos para a participação e o controle social; e (ii) direitos à prestações em sentido estrito⁹⁶ mediante políticas sociais e econômicas.

Dela a doutrina extrai três tipos de direitos subjetivos cuja efetivação é objeto da presente pesquisa: (i) direitos subjetivos à prestação normativa, o controle da omissão legislativa e da conformidade da norma com o texto constitucional; (ii) direito subjetivo à realização das políticas públicas, o controle da omissão da Administração Pública e das condições para sua realização em conformidade com o texto constitucional; (iii) direitos subjetivos a prestações individuais a partir do texto constitucional. Coincidindo com as duas dimensões apontadas por Ingo Wolfgang Sarlet: dimensão defensiva, dever de proteção e dimensão prestacional, dever de promover a saúde, “concretizada pelas normas e políticas públicas de regulamentação e organização do SUS.”⁹⁷

⁹³ DALLARI, Sueli Gandolfi. *Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública*, 2006:254/55.

⁹⁴ DALLARI, Sueli Gandolfi e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito sanitário*, 2010:67/68.

⁹⁵ Abrange direitos à produção de normas de organização, normas de procedimentos e a uma determinada interpretação e aplicação concreta de normas procedimentais. ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008:474.

⁹⁶ “São direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como por exemplo, direitos à assistência social, à saúde, ao trabalho, a moradia, e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos à prestação em sentido estrito.” *Ibidem*, 2008:499.

⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtniner, *Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. In: As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*, 2009:31

5. O Dirigismo normativismo-constitucional

Na busca de transformar a realidade social a partir da realidade constitucional e diante de teorias jurídicas elaboradas no período de prevalência das constituições liberais, houve necessidade da construção de teorias jurídicas que fundamentasse o agir dos órgãos públicos a partir do dever constitucional.

As teorias de efetividade dos direitos sociais desenvolvidas entre nós sofreram a influência do professor português J. J. Gomes Canotilho com sua conhecida tese “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador”. Mas, como admite o próprio autor, escrita na década de 80 do século passado para as Constituições cujos textos eram narrativamente emancipadores, foram tratados como verdadeiros axiomas, separados dos “contextos políticos, econômicos e sociais em que se impõe com crueza a politização do concreto.”⁹⁸

A utopia dos textos⁹⁹, a elevação do Estado à condição de dirigente da sociedade e a conversão do direito à instrumento funcional, fizeram com que Estado e Direito “fossem arrastados para a crise da política regulativa.”¹⁰⁰ A tese pecou pelo excesso de confiança na “folha de papel” como dirigente da sociedade, como transformadora do mundo, “sem atentar para o fato dela estar cercada por outros mundos”.¹⁰¹

No entanto, para J.J. Gomes Canotilho, o discurso do dirigismo normativismo-constitucional continua tendo razoável racionalidade. Merecem refutações as principais críticas teórico-dogmáticas em torno da Constituição Dirigente. Sustenta sua utilidade para explicar os limites constitucionais para a atividade de conformação do legislador e para o exercício da discricionariedade legislativa. Permanece atual e útil na explicação das funções e atribuições do Estado como tarefas constitucionais. Merecem reparo as incompreensões em torno do entendimento do que significa a expressão “directamente aplicável”, pois, “não significava nem significa que as normas consagradoras de direitos fundamentais excluam a necessidade de uma maior densificação

⁹⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, 2001, VII/VIII.

⁹⁹ Ao prometer o que não pode a Constituição pode ser vítima de aporia Constitucional, denuncia o Professor Sérgio Resende de Barros. Aporia é a “situação em que o sentido normativo está evidente no texto, mas a passagem da norma à realidade social é bloqueada por circunstâncias de fato intransponíveis. Cita como exemplo: a previsão constitucional de juros não superiores a 12% ao ano e a previsão da Constituição Portuguesa de 1976 com sua pretensão de “dirigir o Estado capitalista para tornar-se Estado socialista, extrapolou o limite da possibilidade da Constituição” BARROS, Sérgio Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*, 2008:225.

¹⁰⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, 2001,X.

¹⁰¹ *Ibidem*, XI.

operada sobretudo através da lei.”¹⁰² Por fim, sua defesa dos institutos de controle das omissões constitucionais que deve manter-se, “não para deslegitimar governos e assembleias inertes, mas para assegurar uma via de publicidade crítica e processual contra a Constituição não cumprida”¹⁰³

Conclui Canotilho:

(...) a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processo de *abertura*, do direito constitucional ao *direito internacional* e aos *direitos supranacionais*. Numa época de cidadanias múltiplas e de múltiplos de cidadania seria prejudicial aos próprios cidadãos o fecho da constituição, erguendo-se à categoria de ‘linha Maginot’ contra invasões agressivas dos direitos fundamentais. Alguma coisa ficou, porém da programaticidade constitucional. Contra os que ergueram as normas programáticas à ‘linha de caminho de ferro’ neutralizadoras dos caminhos plurais da implantação da cidadania, acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticos e sociais.¹⁰⁴

Há limites de possibilidade para a Constituição, sustenta Sérgio Resende de Barros, dado pela sua substância primária.¹⁰⁵ E há limites para a realização dos direitos sociais, dados pela ordem econômica, bem como, pelas condições materiais de efetivação de uma política, dentre elas: recursos humanos, técnicos, financeiros e orçamentários. É bem verdade que os direitos humanos são o “principal norte” do dirigismo estatal, mas assim como esse dirigismo não pode levar à superação do modo capitalista de produção, senão ao seu aprimoramento, os direitos sociais não podem levar a nulificação das demais normas constitucionais, ou seja, os direitos sociais se efetivam no modo previsto na Constituição e não como direitos bastantes por si, por serem fundamentais.

É neste sentido que os dispositivos constitucionais referentes à saúde devem ser encarados. Não como normas, por si só, suficientes para entregar a todos: saúde,

¹⁰² *Ibidem*, XVI.

¹⁰³ *Ibidem*, XVII.

¹⁰⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, 2001, XIX e XXX.

¹⁰⁵ Que no capitalismo inclui: a propriedade privada dos instrumentos de trabalho e meios de produção, a livre iniciativa, a livre concorrência, o livre exercício de qualquer atividade econômica, a liberdade de empresa, a liberdade de mercado, e outras condições, nos ensina Sérgio Resende de Barros in *Contribuição dialética para o constitucionalismo*, 2008:58.

ações e serviços; mas como premissas das políticas públicas a cargo do Estado, estas sim, efetivadoras do direito à saúde.

6. A efetividade enfrentada pela doutrina como questão meramente hermenêutica

Para o enfrentamento do desafio de dar plena efetividade social aos preceitos constitucionais veiculadores do direito à saúde, a doutrina brasileira empenhou-se no desenvolvimento de teses que consideravam unicamente o aspecto normativo. Desprezando as demais condições materiais, caíram no equívoco denunciado por Canotilho: a confiança na folha de papel. A efetivação passa a ser estudada no Brasil como problema a ser resolvido com a mera alteração do *status* das normas constitucionais.

A formulação doutrinária em torno da eficácia das normas constitucionais inicia-se com a obra de José Horácio Meirelles Teixeira que sintetizou, a partir de estudos dos escritos forenses de Rui Barbosa, a doutrina clássica dos autores norte-americanos.¹⁰⁶ De acordo com a referida doutrina, as normas eram categorizadas em ‘*self-executing*’, ‘*self-acting*’ ou ‘*self-enforcing*’ e ‘*not self-executing*’ ou ‘*not self-acting*’, que correspondem as expressões em português: auto-aplicáveis, auto-executáveis, aplicáveis por si mesmas e não auto-executáveis ou não auto-aplicáveis.¹⁰⁷ A distinção, para os autores norte-americanos, residia na existência no texto constitucional de regras, auto-aplicáveis, e de princípios, não auto-aplicáveis.¹⁰⁸

J.H. Meirelles Teixeira apontará alguns motivos pelos quais a classificação não contempla toda a realidade de nossa época e a necessidade de aplicação das Constituições. São eles: (i) a expressão auto-aplicável pode dar a impressão da existência de dispositivo constitucional que “possam desde logo, produzir por si mesmas,

¹⁰⁶ O Professor Sérgio Resende de Barros mantém-se seguidor da classificação dos autores clássicos norte-americanos. In: *Direitos humanos: paradoxo da civilização*, 2003:42/3.

¹⁰⁷ MEIRELLES TEIXEIRA, J. H., *Curso de direito constitucional*, 1991:299.

¹⁰⁸ “Bastaria o exame atento dos casos, que acabamos de expor, de preceitos constitucionais exequíveis próprio vigore, outros de prescrições constitucionais só executáveis mediante leis complementares, para se ver claramente por onde correm as divisas entre o território das primeiras e das segundas. A linha que ao extremo poderia descrever-se num só traço, dizendo-se, como a Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso Davis v. Barke, que uma disposição constitucional é executável por si mesma quando, completa no que determina, lhe é supérfluo o auxílio supletivo da lei, para exprimir tudo o que intenta, e realizar tudo o que exprime”. Segundo Cooley, o grande magistrado e constitucionalista, também citado por Rui, “pode-se dizer que uma disposição constitucional é auto-executável “*self-executing*” quando nos fornece uma regra, mediante a qual se possa fruir e resguardar o direito outorgado, ou executar o dever imposto, e que não é auto-executável quando meramente indica princípios, sem estabelecer normas, por cujo meio se logre a dar a esses princípios vigor de lei.” *Ibidem*, 1991:300.

em sua aplicação, todos os efeitos possíveis, exaurindo-se numa plenitude de execução imediata; (ii) inversamente, a expressão não auto aplicáveis pode denotar a existência de normas constitucionais que não produzam efeito algum; (iii) não há normas completas, porque o texto é geral e abstrato, sua completude será alcançada pelo intérprete quando a aplicá-la aos casos concretos da vida real; (iv) elimina os efeitos jurídicos das normas programáticas, cuja existência se avoluma, sobre tudo nas Constituições com catálogo de direitos sociais.¹⁰⁹

Em resposta às críticas formuladas, propõe uma classificação em duas categorias: normas de eficácia plena¹¹⁰ e normas de eficácia limitada ou reduzida,¹¹¹ podendo ser programáticas ou de legislação. Aqui o autor valeu-se da classificação de Crisafulli para designar as normas programáticas como aquelas que versam “sobre matéria eminentemente ético-social, constituem, verdadeiramente, programas de ação social (econômica, religiosa, cultural etc.), assinalados ao legislador ordinário.”¹¹² As normas de legislação por sua vez são as pertinentes à organização e, excepcionalmente, às liberdades.

No final da década de 60 do século passado, o Professor José Afonso da Silva apresentou sua tese “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, tendo por referência a doutrina italiana.¹¹³ Assim, classificou as normas constitucionais em razão de sua eficácia jurídica,¹¹⁴ podendo ser: “(i) normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral; (ii) normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral; e (iii) normas constitucionais de eficácia limitada: (a) declaratórias de princípios institutivos ou organizativos; b) declaratórios de princípio programático.”¹¹⁵

Eis, em síntese, sua conceituação:

¹⁰⁹ *Ibidem*, 313/315.

¹¹⁰ “Aqueles normas que produzem, desde o momento de sua promulgação, todos os seus efeitos essenciais, isto é, todos os objetivos especialmente visados pelo legislador constituinte porque este criou, desde logo, uma normatividade que isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhe constitui objeto.” *Ibidem*, 317.

¹¹¹ “Aqueles que não produzem, logo ao serem promulgadas, todos os seus efeitos essenciais, porque não se estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso suficiente, deixando total ou parcialmente essa tarefa ao legislador ordinário.” *Ibidem*, 317.

¹¹² *Ibidem*, 323.

¹¹³ AFONSO DA SILVA, José. *Aplicabilidade das normas Constitucionais*, 1998:77.

¹¹⁴ “eficácia jurídica da norma designada a qualidade de produzir, de maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita” é o conceito de J.H. Meirelles Teixeira (*Curso de direito constitucional*, 1991:289) que José Afonso da Silva adota em *Aplicabilidade das normas Constitucionais*, 1998:66.

¹¹⁵ *Ibidem*, 86.

*Na primeira categoria incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhe constitui objeto. O segundo grupo também se constitui de normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas prevêm meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. Ao contrário, as normas do terceiro grupo são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.*¹¹⁶

As normas de eficácia limitada ou reduzidas, àquelas dependentes de posterior complementação para sua eficácia jurídica, “limitam-se a positivar princípios ou esquemas sobre a matéria objeto da cogitação do constituinte, o qual deixa ao legislador ordinário ou a outros órgãos de governo sua concreção normativa, refiram-se, ou não, a uma legislação futura”, sustenta José Afonso da Silva.¹¹⁷

Ao tratar dos direitos sociais previstos na Constituição, José Afonso da Silva classificou suas normas como de eficácia limitada, pois continham declarações de princípios institutivos ou organizativos ou declarações de princípio programático e alertou para o problema que se “coloca agudamente na doutrina recente”, que, consistia em “buscar mecanismos constitucionais e fundamentos teóricos para superar o caráter abstrato e incompleto das normas definidoras de direitos sociais, ainda concebidas como programáticas, a fim de possibilitar sua concretização prática.”¹¹⁸

A tese tem aceitação até hoje na jurisprudência¹¹⁹ e pela doutrina¹²⁰. Contribuiu efetivamente para que a doutrina brasileira passasse a tratar da efetividade dos direitos sociais como questão hermenêutica, produzindo “rios de tinta” para defender a

¹¹⁶ AFONSO DA SILVA, José. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 1998;82/83.

¹¹⁷ *Ibidem*, 84.

¹¹⁸ *Ibidem*, 140.

¹¹⁹ Disto atestam: AFONSO DA SILVA, *idem*, 14 e SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos fundamentais, conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2009:209, notas de rodapé 2 e 3.

¹²⁰ Atesta Ingo Wolfgang Sarlet: “A próxima tentativa de sistematização do problema da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais em nosso país (e a que maior receptividade teve), igualmente embasada nas críticas tecidas em relação às concepções clássicas, é de autoria do ilustre publicista de São Paulo, Prof. José Afonso da Silva..) In: *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2009:247.

eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata, a partir do texto Constitucional, das normas constitucionais veiculadoras de direitos sociais.

Registre-se que inicialmente e por longo período a jurisprudência¹²¹ adotou apenas parte da lição de José Afonso da Silva, concernente à dependência de regulamentação para eficácia plena, desprezando sua lição quanto as normas programáticas terem eficácia jurídica¹²² imediata, direta e vinculante para, dentre outras hipóteses, criarem “situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem”, ainda que apenas em seu aspecto negativo, por intermédio dos remédios constitucionais contra a omissão.¹²³

A classificação de José Afonso da Silva é seguida por Maria Helena Diniz¹²⁴ que, no tocante às normas programáticas veiculadoras de direitos sociais, em nada inova. Celso Antônio Bandeira de Mello discursará sobre a eficácia das normas constitucionais e direitos sociais, agrupando-as em três espécies tipológicas, em síntese: as concessivas de poderes jurídicos, prescindem de leis; as atributivas de direitos a fruir imediatamente e as que apontam finalidades a serem atingidas¹²⁵: também são variações a partir da classificação de José Afonso da Silva.

O Professor Luis Roberto Barroso apresenta uma classificação, a partir de sua definição de objeto da Constituição, qual seja: “organiza o exercício do poder político, define os direitos fundamentais dos indivíduos e traça os fins públicos a serem alcançados pelos Estado”, tendo, portanto: (i) normas de organização; (ii) normas definidoras de direito; e (iii) normas programáticas”.¹²⁶ Sustenta que as normas de organização¹²⁷ e as definidoras de direito¹²⁸ têm eficácia plena e aplicabilidade imediata,

¹²¹ Virgílio Afonso da Silva aponta sua aceitação quanto as normas programáticas na jurisprudência, inclusive pelo STF: Súmula 648; ADI 4; RE 157.897; RE 184.837; ADI 2.869, ADI 3.013 e MI 715. SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*, 2009:215, nota de rodapé 26.

¹²² O próprio J. H. Meirelles Teixeira aponta para as normas programáticas as seguintes efeitos ou consequências jurídicas imediatas: “a) mandato ao legislador ordinário; b) condicionamento da legislação futura; c) revogação das leis anteriores incompatíveis; d) eficácia interpretativa; e) eficácia integradora; f) condicionamento da atividade discricionária da Administração e do Poder Judiciário; g) criação de situações jurídicas subjetivas, de vínculo ou de vantagem.” *Curso de Direito Constitucional*, 1991:333.

¹²³ É o que se pode ler em: AFONSO DA SILVA, José. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 2009:164/178.

¹²⁴ DINIZ, Maria Helena. *Normas constitucionais e seus efeitos*, 1998:116.

¹²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*, 2009:56.

¹²⁶ BARROSO, Luís Roberto, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 2001:94.

¹²⁷ *Ibidem*, 145.

¹²⁸ *Ibidem*, 147.

adotando a classificação do Professor José Afonso da Silva, inclusive quanto aos limites à eficácia positiva das normas programáticas.¹²⁹

Ao tratar das normas constitucionais veiculadoras de direitos sociais, Barroso apresenta uma subdivisão: (i) normas que geram situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção - cita como exemplo o dispositivo que prevê o direito de greve; (ii) normas que ensejam a exigibilidade de prestações positivas do Estado – tais como: o direito à proteção à saúde e previdência social; (iii) normas que contemplam interesses cuja realização depende da edição de norma infraconstitucional integradora – nessa incluído o direito à participação nos lucros, a proteção do trabalhador em face da automação.¹³⁰

Ao tratar da norma estatuída no artigo 196 da Constituição Federal, categoriza como norma definidora de direito, embora reconheça que tenha “redação de norma programática”. Ou seja, para justificar sua adesão à tese da eficácia plena e aplicação direta da norma constitucional, ignora sua própria classificação e adere com entusiasmo ao que chamou “disposição em dar efetividade à norma, superando por via judicial as omissões do poder público, mesmo que ao custo de um ativismo judicial que não tem raízes profundas na tradição brasileira, mas que vem em boa hora.”¹³¹ O texto acima é de 1986, no entanto, analisando o mesmo fenômeno em 2007, Barroso apresenta o seguinte diagnóstico:

O sistema, no entanto, começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos. Por um lado, proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos

¹²⁹ *Ibidem*, 156: “Tais normas, como já se viu, investem os indivíduos em posição jurídica menos consistente que as da segunda categoria – a das normas definidoras de direitos. É que, por não traçarem suficientemente uma conduta a ser seguida, não ensejam um desfrute imediato de qualquer bem jurídico, criando a exigibilidade de uma prestação positiva.

Sem embargo, elas conferem, por via reflexa, direitos subjetivos de caráter negativo, direta e imediatamente exigíveis, amparáveis em sede judicial. Sintetizando a doutrina acerca da matéria, que converge para o reconhecimento do teor de eficácia jurídica das normas programáticas, é possível elencar algumas hipóteses de sua efetividade, visto que as regras dessa natureza: (1) revogam as leis anteriores com elas incompatíveis; (2) vinculam o legislador, de forma permanente, à sua realização; (3) condicionam a atuação da administração pública; (4) informam a interpretação e a aplicação da lei pelo Poder Judiciário. Contém as normas constitucionais programáticas, por via de consequência, eficácia paralisante de todos os atos que não sejam reverentes às proposições acima formuladas e facultam ao jurisdicionado o reconhecimento e declaração de sua inconstitucionalidade.”

É de se destacar que o pai do ‘novo constitucionalismo’ adota integralmente a lição de J. H. Meirelles Teixeira, autor que escreveu na vigência da Constituição de 1946. *Curso de direito constitucional*, 1991:333.

¹³⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, 2001:108/112.

¹³¹ *Ibidem*, 110/111.

*irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade –, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas. Por outro lado, não há um critério firme para a aferição de qual entidade estatal – União, Estados e Municípios – deve ser responsabilizada pela entrega de cada tipo de medicamento. Diante disso, os processos terminam por acarretar superposição de esforços e de defesas, envolvendo diferentes entidades federativas e mobilizando grande quantidade de agentes públicos, aí incluídos os procuradores e servidores administrativos. Desnecessário enfatizar que tudo isso representa gastos, imprevisibilidade e disfunionalidade da prestação jurisdicional.*¹³²

Após analisar alguns aspectos teóricos, defende a fixação de parâmetros ou limites materiais para atuação do Poder Judiciário quanto à dispensação de medicamentos:

*(A) As pessoas necessitadas podem postular judicialmente, em ações individuais, os medicamentos constantes das listas elaboradas pelo Poder Público e, nesse caso, o réu na demanda haverá de ser o ente federativo – União, Estado ou Município – que haja incluído em sua lista o medicamento solicitado. Trata-se aqui de efetivar uma decisão política específica do Estado, a rigor já tornada jurídica. (B) No âmbito de ações coletivas e/ou de ações abstratas de controle de constitucionalidade, será possível discutir a inclusão de novos medicamentos nas listas referidas. Tal inclusão, contudo, deve ser excepcional, uma vez que as complexas avaliações técnicas – de ordem médica, administrativa e orçamentária – competem primariamente aos Poderes Legislativo e Executivo. (C) Nas discussões travadas em ações coletivas ou abstratas – para a modificação das listas – o Judiciário só deve determinar que a Administração forneça medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos. Ademais, o Judiciário deve, como regra, optar por substâncias disponíveis no Brasil e por fornecedores situados no território nacional. Por fim, dentre os medicamentos de eficácia comprovada, deve privilegiar aqueles de menor custo, como os genéricos”*¹³³

A posição doutrinária de Luís Roberto Barroso fundamenta-se em sua visão da Constituição como sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos supra-positivos. Estes princípios espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos e fins e cuja aplicação se dá, predominantemente, por ponderação. Cabe ao intérprete aplicador a escolha fundamentada, o que, segundo o autor, justifica a

¹³² BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, 2010:875/876.

¹³³ *Ibidem*, 902/903.

existência de uma moderna hermenêutica constitucional. O seu parâmetro metodológico é a ausência de primazia do sistema normativo sobre o problema. Este modelo reclama uma solução “que deve fundar-se em uma linha de argumentação apta a conquistar racionalmente os interlocutores.”¹³⁴

Este giro hermenêutico tem sua razão de ser. Barroso deposita toda sua confiança no que ele próprio definiu como “doutrina brasileira da efetividade”. Falha ao pressupor que das palavras do texto constitucional fosse possível extrair algo mais que discursos. É sua a seguinte afirmação: “A falta de efetividade das sucessivas Constituições brasileiras decorreu do não reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhe aplicabilidade direta e imediata.”¹³⁵ Cabe salientar, todavia, que a questão da efetividade dos direitos sociais é mais que um desafio hermenêutico. Não é tarefa apenas de juristas ou de decisões judiciais. Tudo isso é necessário, mas insuficiente.

A Professora Ana Paula de Barcellos identifica na Constituição Brasileira de 1988, em torno do princípio da dignidade da pessoa humana¹³⁶, tanto normas principiológicas quanto regras. Sustenta que estes estabelecem prestações positivas para efetivação de um mínimo existencial em torno dos direitos à educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à justiça, prestações estas que podem ser adjudicáveis pelo Poder Judiciário.¹³⁷

No tocante ao mínimo existencial na área de saúde “significa dizer que há um conjunto de prestações de saúde exigíveis diante do Judiciário por força e em consequência da Constituição.”¹³⁸ E, por pertencer ao ‘núcleo da dignidade da pessoa humana’, as prestações são “oponíveis e exigíveis dos poderes públicos constituídos”.¹³⁹ Do artigo 196 da Constituição, se interpretado isoladamente, sustenta a autora ser possível aplicá-lo “à situação em que as pessoas têm acesso a todas as prestações necessárias e suficientes para preservar, manter ou restabelecer sua saúde”,¹⁴⁰ mas do cotejo desta norma com o sistema constitucional como um todo e com as limitações materiais dos

¹³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos Fundamentais e relações privadas*, 2003:35.

¹³⁵ *Ibidem*, 328.

¹³⁶ Luís Roberto Barroso também atribuirá a primazia aos princípios da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade. *Ibidem*, 36/39.

¹³⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, 2002:247/259.

¹³⁸ *Ibidem*, 272.

¹³⁹ *Ibidem*, 273.

¹⁴⁰ *Ibidem*, 273.

recursos¹⁴¹ leva-a a sustentar que o Judiciário só poderá determinar o fornecimento de prestação concreta quando corresponder ao mínimo existencial. O núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana fundamenta a adjudicação judicial, restando às demais normas eficácia negativa, interpretativa e vedação ao retrocesso.¹⁴²

A autora não define o que deva ser entendido como mínimo existencial que concretiza o princípio da dignidade da pessoa humana na área de saúde, mas indica as quatro prioridades estabelecidas pela Constituição: (i) saneamento, art. 23, IX, 198, II e 200, IV; (ii) atendimento materno-infantil, art. 227, I; (iii) medicina preventiva, art. 198, II; e (iv) prevenção epidemiológica, art. 200, II,¹⁴³. Essas devem servir de parâmetros para a definição do mínimo. Acrescenta, ainda, como sugestão os parâmetros dos planos de saúde do setor privado, especificados na Lei 9.656/98.¹⁴⁴

Igualmente, O Professor Luis Roberto Barroso, sustenta que o conteúdo do mínimo existencial pode sofrer variações por motivação subjetiva do intérprete aplicador. Entretanto, entende ser razoável sustentar a existência de consenso – sem dizer entre quem - em torno de: “renda mínima, saúde básica e educação fundamental” além do acesso à justiça.¹⁴⁵ Lista por demais tímida para quem quer transformar a realidade por meio da nova hermenêutica constitucional.

O Professor Ingo Wolfgang Sarlet trata da eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais a luz do estabelecido no artigo 5º, § 1º, da nossa Constituição. Embora sustente a aplicabilidade imediata das normas, destaca que elas não formam um complexo homogêneo. É possível encontrar na Constituição, utilizando a classificação de Luís Roberto Barroso, tanto normas de organização, como normas definidoras de direito, bem como normas programáticas.¹⁴⁶ Aponta a divergência na doutrina tanto nacional como estrangeira, mas salienta que o citado dispositivo deve ser acolhido como norma principiológica no sentido de Alexy, que determina aos órgãos públicos a “tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais”. Tem caráter dirigente e vinculante, o que não obsta o reconhecimento da existência de limites a esta tarefa, mormente quando desempenhada pelo Poder Judiciário¹⁴⁷.

¹⁴¹ *Ibidem*, 281.

¹⁴² BARCELOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais, 2002:274.

¹⁴³ *Ibidem*, 281.

¹⁴⁴ BARCELOS, Ana Paula de. A Eficácia, Jurídica dos Princípios Constitucionais, 2002:282/283.

¹⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas, 2003:39.

¹⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais, 2009:257/258.

¹⁴⁷ *Ibidem*, 268/269.

O autor distingue as normas constitucionais de direitos fundamentais em dois grupos, utilizando por critério a suficiência da normatividade, a densidade do texto. Para algumas é desnecessário um “interpositio legislatoris”; para outras, a intermediação do legislador é indispensável para que se possa extrair delas a plenitude de seus efeitos.

O artigo 5º, § 1º da Constituição Federal atribui às normas de direitos fundamentais presunção de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Portanto, a recusa de aplicabilidade, em razão da necessidade de lei concretizadora, deve ser sempre justificada.¹⁴⁸ Os direitos de defesa¹⁴⁹, são, em regra, normas constitucionais com densidade normativa suficiente, ao passo que os direitos sociais prestacionais¹⁵⁰ são, também em regra, positivados com insuficiência normativa, o que reclama a intermediação do legislador para garantir sua plena eficácia. Estes, por sua vez, além da insuficiência em razão da forma de positivação, em última análise, seu conteúdo “difícilmente poderá ser estabelecido e definido de forma geral e abstrata, necessitando de análise calcada nas circunstâncias específicas de cada direito fundamental”.¹⁵¹

Além da forma de positivação, da estrutura jurídico-normativa dos direitos sociais prestacionais, da dificuldade de definição do objeto específico por norma, o autor sustenta a incidência da tese da reserva do possível como limite jurídico e fático da efetivação dos direitos sociais. Referida tese pode ser utilizada também como critério de ponderação quando houver conflito de direitos. Por fim, destaca a veiculação dos direitos sociais prestacionais por normas programáticas, também como limite à sua efetivação.¹⁵² Embora aponte outras dificuldades para a efetivação dos direitos sociais prestacionais, dá ênfase a dois aspectos: a forma de positivação, definição normativa-constitucional de seu objeto específico e a dependência de concretização legislativa.

O autor cai no mesmo equívoco de considerar possível que a questão da efetividade possa ser resolvida pelos elementos fornecidos pela hermenêutica jurídica em torno da defesa do mínimo existencial, cuja adjudicação judicial advoga.¹⁵³

Um dos mais importantes críticos da efetivação das normas constitucionais como questão hermenêutica é Friedrich Müller.¹⁵⁴ Sustenta o autor que a

¹⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2009:270/272.

¹⁴⁹ *Ibidem*, 274.

¹⁵⁰ *Ibidem*, 280.

¹⁵¹ *Ibidem*, 283.

¹⁵² *Ibidem*, 280/298.

¹⁵³ *Ibidem*, 350.

¹⁵⁴ Testemunham: Paulo Bonavides em *Teoria estrutural do direito de Friedrich Müller*, in MÜLLER, Freidrich, *O novo paradigma do direito*, 2007:231/233 e *Curso de direito constitucional*,

interpretação é apenas uma etapa da concretização¹⁵⁵ e desta participam, ao lado da jurisdição, a legislação, o governo e a administração, bem como todos “os atingidos que participam da vida política e da vida da Constituição”¹⁵⁶. Todos desempenham tarefas efetivas de concretização da Constituição, não podendo ficar restrita à ciência jurídica.

Müller parte da crítica aos juristas que costumam reduzir o objeto de seu trabalho ao texto da Constituição, dele extraindo a norma de aplicação a partir de uma dedução literal¹⁵⁷, desprezando todos os demais elementos fáticos.¹⁵⁸ Do texto, sustenta o autor, chega-se, com relativa segurança ao *programa da norma*, mas não ao *âmbito da norma*, que aparece no texto apenas sugerido.¹⁵⁹ O texto da norma não contém todos os elementos para a concretização. O texto dirige e limita a concretização, mas é apenas um recorte da realidade social que visa disciplinar. O texto é, pois, apenas um recorte dos dados da realidade social concreta.¹⁶⁰

Sua teoria estabelece uma clara distinção entre o *programa da norma*, teor literal, e o *âmbito da norma*, que consiste no “recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma escolheu para si ou em parte criou para si como âmbito da regulamentação”.¹⁶¹ O texto, que contém o *programa da norma*, representa um recorte seletivo e valorativo da realidade social. Contudo, embora sejam conformados juridicamente, não há apenas elementos jurídicos. Os demais elementos não são alterados. Permanece a “autonomia material dos âmbitos da norma” E, por isto, a concretização

2004:498/501. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. 1998:61/70; CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 1998:1086/1087.

¹⁵⁵ “Concretizar não significa aqui, portanto, à maneira do positivismo antigo, interpretar, aplicar, subsumir silogisticamente e concluir. E também não, como no positivismo sistematizado da última fase de Kelsen, “individualizar” uma norma jurídica genérica codificada na direção do caso individual “mas restrito”. Muito pelo contrário, “concretizar” significa: produzir diante da provocação de caso de conflito sociais, que exige uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito.” Müller, Friedrich. *O novo paradigma do direito*, 2007:150.

¹⁵⁶ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito Constitucional*, 2000:52.

¹⁵⁷ “A metódica jurídica tradicional apresenta, com a sua concentração na teoria da interpretação do texto, com o seu conceito-meta de univocidade, com a sua ideia de um “conteúdo” pronto, previamente dado como grandeza orientadora da norma jurídica e com um “significado” abstraído e abstraível da composição tipográfica elementos de um estilo ontológico de raciocínio.” MÜLLER, Friedrich, *Métodos de trabalho do direito constitucional*, 2000:55.

¹⁵⁸ “... a concepção estruturante de norma trata com reserva todos os tipos de interpretação e decisão de caos que procuram obter soluções mais concretas diretamente a partir de princípios gerais ou de teses de filosofia do direito.” MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*, 2008:244.

¹⁵⁹ MÜLLER, Friedrich, *Métodos de trabalho do direito constitucional*, 2000:53.

¹⁶⁰ MÜLLER, Friedrich, *Teoria estruturante do direito*, 2008:257.

¹⁶¹ MÜLLER, Friedrich, *Métodos de trabalho do direito constitucional*, 2000:57.

dependerá dos resultados de análises de todos os elementos que compõem a normatividade.¹⁶²

*De um lado, o âmbito normativo constitui, com isso, um ponto de vista auxiliar da concretização: a realidade, que pertence inseparavelmente à norma, na esfera de sua eficácia, e é normativamente incorporada a ela, é necessariamente entendida, sob o ponto de vista teórico, como um componente da norma. Por outro lado, o aspecto do âmbito normativo sustenta-se em um círculo real de dados fáticos e problemas, que não apenas co-determina a normatividade da norma na modalidade de uma hipótese, mas diretamente em seu meio ambiente social e histórico.*¹⁶³

A dependência do âmbito da norma - referibilidade da norma ao caso, real ou fictício - para a concretização da Constituição, notadamente dos direitos fundamentais¹⁶⁴, faz com que o autor sustente a insuficiência das regras de interpretação, embora reconheça-as como elementos importantes. A norma, o texto, não está pronta nem acabada. Só será concluída quando aplicada a um caso. Mas este não pode ser descolado do texto, havendo, portanto, uma dependência recíproca de programa e âmbito da norma. Este fenômeno é a normatividade, criando-se a norma de decisão, num processo de concretização. Eis, em síntese sua metódica estruturante.¹⁶⁵

A concretização da norma constitucional dar-se-á recorrendo a elementos de dois grupos distintos. O primeiro, os elementos da interpretação¹⁶⁶, que tratarão do texto da norma, seu programa e dos demais textos¹⁶⁷. Todos são utilizados num processo unitário de interpretação sem hierarquização.¹⁶⁸ E o segundo, referente aos passos de concretização, análise do âmbito da norma, conjunto de fatos.¹⁶⁹

¹⁶² *Ibidem*, 58/59.

¹⁶³ MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*, 2008:250.

¹⁶⁴ *Ibidem*, 247 e HESSE, Konrad, *Temas fundamentais do direito constitucional*, 2009:98.

¹⁶⁵ “A “metódica estruturante” aqui apresentada é desenvolvida com base no e com vistas ao direito constitucional. A denominação “metódica estruturante” resume o que foi dito sobre a estrutura de norma e texto da norma, da normatividade e processo de concretização, sobre o nexo entre concretização estruturada da norma e as tarefas das funções individuais da práxis jurídica, sobre a não-identidade de norma e texto de norma e sobre a não-identidade de concretização e interpretação... A metódica estruturante analisa as questões de implementação, interpretante e concretizante de normas em situações decisórias determinadas pelo caso. Ela apreende a hierarquia igual de elementos do programa da norma e do âmbito da norma.” MÜLLER, Friedrich, *Métodos de trabalho do direito constitucional*, 2000:68/69.

¹⁶⁶ “Compreende-se por esses elementos os aspectos da interpretação gramatical, histórica, genética, sistemática e teleológica, além disso os princípios aqui discutidos da interpretação da constituição e os problemas da lógica formal e da axiomatização no direito constitucional.” *Ibidem*, 71.

¹⁶⁷ Doutrina e jurisprudência.

¹⁶⁸ “Assim as regras tradicionais da interpretação não podem ser isoladas como “métodos” autônomos para si. No processo da concretização elas não somente revelam complementar e reforçar-se

O autor destaca que as normas constitucionais possuem estruturas diferenciadas e que a interpretação gramatical deve considerar tais distinções. Não se trata de diferenças lingüísticas ou gramaticais, mas de sua eficácia a partir da pré-compreensão jurídica do conteúdo de seu texto. Um texto que determina “a liberdade de crença e de consciência e a liberdade de confissão religiosa e ideológicas são invioláveis” para o não jurista, é tão claro quanto a norma que estatui “O Conselho Federal elege o seu Presidente por um ano”. Todavia, para o jurista é menos claro, mais amplo e mais indeterminado.¹⁷⁰ As normas de direitos fundamentais possuem diferentes estruturas em razão de seus respectivos âmbitos, por isso, o conceito jurídico dogmático só tem valor de *signo*, demarcando as “fronteiras extremas das possíveis variantes de sentido” que são “funcionalmente defensáveis e constitucionalmente admissíveis.”¹⁷¹

Assim, o programa normativo expresso nos artigos 196 à 200 da Constituição da República Federativa do Brasil dependerá do âmbito normativo que lhe serviu de base para a configuração da política pública de saúde. Nele estão incluídos dados como doenças mais comuns, necessidade de prevenção, estruturas administrativas, competência técnica, quadros administrativos, recursos disponíveis. Estão incluídos por pertecerem ao âmbito da norma e não podem ser desprezados pelo interprete aplicador.

A expressão lingüística do *âmbito normativo* e do *programa normativo* não corresponderá a reprodução fiel da realidade. Por isso, o Jurista Fridrich Müller os chama de “meios-termos”, decorrendo daí a necessidade de ir além da utilização dos recursos da interpretação lingüística.¹⁷²

Assim, razão assiste ao Professor Friedrich Müller quando sustenta a necessidade de ir além dos recursos hermenêuticos para encontrar as condições para a efetivação dos direitos fundamentais. A doutrina brasileira da efetividade peca por enxergar o fenômeno apenas no seu âmbito normativo.

Mas antes de avançar na compreensão das condições para a efetivação dos direitos humanos fundamentais sociais, necessário é o apontamento dos obstáculos que esses direitos encontram para sua efetivação.

reciprocamente, mas estar entrelaçadas materialmente já a partir do seu enfoque.” MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*, 2000:80.

¹⁶⁹ *Ibidem*, 70/71.

¹⁷⁰ *Ibidem*, 73. Artigos 4º, al. 1 e 52, al. 1 da Constituição da Alemanha, citados por Müller.

¹⁷¹ *Ibidem*, 74/75.

¹⁷² MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*, 2008:263.

7. Mais que ausência de vontade constitucional: os obstáculos para efetividade: conflitos ideológicos, historicidade e contingente político

Verificou-se que a inclusão dos direitos sociais nos diversos documentos normativos internacionais e nas Constituições, levou parte considerável da doutrina a enxergar na hermenêutica a ferramenta para “tirar da folha de papel” os direitos fundamentais sociais prestacionais.

É nítida a influência de duas obras. A proclamação de Konrad Hesse para não deixar que o futuro da efetividade dos direitos sociais seja uma questão de poder, mas, sobretudo, uma questão jurídica, para o que, dependia da “preservação e do fortalecimento da força normativa da Constituição, bem como, de seu pressuposto fundamental, a vontade de Constituição.”¹⁷³ E da efetiva contribuição do Professor Português J.J. Gomes Canotilho, com sua obra “*Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*.”

Todavia, além da vontade de Constituição, de sua força normativa e do dirigismo normativo-constitucional, há obstáculos para a efetivação dos direitos fundamentais sociais que precisam ser revelados. É o próprio Hesse que adverte:

(...) o conteúdo concreto e a significação dos direitos fundamentais para um Estado dependem de inúmeros fatores extrajurídicos, especialmente da idiosincrasia, da cultura e da história dos povos. Por isso, só tendo em conta esses aspectos torna-se possível uma compreensão objetiva das tarefas, da conformação e da eficácia dos direitos fundamentais num ordenamento jurídico estatal concreto.¹⁷⁴

Os direitos fundamentais¹⁷⁵, numa visão jusnaturalista, são absolutos, imutáveis e atemporais, o que, fundamenta a posição dos que advogam a tese da efetividade, *a priori*, pela previsão constitucional. No entanto, sua concretização encontra barreiras e obstáculos aos quais a hermenêutica jurídica não pode opor resistência.

O primeiro grande obstáculo a ser enfrentando para a efetivação dos direitos sociais é a questão ideológica em torno dos interesses conflitantes envolvidos. Qualquer tese que a ignorar revela uma postura ideológica do autor, a neutralidade.

O estudo da ideologia, segundo John B. Thompson, coube ao filósofo francês Destutt de Tracy que, em 1796, teve a primazia pelo uso do termo para designar

¹⁷³ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*, 1991:32.

¹⁷⁴ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*, 2009:26.

¹⁷⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2009:21.

uma “nova ciência que estaria interessada na análise sistemática das ideias e sensações,”¹⁷⁶ as quais seriam estudadas de maneira “sistemática” para garantir uma “base segura para todo o conhecimento científico e tirar conclusões de cunho mais prático.”¹⁷⁷

A ideologia seria a “primeira ciência”, aquela que forneceria as bases para todo o conhecimento científico, por envolver a combinação das ideias. A ideologia “colocaria as ciências morais e políticas num fundamento firme e as preservaria de erro e de preconceito.”¹⁷⁸

Destutt de Tracy e seus companheiros do Instituto Nacional influenciaram Napoleão Bonaparte na elaboração de sua Constituição. Entretanto, devido às suas ligações com o republicanismo, logo foram identificados como “ameaça potencial à suas ambições autocráticas.”¹⁷⁹ Em razão disso, foram ridicularizados como “ideólogos”, seguidores de uma “doutrina especulativa abstrata, que estava divorciada das realidades do poder político”.¹⁸⁰ Ato contínuo, foram acusados de conspirarem contra o novo regime, sendo lhes atribuída a tentativa de “subverter o Estado e o poder da lei”¹⁸¹.

Napoleão Bonaparte conseguiu, com esta deturpação, que o termo *ideologia* deixasse de se referir à “ciência das ideias” para se referir, exclusivamente, às ideias mesmas, dissociadas das realidades práticas da vida política. Assim, passou a definir a *ideologia* como “pretensa filosofia que tinha incitado à rebelião ao tentar determinar os princípios políticos e pedagógicos na base apenas do raciocínio abstrato”¹⁸².

Karl Marx conhecia o trabalho de Destutt de Tracy e todo ataque que lhe deferiu Napoleão e aproveitou o uso que este fizera do termo para, ironicamente, analisar o trabalho dos jovens seguidores de Hegel¹⁸³. Segundo o filósofo alemão estes

¹⁷⁶ THOMPSON, John B., *Ideologia e cultura moderna*, 2009:44; GORENDER, Jacob, *Introdução*, 2007, XXI e BARROS, Sérgio Resende de, *Contribuição dialética para o constitucionalismo*, 2007:158/159.

¹⁷⁷ THOMPSON, John B., *Ideologia e cultura moderna*, 2009:45.

¹⁷⁸ *Ibidem*, 45. De Tracy chegou a elaborar um curso “Éléments d’Idéologie” no qual examinou “as faculdades do pensamento, do sentimento, da memória, e do julgamento e as características do habito, do movimento e da vontade, entre outras coisas”,¹⁷⁸ mas a obra só foi publicada em 1803 e 1815, quando o termo ideologia já se tornara conhecido com o sentido dado por Napoleão Bonaparte.

¹⁷⁹ *Ibidem*, 46.

¹⁸⁰ *Ibidem*, 46.

¹⁸¹ *Ibidem*, 47. Dirigindo-se ao Conselho do Estado, diz Napoleão: “Nós devemos colocar a culpa dos males que a nossa França sofreu na ideologia, a metafísica obscura que procura, sutilmente, pelas últimas causas, onde se deve colocar a legislação dos povos, em vez de fazer uso das leis conhecidas do coração humano, e das lições da história. Estes erros, inevitavelmente, devem levar, e de fato levaram, a um governo de homens sanguinários... Quando alguém é chamado a revitalizar um Estado, ele deve seguir exatamente os princípios opostos.”

¹⁸² THOMPSON, John B., *Ideologia e cultura moderna*, 2009:48/49.

¹⁸³ Jovens hegelianos: Feuerbach, Bauer e Stirner, entre outros.

faziam suas críticas à realidade social alemã, “sob a ilusão de que a batalha real que deveria ser travada era uma batalha de ideias e que, assumindo uma atitude crítica diante das ideias recebidas, a própria realidade poderia ser mudada.”¹⁸⁴

Para os pais do materialismo científico, “é na vida real que começa portanto a ciência real, positiva, a análise da atividade prática, do processo, do desenvolvimento, prático dos homens. Cessam as frases ocas sobre a consciência, para que um saber real as substitua.”¹⁸⁵

Em *A ideologia alemã* Marx e Engels utilizam o termo “*ideologia*”¹⁸⁶, ironicamente, no mesmo sentido dado por Napoleão para assimilar o erro dos jovens hegelianos ao erro de Destutt de Tracy e seus seguidores, supervalorizando o papel da ideias. As concepções, os pensamentos, as ideias, o produto da consciência para ambas escolas tem vida própria, independentemente da realidade política e social que lhe subjaz e, como resultado, “deixam o mundo real sem modificação”, pois, não conseguem ver a conexão entre suas “ideias e as condições sócio-histórica da Alemanha nem dar à sua crítica uma força prática e efetiva.”¹⁸⁷

A oposição entre o pensamento dos jovens hegelianos, ideólogos e a construção teórica de Marx e Engels pode ser sintetizada na seguinte passagem de *A Ideologia Alemã*:

*Ao contrário da filosofia alemã, que desce do céu para a terra, aqui é da terra que se sobe ao céu. Em outras palavras, não partimos do que os homens dizem, imaginam e representam, tampouco do que eles são nas palavras, pensamento, imaginação e na representação dos outros, para depois se chegar aos homens de carne e osso; mas partimos dos homens em sua atividade real, é a partir de seu processo de vida real que representamos também o desenvolvimento dos reflexos e das repercussões ideológicas desse processo vital.*¹⁸⁸

Em outros escritos de Marx e Engels, aponta Thompson¹⁸⁹, percebe-se a ampliação da concepção de ideologia para abranger a crítica que fazem à dominação de classes. Nesta nova concepção, ideologia passa a ser “um sistema de ideias que expressa os

¹⁸⁴ *Ibidem*, 50.

¹⁸⁵ MARX, Karl e ENGELS, Friedrich, *A ideologia alemã*, 2007:20.

¹⁸⁶ Em *Ideologia Alemã*, ideologia pode ser conceituada como “uma doutrina teórica e uma atividade que olha erroneamente as ideias como autônomas e eficazes e que não consegue compreender as condições reais e as características da vida sócio-histórica.” THOMPSON, John B., *Ideologia e cultura moderna*, 2009:51.

¹⁸⁷ *Ibidem*, 51.

¹⁸⁸ MARX, Karl e ENGELS, Friedrich, *A ideologia Alemã*, 2007:19.

¹⁸⁹ Em “Um contribuição à crítica da economia política, apud THOMPSON, John B., *Ideologia e cultura moderna*, 2009:54.

interesses da classe dominante, mas que representa relações de classe de uma forma ilusória”. Conservam, no entanto, o caráter ilusório, no sentido sócio-histórico. Demonstrar que uma forma de consciência é ideológica é mostrar que ela é ilusória, errada, sem justificação racional e implica “não apenas que ela pode ser explicada com referência a condições sócio-econômicas, mas também que ela interpreta mal essas condições, ou que ela não tem outra justificação a não ser o fato, empiricamente demonstrável, de expressar os interesses particulares de grupos cujas posições são determinadas por essas condições.”¹⁹⁰

Mas, como adverte o professor Sérgio Resende de Barros, “*quem produz uma ideologia não tem a consciência da ideologia que produz*”.¹⁹¹ A diferença fundamental entre *ideologia* e *engodo ideológico* está na consciência, na convicção do pensador, do ideólogo. Mesmo adotando-se o conceito marxista de ideologia como consciência falsa da realidade, o ideólogo ou ideologista terá consciência falsa da realidade. No entanto, essa falsidade “não resulta de manipulação calculista, de propagandismo deliberado, mas da necessidade de pensar a realidade sob enfoque de determinada classe social, no quadro das condições de sua posição e funções, das suas relações com as demais classes.”¹⁹²

Para Sérgio Resende de Barros, é preciso distinguir o falseamento ideológico, a visão condicionada da realidade pela realidade que vive que observa, da falsificação ideológica, do engodo:

Falseamento ideológico não é falsificação ideológica. Incidir em ideologia não é ser falsário. A inconsciência típica da ideologia nada tem a ver com o desvio consciente de uma doutrina. A ideologia não é produzida conscientemente. Consciente é o **engodo ideológico**.¹⁹³

A ideologia age no inconsciente ou subconsciente do sujeito, condicionado-o pelas condições materiais de sua existência. “O sujeito não tem consciência da falsidade da consciência que o domina. Não visa a engodar. O engodo ideológico é premeditado. A ideologia, não.”¹⁹⁴

¹⁹⁰ THOMPSON, John B., *Ideologia e cultura moderna*, 2009:56.

¹⁹¹ BARROS, Sérgio Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*, 2008:165. (grifei).

¹⁹² GORENDER, Jacob. *O nascimento do materialismo histórico*, 2007:XXII.

¹⁹³ BARROS, Sérgio Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*, 2008:164.

¹⁹⁴ *Ibidem*, 165.

Na literatura materialista subsequente à Mark e Engels, em especial em Lênin¹⁹⁵ e Luckás, o termo perdeu o caráter negativo. Por isso, podiam falar em “ideologia socialista” para combater uma ideologia burguesa, caracterizada como “uma clara compreensão de sua situação de classe e uma verdadeira consciência de classe.”¹⁹⁶ Aqui o conteúdo é neutralizado, para expressar não apenas uma falsa ideia da realidade, mas, “às idéias que expressam e promovem os respectivos interesses das principais classes engajadas no conflito.”¹⁹⁷

Finalmente, no que tange ao conceito em análise, aponta Thompson a visão de Karl Mannheim, que, em *Ideologia e Utopia*, desdobra o conceito de ideologia em concepção particular e global. A primeira “permanece no nível de disfarce mais ou menos consciente, de enganos e mentiras”¹⁹⁸, mas a segunda pode ser tomada “como os sistemas interligados de pensamentos e modos de experiência que estão condicionados por circunstâncias sociais e partilhadas por grupos de pessoas, incluindo as pessoas engajadas na análise ideológica.”¹⁹⁹ Eis que a concepção que justifica a ideologia como obstáculo à efetivação aos direitos humanos fundamentais

Referente ao direitos humanos fundamentais, Norberto Bobbio adverte que “os termos avaliativos são interpretados de modo diverso conforme a ideologia assumida pelo intérprete”, e que como os textos resultam de pactos ou acordos, pressupõe concessões mútuas, só sendo possível sua positivação por “fórmula genérica, que oculta e não resolve a contradição” ideológica, mas conserva-a “no mesmo nível de generalidade” que passa do “momento da enunciação puramente verbal para o da aplicação”²⁰⁰ Haverá, em termos de direitos humanos fundamentais, um discurso preponderante que será a expressão dos anseios da classe dominante.²⁰¹

O peso ideológico é tal que, para um autêntico liberal os direitos sociais não são direitos propriamente ditos, mas apenas, e no máximo, programas ou projetos políticos. Em suas palavras:

Não são direitos! Trata-se, na verdade, de programa, de ideal, de proposta ou projeto político. Trata-se de medidas, sem

¹⁹⁵ “Lenin se referiu à ideologia socialista como sinônimo do marxismo, ou seja de teoria científica revolucionária. Assim a ideologia não era em todos os casos uma consciência falsa da realidade. No caso da classe operária, a ideologia socialista é uma consciência verdadeira da sociedade. GORENDER, Jacob, *O nascimento do materialismo histórico*, 2007:XXIII.

¹⁹⁶ THOMPSON, John B., *Ideologia e cultura moderna*, 2009:63.

¹⁹⁷ *Ibidem*, 64.

¹⁹⁸ THOMPSON, John B., *Ideologia e cultura moderna*, 2009:66.

¹⁹⁹ *Ibidem*, 67.

²⁰⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, 2004:17.

²⁰¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais, teoria e prática*, 2006:37.

dúvida, importantes para o cidadão, mas não são direitos. Trata-se de anseios justificados, de santificados objetivos que não podem ser cobrados de ninguém, simplesmente porque não são direitos!²⁰²

No mesmo sentido, Michel Villey sustenta que os direitos humanos são irreais por “prometer demais: a vida, a cultura, a saúde igual para todos: um transplante do coração para todo cardíaco? Haveria, só com o direito de todo francês ‘à saúde’, com o que esvaziar o orçamento total do Estado francês, e cem mil vezes mais”. Suas formulações são incertas, indeterminadas, inconsistentes e não são direitos no sentido do positivismo jurídico, mas um ideal optativo de “projetos de ação política, de reforma da sociedade, de boas intenções”.²⁰³

Apontando a origem da busca dos direitos humanos numa concepção individualista, critica o que considera pernicioso: calcular seus direitos apenas com base na consideração narcisista de si mesmos e somente deles. Seguindo essa via, deduzidos do sujeito: “o Homem, e sem, considerar a natureza política e social dos homens, nasceram os direitos humanos, infinitos: ‘felicidade’, ‘saúde’, direito de possuir uma coisa totalmente, em seu único proveito, liberdades perfeitas. É bem esse o ponto de vista do sujeito! Mas falsas promessas, insustentáveis, irreais, ideológicas.”²⁰⁴

Veja-se um exemplo de posições teóricas a respeito da aplicação de uma norma, tema da dogmática jurídica, justificada pelas opções ideológicas dos intérpretes. Eros Roberto Grau e Manoel Gonçalves Ferreira Filho divergem radicalmente quanto à natureza e extensão da norma prevista no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “A aplicação imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tem por limite a natureza das coisas. (...) somente podem ter aplicação imediata normas completas, suficientemente precisas na sua hipótese e no seu dispositivo, para que possam ter a plenitude da eficácia.”²⁰⁵

Já para Eros Roberto Grau, por força de referida norma, as que definem direito ou garantia fundamental têm vigência, eficácia jurídica e aplicação imediata: “o Estado tem o dever de torná-la prontamente exeqüível, impondo o seu cumprimento - razão pela qual, se a tanto acionado o Poder Judiciário, estará compelido a conferir-lhe

²⁰² MENDONÇA, Jacy de Souza. *Iniciação à filosofia política: O homem e o Estado*, 2010:125.

²⁰³ VILLEY, Michel. *O Direito e os direitos humanos*, 2007:05/06.

²⁰⁴ *Ibidem*, 99.

²⁰⁵ FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, 2006:312.

efetividade jurídica ou formal.”²⁰⁶ Quanto à efetividade material, eficácia social, aduz que bastaria ao Poder Judiciário cumprir a Constituição - refere-se à previsão de controle de constitucionalidade por omissão e ao mandado de injunção, mas, lamenta, prosseguirá negando eficácia aos direitos e garantias individuais, retomando a doutrina tradicional das normas constitucionais programáticas.²⁰⁷

Por fim, até mesmo o *pai* da “doutrina brasileira da efetividade” reconhece as limitações impostas pela ideologia à efetividade das normas constitucionais veiculadoras de direitos sociais prestacionais. Em suas palavras:

O constitucionalismo, por si só, não é capaz de derrotar algumas vicissitudes que têm adiado a plena democratização da sociedade brasileira. (O Direito tem seus limites e possibilidades, não sendo o único e nem sequer o melhor instrumento de ação social). Tais desvios envolvem, em primeiro lugar, a ideologia da desigualdade. Desigualdade econômica, que se materializa no abismo entre os que têm e os que não têm, com a conseqüente dificuldade de se estabelecer um projeto comum de sociedade. Desigualdade política, que faz com que importantes opções de políticas públicas atendam prioritariamente aos setores que detêm força eleitoral e parlamentar, mesmo quando já sejam os mais favorecidos. Desigualdade filosófica: o vício nacional de buscar o privilégio em vez do direito, aliado à incapacidade de perceber o outro, o próximo.²⁰⁸

A doutrina da efetividade ignora a dominação ideológica presente no ato de interpretar. Não tratando-a, deixa o intérprete livre para impor sua ideologia, quando, deveria, demonstrar, argumentativamente, que a ideologia inerente à sua norma de aplicação está contida na norma constitucional, ou seja, tem o intérprete o ônus de demonstrar que não está dominado por sua pré-compreensão ideológica, mas por uma ideologia que tem amparo no texto constitucional específico.

Um segundo obstáculo, apontado por Norberto Bobbio é que os valores últimos dos homens “são antagônicos: não podem ser todos realizados globalmente e ao mesmo tempo” o que, mais uma vez, levará à necessidade de escolhas, preferências, que põem em contradições não só categorias de direitos, mas de pessoas. “Não se pode afirmar um novo direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir algum velho direito, do qual se beneficiavam outras categorias de pessoas.”²⁰⁹

²⁰⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, 1991:296/297.

²⁰⁷ *Ibidem*, 301.

²⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto, *A nova interpretação constitucional, ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, 2003:45.

²⁰⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, 2004:18/20.

O próprio Bobbio afirma que “a oposição quase secular contra a introdução dos direitos sociais foi feita em nome do fundamento absoluto dos direitos de liberdade”.²¹⁰ Eis o antagonismo entre liberdade e igualdade, como justiça, fundamento último dos direitos sociais. Afinal, como assegura o filósofo italiano:

*Pode se fantasiar sobre uma sociedade ao mesmo tempo livre e justa, na qual são globalmente e simultaneamente realizados os direitos de liberdade e os direitos sociais; as sociedades reais, que temos diante de nós, são mais livres na medida em que menos justas e mais justas na medida em que menos livres.*²¹¹

A absolutização do significado jurídico dos direitos fundamentais sociais leva à “confiar na simples interpretação de normas consagradoras de direitos sociais para, através do procedimento hermenêutico de atribuição de significado e enunciados lingüístico-normativos, deduzir a efectividade dos mesmos direitos”. Produz, critica Canotilho, resultados nem razoáveis nem racionais e pode produzir efeitos contrários ao pretendido.”²¹²

No mesmo sentido, adverte Lenir Santos: “nenhuma política onerosa, garantidora de direitos que custam, que implicam em obrigações positivas do Estado, poderá ser tida como absoluta, sem que se voltem os olhos para o orçamento público e outros regramentos técnicos e administrativos organizadores dos serviços públicos.”²¹³

Assegura o Professor Sérgio Resende de Barros que alguns valores que definem a dimensão substancial da universalidade humana, não são absolutos:

*A universalidade – e, com ela, os atributos universalizantes dos direitos, como a igualdade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a perenidade, etc – não são absolutos, mas relativos a condições históricas, ora mais, ora menos específicas. Não são direitos – a não ser por pura ideologia – deduzidos de uma natureza humana ou de outro princípio abstratamente tomado, por exemplo, uma dignidade humana anistórica, mas são direitos gerados historicamente pelos indivíduos em sua vida social.*²¹⁴

Na conclusão do texto acima citado, o autor acaba indicando um terceiro obstáculo a afastar as teses fundamentalistas, exclusivistas ou mesmo hierarquizantes dos

²¹⁰ *Ibidem*, 22.

²¹¹ *Ibidem*, 42.

²¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*, 2004:105.

²¹³ SANTOS, Lenir. *SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde*. In: *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*, 2009:63.

²¹⁴ BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*. 2003:417/18.

direitos humanos: sua historicidade.²¹⁵ Os direitos fundamentais “emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem”.²¹⁶ São relativos às condições históricas identificadas no dado momento de sua concretização. Para Bobbio: “Não se concebe como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos.”²¹⁷

Apesar da objeção de Bobbio, os direitos humanos tendem ao absoluto no aspecto dinâmico²¹⁸, daí sua fundamentação nos direitos naturais. Serve de antídoto ao positivismo jurídico legalista reducionista do direito à norma posta pelo Estado.²¹⁹ Mas, na concretização, na incidência aos fatos da vida que disciplinam, veiculados por princípios ou regras, são relativos.²²⁰ Se os direitos fossem absolutos as normas jurídicas não poderiam estabelecer limites e aí, ter-se-ia o paradoxo: os demais valores seriam nulificados. Esta é uma das premissas da resolução das colisões de princípios pela ponderação ou mútua cedência.²²¹

Igualmente, Celso Lafer, ao analisar a ruptura do paradigma do direito natural, representado pelo totalitarismo, em diálogo como o pensamento de Hannah Arendt, sustenta o caráter histórico e relativo dos direitos humanos fundamentais.²²² Essa ruptura como o jusnaturalismo, que “inspirou o constitucionalismo, os direitos do

²¹⁵ O Professor Sérgio Resende de Barros aponta a Inglaterra, na Idade Média, quando os habitantes da “terra Angla” “Aos invasores, não conseguiu repelir pelas armas, mas cuidou de compelir pelo direito, opondo a Guilherme” o surgimento dos direitos como oposição dos governados aos governantes. *Ibidem*, 295.

²¹⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, 2004:30.

²¹⁷ *Ibidem*, 18.

²¹⁸ E mesmo assim como discurso ideológico para lhes fundamentar na visão do homem ocidental. Cf.: BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*, 2003:420.

²¹⁹ VILLEY, Michel. *O direito e os direitos humanos*, 2007:03.

²²⁰ “Todos os princípios, incluindo os direitos fundamentais, são considerados relativos em sua incidência, na medida em que não se admite, no estágio atual da dogmática jurídica, que um princípio possa ser absoluto, afastando todos os demais em toda e qualquer hipótese.” TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da hermenêutica constitucional*, 2006:101

²²¹ “É fácil argumentar contra a existência de princípios absolutos em um ordenamento jurídico que inclua direitos fundamentais. Princípios podem se referir a interesses coletivos ou a direitos individuais. Se um princípio se refere a interesses coletivos e é absoluto, as normas de direitos fundamentais não podem estabelecer limites jurídicos a ele. Assim, até onde o princípio absoluto alcançar não pode haver direitos fundamentais. Se o princípio absoluto garante direitos individuais, a ausência de limites desse princípio levaria à seguinte situação contraditória: em caso de colisão, os direitos de cada indivíduo, fundamentados pelo princípio absoluto, teriam que ceder em favor dos direitos de todos os indivíduos, também fundamentados pelo princípio absoluto.” ALEXYY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008:111.

²²² LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*, 1988:118: “O valor da pessoa humana enquanto conquista histórico-axiológica encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais”.

homem eram vistos como direitos inatos e tidos como verdade evidente,”²²³ leva à positivação das declarações nas Constituições, que se inicia no século XVIII com as Revoluções Americana e Francesa, para “conferir aos direitos nelas contidos uma dimensão permanente e segura. Essa dimensão seria o dado da estabilidade, que serviria de contraste e tornava aceitável a variabilidade, no tempo e no espaço, do Direito Positivo dependente da vontade do legislador em contextos localizados e variáveis.”²²⁴

Todavia, como enfatiza Celso Lafer: “do século XVIII até os nossos dias, o elenco dos direitos do homem contemplados nas Constituições e nos instrumentos internacionais foram-se alterando com a mudança das condições históricas. É difícil, conseqüentemente, atribuir uma dimensão permanente, não-variável e absoluta para os direitos que se revelaram historicamente relativos.”²²⁵

Com rigor, concisão e objetividade enlaça o Professor Sérgio Resende de Barros: “A natureza humana é uma construção histórica.”²²⁶ E, portanto, todos os direitos humanos fundamentais são, igualmente, produtos das experiências humanas, como tal, limitados.

A efetivação dos direitos fundamentais não é uma tarefa que possa ser realizada apenas pelo Poder Judiciário.²²⁷ Efetivamente, não se pode desprezar, ignorar as realidades sócio-econômicas e fugir à permanente deliberação política.²²⁸ Como acentua Hesse: “(...) uma ordem justa e eficiente em liberdade já não surge sem mais – como pretendia a doutrina clássica – da divisão dos poderes do Estado e de sua abstenção a respeito das esferas sociais autônomas, e sim que atue positivamente num mundo cada vez mais complexo.”²²⁹ Quanto à impossibilidade de o Estado agir isoladamente “(...) uma série de medidas estatais só é executável se se conta com o concurso, ou pelo menos, com

²²³ *Ibidem*, 123.

²²⁴ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*, 1988:123/24.

²²⁵ *Ibidem*, 124.

²²⁶ BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*, 2003:53.

²²⁷ “O que não se pode esquecer é que nem a previsão de direitos sociais na Constituição, nem sua positivação na esfera infraconstitucional têm o condão de, por si só, produzir o padrão desejável de justiça social, já que fórmulas exclusivamente jurídicas não fornecem o suficiente instrumental para a sua concretização, assim como a efetiva implementação dos direitos sociais a prestações não pode ficar da dependência exclusiva dos órgãos judiciais, por mais que estes cumpram destacado papel nesta esfera.” SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2009:353.

²²⁸ Enzo Bello demonstra a insuficiência da concepção jurdicista para efetivação dos direitos sociais e sustenta a necessidade de resgate da atividade política em “*Cidadania e direitos sociais no Brasil: Um enfoque político e social in Direitos sociais*”, SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel, Organizadores, 2010:177/205.

²²⁹ HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*, 2009:17.

a aprovação das forças econômicas ou de certos poderes sociais, e isso é algo que o Estado tem que conseguir por via de negociação”.²³⁰

Também não se pode ignorar o que Jorge Miranda designa *dependência da realidade constitucional*: fatores econômicos, institucionais, modo de organização e funcionamento da Administração pública e recursos financeiros.²³¹

Esses fatores marcarão a distinção clara entre o conteúdo dos direitos fundamentais no mundo desenvolvido e no mundo em desenvolvimento. Para a Europa e a América do Norte, por fundamental basta a liberdade, a propriedade e a segurança jurídica; para a América do Sul e a África alimentação, educação, saúde e trabalho devem está no topo de qualquer lista de direitos fundamentais.

(...) enquanto os direitos fundamentais ainda hoje, na Europa ocidental e na América do Norte, são interpretados basicamente segundo seu significado originário (clássico) como liberdades individuais e direitos políticos, surgem, com peso desigual, outras dimensões: direitos sociais, de participação, de prestações para a satisfação das necessidades materiais básicas da população; especialmente em Estados do Terceiro Mundo (...).²³²

Ainda, sustenta com acuidade Konrad Hesse que os conteúdo dos direitos humanos fundamentais “depende não só de inexistência de tais intervenções, mas, numa dimensão considerável, da ação estatal, de que, mediante programas, intervenção e previsão estatais se dotem os cidadãos das condições materiais para uma vida livre e digna. Junto a isso, a tarefa de previsão é interpretável não só como a atual procura existencial e a previsão social.”²³³

Para Fábio Konder Comparado, a dificuldade para a efetivação dos direitos sociais resulta de três fatos: (i) a necessidade de políticas públicas, não basta o ato ou abstenção; (ii) a doutrina jurídica tradicional “ocupou-se quase que exclusivamente de atos isolados” sendo de origem muito recente a preocupação com a elaboração de regras específicas “sobre o desenvolvimento de atividades, como a organização do serviço público”; (iii) o constitucionalismo nasceu sob inspiração liberal, atribuindo aos órgãos do Estado “a manutenção da ordem e da segurança para melhor fruição das liberdades civis”.²³⁴ Aponta que podemos avançar:

²³⁰ *Ibidem*, 17.

²³¹ MIRANDA, Jorge. *Manuel de direito constitucional*, tomo IV, 2000:392.

²³² HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*, 2009:25.

²³³ *Ibidem*, 16.

²³⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 2003:334/335.

A verdade é que a elaboração das garantias dos direitos econômicos, sociais ou culturais, afora o campo restrito dos direitos derivados do contrato de trabalho e da liberdade sindical, ainda está em grande parte por fazer-se. Ela deve concentrar-se em torno dos *instrumentos próprios de realização de políticas públicas, que são os orçamentos*. Seria preciso assim, entre outras medidas institucionalizar a *participação popular* na elaboração dos orçamentos públicos, aparelhar uma *ação judicial de inconstitucionalidade de políticas públicas* (e não apenas de leis ou atos normativos da Administração Pública), bem como reconhecer a competência do Judiciário para invalidar a aprovação de orçamentos públicos que desrespeitem as prioridades sociais estabelecidas na Constituição.²³⁵

Enfim, como afirma Canotilho, é possível compreender a

angústia do cidadão brasileiro que consegue chegar aos Tribunais, inclusive o Supremo Tribunal Federal, reclamando “o mandado judicial para fornecimento de ‘Viagra’ em nome da dignidade da pessoa humana, mas, por enquanto, a prudência jurisprudencial não tem legitimidade para se transformar em instância compensadora de disfunções humanas e sociais, como de órgãos politicamente se tratasse. Mais uma vez, as normas jurídicas não são declarações de amor.”²³⁶

Como demonstrado pelos obstáculos elencados, os direitos sociais não podem ser concebidos como garantias individuais, usufruíveis diretamente do texto constitucional por uma construção hermenêutica que despreze os demais elementos do âmbito normativo. A harmonização e a superação dos limites expostos só podem ser obtidas se os direitos sociais forem concebidos como concretizáveis na realização de políticas públicas, cuja elaboração resolve de forma coletiva os obstáculos oponíveis, permitindo, a partir daí, a fruição individual.

²³⁵ *Ibidem*, 337. (destaques nossos)

²³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes - Coordenador. *Direitos fundamentais sociais*, 2010:35.

Capítulo II

O DIREITO À SAÚDE COMO DEVER DE IMPLEMENTAR POLÍTICAS PÚBLICAS.

A ênfase na evolução dos direitos – a era dos direitos – tem até distanciado ou mesmo desligado os direitos humanos do seu fundamento ético-jurídico – **os deveres humanos** – e do seu fundamento histórico-social: **as necessidades basilares da comunidade humana**.²³⁷ (...) Na realidade histórica e cultural, há efetivamente duas grandes forças tradicionais em pugna: **o individualismo e o coletivismo**, pois tanto há tradição deste, quanto daquele, e estas são as duas tradições que estão em conflito no fundo da história da cultura política, humana, social. Sérgio Resende de Barros²³⁸

8. Saúde como dever do Estado

O direito à saúde foi, ao longo dos anos, incorporado aos pactos internacionais e às Constituições. Todavia, sua efetivação ainda enfrenta desafios, desde a objeção ideológica à necessidade de sua inclusão na agenda pública governamental. Ainda, o protagonismo do Poder Judiciário não resolve satisfatoriamente a questão, pois costuma ser posta restringindo-a à sua dimensão hermenêutica - ou de aplicação normativa da Constituição - e mesmo assim, em como direito individual a ser exercido contra os órgãos públicos.

A compreensão do direito à saúde não prescinde de sua apreensão como política pública, pois é a própria Constituição que a define como dever do Estado e direito de todos os cidadãos. Dever que se traduz em direito a prestações individuais, mas que não estão especificados no texto constitucional. Antes do estudo da parte; o estudo do todo, pois só poderá haver parte em havendo o todo. A saúde pública se constitui como dever do Estado para atender às necessidades de seus cidadãos. É certo que nasce antes como dever e, após sua tradução em políticas públicas, se especifica em direitos individuais.²³⁹ Esta verdade histórica, o surgimento do dever antes dos direitos, é justificada pelo Professor

²³⁷ BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*, 2003:3 e 448.

²³⁸ *Ibidem*, 448.

²³⁹ *Ibidem*, 14: “Os deveres nascem das necessidades para satisfazê-las. Por isso, nascem antes dos direitos. (...) no processo lógico como no cronológico, em que o direito é objetivamente considerado, surgem antes obrigações de conduta que direitos a condutas.”

Sérgio Resende de Barros: “por ser necessária, a comunidade gera dever, como toda necessidade.”²⁴⁰

Os deveres surgem como condição para a existência da própria comunidade e, por isso, dever de todos.²⁴¹ Dever primário que constitui a “comunidade dos povos principia de uma comunhão entre fatos naturais e fatores culturais: a coíne, da qual dimana um sentimento de solidariedade, que gera um consentimento de atividade, que sustém uma ação de integração, fundando o poder político que constitui a união jurídica.”²⁴²

Há, portanto, na origem da convivência humana, um dever “genérico de manter a comunidade humana como condição de existência do gênero humano.” Todavia, “esse dever primário, apesar de ser capaz de gerar e sustentar direitos que tendem à universalidade, resultou em direitos divergentes, não raro incompatíveis entre si.” Por isso, há que existir um “dever de manter a sua comunidade humana, que é o fundamento dos direitos humanos. É o dever primordial.”²⁴³

Esse dever cria algo comum.²⁴⁴ Algo de todos. Há, portanto, deveres comuns, tornando a comunidade possível, criando coisas comuns, ações de serviços públicos com vocação universal e igualitária, cuja especificação dar-se-á nos termos da política pública. Não é outra senão esta a dicção do artigo 196 da Constituição Federal: “A Saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

J.J. Gomes Canotilho²⁴⁵ sustenta que não pode haver correlação direta entre dever e direito subjetivo. Argumenta que, embora haja a previsão de direitos de todos na Constituição, não há definição quanto aos modos de concretização, deixando um razoável espaço para discricionariedade do legislador quanto à escolha dos meios. Ainda, a indeterminação normativa leva-nos a dar passagem de “um discurso jurídico rigoroso centrado em categorias como ‘direitos subjetivos’ e ‘deveres jurídicos’ para um discurso

²⁴⁰ *Ibidem*, 15.

²⁴¹ BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*, 2003:16: “A comunidade é assim, histórica e logicamente, o primeiro dever de todos. Vale dizer: dever difuso primário, expressão do valor superior que informa todos os demais deveres comunitários”

²⁴² *Ibidem*, 22.

²⁴³ *Ibidem*, 23.

²⁴⁴ *Ibidem*, 24.

²⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*, 2004:58.

político-constitucional baseado em programas concretizadores de ‘princípios sectores’ e de directivas políticas.”²⁴⁶

Para Jorge Reis Novais, esses deveres estatais relativos aos direitos fundamentais sociais são de três dimensões: deveres de respeito aos direitos fundamentais; deveres de proteção aos direitos fundamentais e deveres de promoção dos direitos fundamentais.²⁴⁷ Na dimensão *respeito*, guarda semelhança com os direitos fundamentais do Estado Liberal - abstenção, não interferência na autonomia privada. A dimensão *proteção* é relativa ao uso da força para proteger contra terceiros e de contingências os direitos já assegurados. Na dimensão *promoção*, cuida-se de assegurar o acesso individual a bens jusfundamentais - dever estatal de prestações. A última é, para o autor, a dimensão mais importante dos direitos sociais.²⁴⁸

Assim, o dever do Estado se realiza mediante a promoção de políticas públicas que disponibilizem ações e serviços de acesso universal e igualitário. Portanto, num primeiro momento temos o dever do Estado de propor políticas públicas cuja existência é condição para a efetividade dos direitos individuais delas decorrentes. Ao estruturar uma política, o Governo faz “escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito”,²⁴⁹ que serão conteúdos de normas.

9. As condições para efetivação: políticas públicas, conceito e estruturas normativas

Os signos são polissêmicos. Por isso, mais importante que conceituar, é fornecer os elementos que permitem identificar o objeto da fala. O que far-se-á com o termo *política pública*. Diversos os conceitos e vamos apenas, a partir deles, apontar as características comuns:

- (i) Programas de ação governamental e instrumentos de ação dos governos;²⁵⁰

²⁴⁶ *Ibidem*, 101.

²⁴⁷ Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchthiner Figueiredo falaram em duas dimensões, a defensiva, dever de proteção e a de prestação, proteção da saúde e deveres de cunho organizatório e procedimental. SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchthiner, *Algumas considerações sobre o direito fundamental à Proteção e Promoção da Saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988*. In: *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*, 2009:34

²⁴⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, 2010:255/69.

²⁴⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*, 2002:264.

²⁵⁰ *Ibidem*, 241 e 252.

- (ii) Complexo de decisões e normas de natureza variada;²⁵¹
- (iii) É que a política aparece, antes de tudo, como uma atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado.²⁵²
- (iv) Uma política pública não é um ato isolado nem, menos ainda, a abstenção de praticar determinados atos. Ela consiste numa atividade, conceito técnico elaborado pela mais recente teoria jurídica. Trata-se, com efeito, de uma série de atos, do mais variado tipo, unificados pela comunhão de escopo e organizados num programa de longo prazo.²⁵³
- (v) Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.²⁵⁴
- (vi) A Constituição fixa em formas políticas substâncias diversas. Estabelece políticas, entre as quais sobressaem as políticas públicas, que são diretrizes de interesse público primário que abrangem para determinar programas de ação para os governantes, ao mesmo tempo em que indicam linhas de conduta para os governados, com vistas a ordenar e coordenar a realização de fins políticos e econômicos, sociais e culturais, relevantes para planificar o Estado Democrático de Direito.²⁵⁵

Assim, podem ser reunidos os seguintes elementos: (i) trata-se de atividade de governo; (ii) fixação de metas; (iii) para realização dos fins primários do Estado; (iv) mediante leis, atos, projetos, programas, atividade; (v) em benefício dos cidadãos. Em síntese: um complexo de processos, desde a formulação à execução.²⁵⁶

Um elemento que merece destaque é a definição de política pública como atividade de governo e não apenas lei e ato administrativo. Ou seja, já não se trata da abordagem tradicional normatização e execução. O direito administrativo disciplina as

²⁵¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Judiciário, democracia e políticas públicas*, 1994:258

²⁵² COMPARATO, Fabio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*, 1998:45

²⁵³ *Ibidem*, 334.

²⁵⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. *O Conceito de política pública em direito*. In: *Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico*, 2006:39.

²⁵⁵ BARROS, Sérgio Resende de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*, 2008:246.

²⁵⁶ Mas a mudança de paradigmas está em vias de se superar em seus resultados a partir da nova categorização jurídica das políticas públicas como um complexo de processos, que, partindo da formulação de atividades coerentes finalisticamente vinculadas, passam pelo planejamento, orçamentação e chegam à execução dos cometimentos administrativos postos constitucionalmente a cargo do Estado.” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas*. In: FORTINI, Cristina e Outros (org.) *Políticas Públicas: possibilidades e limites*, 2008:58.

atividades administrativas do Estado, que consistem, no dizer de Maria Sylvia Zanella Di Pietro na “emanação de atos de produção jurídica complementares, em aplicação concreta do ato de produção jurídica primário e abstrato contido na lei.”²⁵⁷ O direito constitucional cuida da atividade de governo, “que implica uma atividade de ordem superior referida à direção suprema e geral do Estado em seu conjunto e em sua unidade, dirigida a determinar os fins da ação do Estado, a assinalar as diretrizes para as outras funções, buscando a unidade da soberania estatal.”²⁵⁸

A atividade administrativa é uma atividade infralegal, atividade de aplicação concreta da lei, ou, como define Celso Antonio Bandeira de Mello: “gestão concreta, prática, direta, imediata e, portanto, de certo modo, rotineira dos assuntos da Sociedade, os quais, bem por isso, se acomodam muito confortavelmente dentro de um quadro legal pré-existente.”²⁵⁹ É atividade de concreção das decisões tomadas no campo da atividade de governo ou governança, que é atividade política por excelência, definida pelo mesmo Mestre como “atos de superior gestão da vida estatal ou de enfrentamento de contingências extremas que pressupõem, acima de tudo, decisões eminentemente políticas.”²⁶⁰

Portanto, as políticas públicas são atividades complexas que abrangem, num primeiro momento, **atividade governamental**, para a definição das metas, programas, projetos, diretrizes; num segundo momento, **atividade legislativa**, conversão do conteúdo da ação governamental em dever jurídico; num terceiro momento, **atividade administrativa**, concreção mediante a prática de negócios jurídicos. Concomitantemente, **atividade de controle**. Esses aspectos correspondem também aos elementos que Celina Souza aponta como formadores do ciclo da política pública: “definição da agenda, identificação de alternativas, avaliação das opções, seleção das opções, implementação e avaliação.”²⁶¹

Com razão afirma José Reinaldo de Lima Lopes:

Uma política, juridicamente, é um complexo de decisões e normas de natureza variada. Para promover a educação ou a saúde o que deve fazer o Estado? Quais os limites constitucionais, quais as direções impostas pela Constituição? A falta de reflexão sobre o complexo de normas que ai se

²⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*, 2009:50.

²⁵⁸ *Ibidem*, 51.

²⁵⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 2005:35.

²⁶⁰ *Ibidem*, 35. No mesmo sentido AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional*, 2009:107.

²⁶¹ SOUZA, Celina. *Políticas públicas: uma revisão da literatura*, Sociologias, 2006:29.

entrelaçam pode ser forte de trágicos mal-entendidos. Começamos afirmando que ao Estado não são dadas muitas opções: uma política de educação, ou saúde, ou preservação do meio ambiente, dependerá sempre, mais ou menos, do seguinte: gastos públicos, de curto, médio e longo prazos e legislação disciplinadora das atividades inseridas em tais campos.²⁶²

Ante o exposto, política pública, para fins do presente trabalho, compreende um complexo de atividades públicas tendentes à realização dos fins primários do Estado, sujeitas a diversificados regimes jurídicos.

As políticas públicas, por compreenderem um complexo de atividades estatais, estão sujeitas a diversificados regimes jurídicos. Aponta Andréas J. Krell que o: “Estado, mediante leis parlamentares, atos administrativos e a criação real de instalações de serviços públicos, deve definir, executar e implementar, conforme as circunstâncias, as chamadas “políticas públicas” (de educação, saúde, assistência, previdência, trabalho, habitação) que facultem o gozo efetivo dos direitos constitucionalmente protegidos.”²⁶³

No mesmo sentido é o magistério de Maria Paula Dallari Bucci. Em suas palavras: “As políticas públicas têm distintos suportes legais. Podem ser expressas em disposições constitucionais, ou em leis, ou ainda em normas infralegais, como decretos e portarias e até mesmo em instrumentos jurídicos de outra natureza, como contratos de concessão de serviço público, por exemplo.”²⁶⁴

As atividades legislativas têm vital importância na elaboração de uma política pública. No entanto, não se trata de matéria uníssona. São variadas as categorias de normas jurídicas: (i) **normas materiais**: normas constitucionais, legais e regulamentares definidoras dos conteúdos das políticas públicas;²⁶⁵ (ii) **normas instrumentais**: normas legais criadoras e estruturantes dos órgãos responsáveis pela implementação das políticas públicas e normas de atuação administrativa; (iii) **Normas de Efetivação das Políticas Públicas**: normas orçamentárias.

As **normas materiais** constitucionais correspondem ao que o jurista Alemão Karl Loewenstein definiu como decisão política conformadora ou fundamental ou atividade *policy determination*. Já as normas materiais infraconstitucionais decorrem do

²⁶² LOPES, José Reinaldo de Lima. *Judiciário, democracia e políticas públicas*, 1994.

²⁶³ KRELL, Andréas J.. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, 2002:19/20.

²⁶⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. *O Conceito de política pública em direito*, In; *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*, 2006:11.

²⁶⁵ No que tange às normas regulamentares, citam-se: decretos, portarias e instruções normativas, sobretudo dispondo de assuntos técnicos.

exercício da atividade *policy determination*. São definidoras de fins, diretrizes, objetivos. Estão contidas na Constituição e nas leis que as regulamentam e nos decretos, portarias²⁶⁶ e demais atos normativos editados pelas autoridades administrativas.²⁶⁷ Exemplificando: direito à saúde - Constituição: artigos 6º e artigos 196 à 200, que, no dizer de Maria Paula Dallari Bucci,²⁶⁸ constitui uma verdadeira política pública, mas incompleta, mesmo no sentido material, face à necessidade das Leis nºs 8080/90 e 8142/90.

Uma política pode demandar um grau de normatização que as normas primárias – constitucionais e legais - não são suficientes. Demandam, complementarmente, outras normas para definição de seus conteúdos que permitam especificação individual. Há previsão constitucional e legal para a política de medicamentos. Todavia, houve necessidade da edição da Portaria nº 3.916/88 para haver efetiva instituição da política nacional de medicamentos.²⁶⁹ O conjunto de normas materiais são apenas textos dos quais “nascem obrigações que podem ser extraídas de seus ditames, ao que correspondem ações para exigir seu cumprimento.”²⁷⁰

As *normas instrumentais* são as que fornecem meio para a efetivação das políticas públicas.²⁷¹ São as normas criadoras dos diversos órgãos nas diversas esferas de governo (Ministérios, Secretarias, Departamentos), que recebem as competências funcionais para a execução das políticas definidas nas normas materiais.²⁷² Mas, para que os agentes atuem, é necessário à existência de normas definindo o modo de atuação. Trata-

²⁶⁶ Portaria no. 3.916/98, do Ministério da Saúde, que estabelece a *Política Nacional de Medicamentos*
²⁶⁷ Por exemplo: Normas Operacionais Básicas e as Normas Operacionais da Assistência à Saúde. BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*, 2006:21.

²⁶⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas*. In: FORTINI, Cristiana e Outros (org.) *Políticas Públicas: possibilidades e limites*, 2008:254. No mesmo sentido: SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtner, *Algumas considerações sobre o direito fundamental à Proteção e Promoção da Saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988*. In: *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*, 2009:36.

²⁶⁹ DALLARI, Sueli Gandolfi, *Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública*, 2006:259.

²⁷⁰ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*, 2010:283.

²⁷¹ Como adverte José Reinaldo de Lima Lopes: “Trata-se de uma solução que requer não apenas um reconhecimento de um direito subjetivo e de um dar/entregar ou obrigar a dar/entregar alguma coisa ou alguma quantia de dinheiro, mas um fazer ou prover um serviço público (contínuo, ininterrupto, impessoal etc...) serviços públicos exigem meios: receita para seu custeio, pessoal e material para sua execução, poder ou competência para sua efetivação (desapropriação, policiamento, fiscalização, regulação administrativa, remoções, etc.)” LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*, 2006:120.

²⁷² ...para que a situação jurídica regulada como direito fundamental se torne real e efetiva no seio da sociedade, faz-se necessário estabelecer por todos os meios não somente normas materiais mais minuciosas mas também por de pé formas de organização e normas de procedimentos.” HESSE, Konrad, *Temas de direitos fundamentais*, 2009:52.

se de normas sobre a prática dos negócios jurídicos, tais como: a lei de processo administrativo (Lei Federal nº. 9.784/99), a lei sobre Licitação e Contrato Administrativo (Lei Federal nº. 8.666/93) e tantas outras necessárias à obtenção dos meios materiais para a implementação das políticas públicas.

A existência de normas materiais e instrumentais não garante a efetividade das políticas públicas. Falta ainda dimensionamento das políticas. Apontam Victor Abramovick e Christian Courtis: “Um primeiro obstáculo à justiciabilidade dos direitos sociais está ligado à falta de especificação concreta dos conteúdos destes direitos. Quando uma Constituição ou um tratado internacional de direitos humanos falam de direito à saúde, direito à educação, direito ao trabalho direito à moradia, é difícil saber qual é a medida exata das prestações ou abstenções devidas.”²⁷³

A concreção das políticas públicas demanda quantificação,²⁷⁴ especificação, o que é obtido anualmente com a elaboração das leis orçamentárias. As normas materiais e instrumentais, embora dotadas de aplicabilidade e eficácia jurídica, só atingem efetividade, eficácia social, nos termos das leis orçamentárias.²⁷⁵ É mandamento constitucional que a condição *sine qual non* para a realização de despesas públicas, sem as quais as políticas não são concretizadas, é a existência de créditos orçamentários cujas dotações não podem ser ultrapassadas, conforme estabelece o artigo 167, I e II, da Constituição Federal.

O condicionamento das políticas aos recursos é reiteradamente afirmado em nossa Constituição. Cite-se: “a seguridade social compreende um conjunto de ações (...) destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”²⁷⁶, mas que será prestada mediante “recursos provenientes dos orçamentos.”²⁷⁷ Mais ênfase ainda é dado no tocante à saúde, considerando-a “direito de todos e dever do

²⁷³ ABRAMOVICK, Victor e COURTIS, Christian. *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*, 2005: “Un primer obstáculo a la justiciabilidad de los derechos sociales está vinculado con la falta de especificación concreta del contenido de estos derechos. Cuando una Constitución o un tratado internacional de derechos humanos hablan de derecho a la salud, derecho a la educación, derecho al trabajo o derecho a la vivienda, resulta difícil saber cuál es la medida exacta de las prestaciones ou abstenções debidas” (traduzi).

²⁷⁴ A partir da quantificação dos recursos financeiros para a implementação dos direitos é que se poderá constatar o nível de prioridade que a efetivação daquele direito possui em uma dada sociedade, em certo período.”(SCAFF, Fernando Facury, *A efetivação dos direitos sociais*, 2010/26.

²⁷⁵ Como define Regis Fernandes de Oliveira, este é seu aspecto jurídico, além do político do econômico e do técnico. In: *Curso de direito financeiro*, 2010:343).

²⁷⁶ BRASIL, Constituição Federal, artigo 194.

²⁷⁷ BRASIL, Constituição Federal, artigo 195.

Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas”,²⁷⁸ cujo financiamento dar-se-á com recursos dos orçamentos.²⁷⁹ Não satisfeita, reitera a exigência de vinculação das políticas aos recursos orçamentários, no casos da assistência social;²⁸⁰ educação;²⁸¹ cultura²⁸² e do desporto.²⁸³

Assim, forçoso é concluir que “é através do Orçamento que serão estabelecidas as prioridades nos gastos públicos e que será possível determinar o quanto de recursos será alocado para a implementação dos direitos sociais. A partir da quantificação dos recursos financeiros para a implementação dos direitos é que se poderá constatar o nível de prioridade que a efetivação dos direitos possui em uma dada sociedade, em certo período” como sustenta o Professor Fernando Facury Scaff.²⁸⁴ Assim, as leis orçamentárias equalizam as demandas e quantificam os recursos para seu atendimento.

10. O sistema orçamentário brasileiro da política pública de saúde

A existência de necessidades materiais gera demandas que são contempladas como “direitos” na Constituição, notadamente os sociais. A satisfação dessas demandas passa a ser a realização do bem comum, fim social, existencial do Estado, que, para tanto, capta recursos da iniciativa privada e estrutura-se em órgãos e institui modos de atuação.

Todavia, como há excesso de demandas e escassez ou limitação de recursos, torna-se imprescindível priorizar²⁸⁵ e organizar a realização da política pública. As leis orçamentárias são as normas que organizam as necessidades sociais e as convertem em dever prestacional do Estado e em direitos dos cidadãos.

Para Kiyoshi Harada:

Os membros da sociedade, não só mediante seus representantes no Parlamento, consentem na estimação das receitas tributárias, como também, influenciam no direcionamento das despesas. Daí porque o exame da peça orçamentária permitirá revelar, com clareza, em proveito de

²⁷⁸ BRASIL, Constituição Federal, artigo 196.

²⁷⁹ BRASIL, Constituição Federal, artigo 198, parágrafo 1º.

²⁸⁰ BRASIL, Constituição Federal, artigo 204.

²⁸¹ BRASIL, Constituição Federal, artigos 212 e 213.

²⁸² BRASIL, Constituição Federal, artigo 216, parágrafos 3º e 6º.

²⁸³ BRASIL, Constituição Federal, artigo 217, II.

²⁸⁴ SCAFF, Fernando Facury. *A efetivação dos direitos sociais*, 2010:26.

²⁸⁵ Na feliz síntese do Professor Regis Fernandes de Oliveira: “O Estado é quem vai dizer, para usar verbo vicário, no texto constitucional e nas leis posteriores, quais as necessidades que vai encampar como públicas” *In: Curso de Direito Financeiro*, 2010:68.

que grupos sociais e regiões, ou para solução de que problemas e necessidades funcionará a aparelhagem estatal”. (...) O “orçamento reflete o plano de ação do governo, sempre elaborado com base em uma decisão política. Parlamentares ligados à massa pleiteiam inclusão de despesas nos setores que a ela interessam: gastos enormes com a saúde, a educação, a assistência social a habitação popular etc.”²⁸⁶

O sistema orçamentário brasileiro é constituído de três leis.²⁸⁷ A primeira é o plano plurianual (PPA)²⁸⁸, que é elaborado no primeiro ano do mandato do chefe do Poder Executivo. “Uma vez promulgado, o plano plurianual é válido por quatro anos (...). Nele constarão às diretrizes, os objetivos e as metas da Administração Pública para o período mencionado, no que se refere às despesas de capital e aos programas de duração continuada.”²⁸⁹

A segunda lei que compõe o sistema orçamentário brasileiro é a lei de diretrizes orçamentárias (LDO), que é elaborada anualmente e que “tem por função orientar a elaboração da lei orçamentária anual, estabelecendo, basicamente, as metas e as prioridades da Administração Pública para o exercício financeiro seguinte.”²⁹⁰

E, por fim, a terceira, a lei orçamentária anual (LOA) que “deve ser preparada de acordo com o que foi estabelecido na lei de diretrizes orçamentárias e deve ser compatível com o plano plurianual, coordenando-se, assim, o sistema de planejamento da ação governamental por meio das leis orçamentárias.”²⁹¹

Previstos inicialmente apenas como peças contábeis²⁹² e tendo sua natureza legal contestada, o orçamento passou a desempenhar uma função importante na condução das políticas públicas. É por seu intermédio que se dará o “cumprimento dos diversos programas de governo, o que vincula os valores à realização dos referidos programas e das respectivas metas”²⁹³, que consubstanciam as políticas públicas. Ou, no dizer do Professor José Afonso da Silva, “é o processo e o conjunto integrado de documentos pelos quais se elaboram, se expressam, se aprovam, se executam e se avaliam

²⁸⁶ HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*, 2006:89, grifo nosso

²⁸⁷ Artigos 165 à 169 da Constituição Federal.

²⁸⁸ A respeito do conteúdo da lei que aprova o plano plurianual só nos resta o dispositivo constitucional, já que o artigo que o disciplinava na Lei de Responsabilidade Fiscal – artigo 3º, foi vetado.

²⁸⁹ CONTI, José Maurício. *A autonomia financeira do Poder Judiciário*, 2006:75.

²⁹⁰ *Ibidem*, 75.

²⁹¹ *Ibidem*, 75/76.

²⁹² *Ibidem*, 57.

²⁹³ *Ibidem*, 58.

os planos e programas de obras, serviços e encargos governamentais, com estimativa da receita e fixação das despesas de cada exercício.”²⁹⁴

Peça única²⁹⁵ que centraliza todas as atividades de todos os órgãos do Estado é o orçamento. Em torno dele e suas fases (iniciativa, proposta, discussão, deliberação e execução) é que se deve aplicar o princípio da separação dos poderes em matéria de política pública, bem como, desenvolver uma teoria sobre as interferências de um poder nas atividades dos outros, a partir da distribuição Constitucional das competências.

11. A Participação popular na definição dos conteúdos das políticas públicas de saúde

A participação popular na definição dos conteúdos das políticas públicas de saúde está prevista na Constituição da República como uma das diretrizes a serem observadas na definição dos serviços e ações a serem ofertados, conforme artigo 198, II, matéria disciplinada pela Lei nº 8.142/90. Por seu vez, embora não previsto no capítulo constitucional referente aos orçamentos, vem, também, prevista no artigo 48, I, da Lei Complementar nº 101/2000, que regulamenta, dentre outros assuntos, a elaboração das leis orçamentárias.

Assim, as conferências de saúde, as reuniões dos conselhos de saúde e as audiências públicas para discussão das leis orçamentárias são espaços de deliberação coletiva dos conteúdos das políticas públicas.

A questão a ser discutida é qual o grau de vinculação, se há, e como deveria o Poder Judiciário se comportar ante deliberações tomadas no âmbito de instâncias constituídas, dentre outros, por usuários, destinatários das políticas públicas. Em outras palavras, tais deliberações deve limitar sua atuação?

Sem dúvida alguma todos os Poderes invocam o povo como legitimador de seu exercício. Em última instância que deve decidir é o povo. Se toma decisões estas devem limitar a atuação dos poderes constituídos. Pois, como adverte Friedrich Müller os poderes “movem-se habitualmente no campo das técnicas de representação, de instituições e procedimentos. Só assim o ‘povo’ entra no campo visual; ou ainda nos momentos nos quais a delimitação (da ‘nação’ da sociedade) está em jogo.”²⁹⁶

²⁹⁴ AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional*, 2009:738.

²⁹⁵ Princípio da unidade, artigo 1º da Lei nº 4.320/64.

²⁹⁶ MÜLLER, Friedrich, *Quem é o povo? A questão central da democracia*, 2011:45.

Embora o conceito de povo não admita cisão, o povo²⁹⁷ que exerce a dominação política se apresenta na cena sempre dividido. Ora por intermédio dos parlamentares, seus representantes; ora por meio dos partidos que, efetivamente formam a vontade política do povo, definindo as pautas e os candidatos aos cargos eletivos. Mas quando o povo age diretamente, em fóruns de deliberações populares, deixa de ter sentido as alegações de insuficiência da representação.

Quando os agentes públicos ignoram essas deliberações tomadas em espaços coletivos, o povo, conjunto de cidadãos, não exerce a dominação política. Ao contrário, fica a ele reservado apenas o papel legitimador, simbólico, justificador do exercício arbitrário do poder, tal qual, no passado, invocavam-se entes divinos.

Desde que Deus se retirou da vida política (e se despediu da história), seu cargo na estrutura funcional não foi declarado vago. Assim como outrora ELE, o povo foi desde então usado da boca para fora e conduzido aos campos de batalha por todos os interessados no poder ou no poder-violência, sem que antes lhe tivesse perguntado.²⁹⁸

Contudo, ao contrário da invocação sacramental do Criador para questões terrenas referentes ao poder secular, há uma diferença fundamental quando esse papel é atribuído ao povo. A diferença reside no fato de poderia haver consulta popular. Suas deliberações deveriam ser consideradas limites à atuação dos poderes constituídos.

Ao dominar e estabelecer sua Constituição, o povo é considerado a fonte da determinação do convívio social por meios de prescrições jurídicas, domina impondo o direito e controla o poder político. O primeiro papel é o de instância global de atribuição de legitimidade, expresso na Constituição Brasileira no artigo 1º parágrafo único: ***“todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes ou diretamente, nos termos desta Constituição.”***

Cabe ao povo legitimar o exercício dos Poderes constituídos. Pois todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido. A rigor, eleitos, e, portanto, legitimados por representação, são somente os legisladores e Chefes do Poder Executivo. A legitimidade dos juízes e dos administradores é decorrente, pois, ambos, atuam aplicando as leis aprovadas pelo Parlamento criando, uma estrutura de legitimação:

²⁹⁷

Quando a exerce, pois conforme demonstra José Afonso da Silva na história do constitucionalismo brasileiro, tivemos a usurpação do poder constituinte do povo pelo Imperador (Constituição do Império) por Getúlio Vargas (Constituição de 1937) e pelos Militares (Constituição de 1967/69). *Curso de direito constitucional*, 2009:88.

²⁹⁸

MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*, 2004:21.

o povo elege representante que votam leis que são aplicadas pelo administradores, governantes e juízes, os destinatários atingidos são, o mesmo Povo, a totalidade: formando um ciclo de legitimidade que não pode ser interrompido.²⁹⁹

A legitimação ou a legitimidade, lembra Moreira Neto, “é o referencial ético político do poder, assim como a licitude é seu referencial ético-moral e a legalidade o seu referencial ético-jurídico.”³⁰⁰ A legitimação ocorre ainda pela aceitação da dominação da ordem jurídica imposta. Assim, o povo aceita o ordenamento, não se revoltando contra o mesmo.³⁰¹ Desta aceitação participam também os não eleitores, os ausentes no processo de votação, os estrangeiros.

Para o filósofo alemão, essa aceitação passiva, por dominação, das deliberações políticas tomadas em seu nome só se justifica quando e onde “vigem, se praticam e são respeitados os direitos fundamentais individuais (...) que fundamentam juridicamente uma sociedade libertária, um estado democrático. Sem a prática dos direitos do homem e do cidadão, o povo permanece em metáfora ideologicamente de má qualidade.”³⁰²

Havendo participação direta ou aceitação, se garante a legitimidade em todas as fases do poder, “cobrindo, portanto, as opções e as escolhas de quem as faz”.³⁰³ Do contrário, o povo desempenha um papel de *ícone*, presente “nominalmente” nas Constituições de Estados sob regimes autoritários,³⁰⁴ no exercício do poder por parlamento sem representação, eleições fraudadas, manipulação dos procedimentos, governos praticando atos contra lei ou sem lei e decisões judiciais que não tem fundamento legal.

A ausência de legitimação democrática, torna o povo ícone, e os atos do Estado, atos-violência contra o cidadão e seu conjunto. Ensina Moreira Neto:

a participação é crucial para as três modalidades: a participação na escolha dos detentores do poder produz a legitimidade originária; a participação no exercício do poder garante a legitimidade corrente; a participação na destinação e no controle dos resultados asseguram a legitimidade finalística.”³⁰⁵

299

MÜLLER, Friedrich, *Quem é o povo? A questão central da democracia*, 2011:55.

300

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política*, 1992:24.

301

Ibidem, 61

302

MÜLLER, Friedrich, *Quem é o povo? A questão central da democracia*, 2011:58.

303

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Direito da participação política*, 1992:24.

304

Constituições de 1824, 1937 e 1967/69.

305

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política*, 1992:27.

A eliminação dos riscos da *iconização do povo* é a aceitação de um conceito jurídico universal, não excludente, formulado pelo Professor Friedrich Müller, com seguinte conteúdo:

Os atingidos pelas decisões devem ser simultaneamente os autores das decisões, os outorgantes da norma devem ser idênticos ao conjunto dos destinatários da norma.³⁰⁶

A identidade entre autores e destinatários das decisões fundamentais é, para Carlos Ayres de Britto, a essência da democracia, “nome que assenta para o fenômeno da subida do povo ao *podium* das decisões coletivas de caráter imperativo, a simbolizar que ele mesmo é que escreve a sua história de vida política-jurídica e assim todas as rédeas do seu próprio destino.”³⁰⁷

Sem prejuízo deve o povo assumir sua posição de sujeito político real, detentor do poder, com necessidade de estabelecimentos, instituições e procedimentos, eleição da Assembleia Constituinte, referendo sobre o texto constitucional, instituições plebiscitárias, eleições livres, destituição dos mandatários: arsenal da democracia participativa.

Este *povo-cidadão* será essencial para a democracia pluralista e participativa, sujeito do poder que exerce papel ativo na interpretação e concretização da Constituição. É a ele que se refere Härbele, conforme acentua Bonavides: “A democracia de Härbele, sensível a uma espécie de metodologia tópica e concretista, a que ser de escudo, não é do povo-massa, absoluto, possuidor de um novo gênero de Direito divino, mas a do povo cidadão, artífice de uma democracia de cidadãos.”³⁰⁸

No mesmo sentido, Carlos Ayres de Britto apresenta o conceito de democracia, “inequívoco sentido de troca de lugar ou mudança topográfica do povo, que da plateia passa para o palco das decisões que a ele digam respeito; ou seja, o povo a sair da passiva posição de espectador para a ativa posição de ator político, a começar pela mais importante das decisões coletivas, que é ‘a decisão política fundamental’.”³⁰⁹

As revoluções são feitas em nome do povo e as Constituições o invocam para se justificarem. A ele é atribuído o poder constituinte. Portanto quando esse povo é

³⁰⁶ *Ibidem*, 71.

³⁰⁷ BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*, 2003:183.

³⁰⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 2004:515.

³⁰⁹ BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*, 2003:183.

efetivamente agente condutor do processo decisório, desrespeitar suas deliberações é devolvê-lo ao papel icônico denunciado por Friedrich Müller.³¹⁰

Assim, o funcionamento de instrumentos de participação popular, previstos constitucionalmente, deve, no mínimo, constranger autoridades judiciárias a deliberarem em contrário ao que foi discutido, debatido e decidido.

12. As Conferências de Saúde e os Conselhos de Saúde

A participação da comunidade na formulação das políticas públicas de saúde é uma diretriz constitucional, prevista no artigo 198, III, da Constituição da República, regulamentado pela Lei nº 8.142/90³¹¹ que prevê duas instâncias colegiadas em cada esfera de governo: as Conferências de Saúde e os Conselhos de Saúde.

As Conferências de Saúde são realizadas de quatro em quatro anos, num processo que parte das municipais para as estaduais e, concluindo-se na nacional. Culminando o processo de definição de temática e credenciamento de delegados.³¹² Surgiram no cenário institucional em 1941, quando é realizada, no Rio de Janeiro a Primeira Conferência Nacional de Saúde.³¹³ Até a sétima edição, realizada 1980 tem por natureza ser “mecanismo de controle das instâncias estaduais”.³¹⁴

³¹⁰ MÜLLER, Friedrich. *Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo*, 2004:22: “Desde que Deus se retirou da vida política (e se despediu da história), seu cargo na estrutura funcional não foi declarado vago. Assim como outrora ELE, o povo foi desde então usado da boca para fora e conduzido aos campos de batalha, por todos os interessados no poder ou no poder-violência, sem que antes lhe tivessem perguntado. A diferença reside no fato de que o povo poderia ter sido perfeitamente consultado”

³¹¹ Artigo 1º. O Sistema Único de Saúde (SUS), de que trata a Lei no. 8.080, de 19 de setembro de 1990, contará em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, com as seguintes instâncias colegiadas: I – a Conferência de Saúde; II – O Conselho de Saúde. Parágrafo 1º. A Conferência de Saúde reunir-se-á a cada quatro anos com a representação dos vários segmentos sociais, para avaliar a situação da saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, convocada pelo Poder Executivo, ou extraordinariamente, por esta ou pelo Conselho de Saúde. Parágrafo 2º. O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado, composto por representantes do governo, prestadores de serviços, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo Chefe do poder legalmente constituído de cada esfera de governo.”

³¹² DALLARI, Sueli Gandolfi e NUNES JUNIOR, Vidal Serrano, *Direito sanitário*, 2010:94/95.

³¹³ Brasil, Ministério da Saúde, *Direito sanitário*, vol. II, 2003:21.

³¹⁴ ESCOREL, Sarah e BLOCH, Renata Arruda de. *As conferências Nacionais de saúde na construção do SUS. In Saúde e democracia: história e perspectiva na construção do SUS*, 2005:112.

A partir da oitava edição³¹⁵, realizada em 1986, transformaram-se em “fórum de participação do movimento social”³¹⁶, e lograram êxito em colocar o tema saúde pública na agenda governamental, bem como, criar o ambiente propício para, na insuficiência das iniciativas governamentais, impulsionar a interferência do Poder Judiciário na definição dos conteúdos das políticas pública de saúde.

A nona Conferência Nacional de Saúde, primeira após a promulgação da Constituição de 1988, realizou-se entre os dias 09 e 14 de agosto de 1992, em Brasília contando com cerca de 4.500 delegados. Foi precedida de conferências municipais, em mais de 50% dos Municípios, e de conferências estaduais em todos os Estados no Distrito Federal. Teve por tema “Saúde: Municipalização é o Caminho” e nas discussões a ênfase foi dada ao desafio de implementação do SUS.³¹⁷

A décima Conferência Nacional de Saúde realizou-se entre os dias 02 e 06 de setembro de 1996, em Brasília, com 1.260 delegados, precedidas de 27 conferências estaduais e cerca 3.000 conferências municipais, tendo como questão central o financiamento da política de saúde.³¹⁸ Por sua vez, a décima primeira foi realizada entre 15 e 19 de dezembro de 2000, em Brasília, tendo por temática central o controle social como requisito para implementação do SUS e humanização do atendimento. Foi precedida de conferências com temáticas específicas: saúde indígena, vigilância sanitária, saúde mental e medicamentos e assistência farmacêutica.³¹⁹

A décima segunda Conferência Nacional de Saúde teve por objetivo principal a reafirmação do direito à saúde como direito de todos, organizada a partir dos seguintes eixos temáticos: direito à saúde; a seguridade social e a saúde; a intersetorialidade das ações de saúde; as três esferas de governo e a construção do SUS; a organização da atenção à saúde; controle social e gestão participativa; o trabalho na saúde; ciência e tecnologia e a saúde; o financiamento da saúde; e comunicação e informação em saúde.

³¹⁵ A 8ª. CNS foi um marco significativo por alterar a composição dos delegados, incorporando a participação da sociedade civil organizada, configurando uma “nova institucionalidade” das conferências ao se caracterizar como fórum – o qual, mesmo sendo convocado pelo Executivo federal e destinado a dar respostas a essa instância governamental, passou a ter “vida própria”, tentando constituir-se em ‘ente’ à parte, autônomo e independente.” *Ibidem*, 83.

³¹⁶ *Ibidem*, 83

³¹⁷ Fonte: Ministério da Saúde, Relatório Final da IX Conferência Nacional de Saúde: <http://portal.saude.org.br>, acessado em 13.04.2011.

³¹⁸ Relatório Final da X Conferência Nacional de Saúde, acessado em 13.04.2011: <http://portal.saude.org.br>

³¹⁹ BRASIL, Ministério da Saúde: Direito Sanitário e Saúde Pública, 2003:43. Relatório Final não disponível no sítio eletrônico do Ministério da Saúde.

A décima terceira Conferência Nacional de Saúde teve como tema central “Saúde Qualidade de Vida: Políticas de Estado e Desenvolvimento” e desenvolveu-se a partir dos seguintes eixos temáticos: desafios para a efetivação do direito humano à saúde no Século XXI: Estado, Sociedade e Padrões de Desenvolvimento; políticas públicas para a saúde e qualidade de vida: o SUS na Seguridade Social e o Pacto pela Saúde; a participação da sociedade na efetivação do direito humano à saúde. Contou com a participação de cerca de 3.500 delegados, oriundos das conferências estaduais e municipais que a precederam e representantes do Ministério da Saúde. O relatório final apenas consolidou as propostas apresentadas nas Conferências Estaduais e nas específicas que a antecederam.³²⁰

Ao lado das Conferências, que desde a oitava edição, contam com os usuários como agentes definidores dos rumos, da elaboração de suas normas e regulamentos e como legitimadores das decisões políticas,³²¹ tem-se os Conselhos de Saúde, órgãos deliberativos que atuam, também, na formulação de estratégias e no controle da execução da política pública de saúde, nas instâncias correspondentes.

Entre as mais importantes funções dos Conselhos de Saúde está a apreciação do Plano de Saúde³²² que, em cada âmbito, é o instrumento organizador das demandas e definidor das prioridades, já que seu conteúdo alimentará as leis orçamentárias que dão efetividade às políticas, previstos no artigo 36 da Lei nº 8080/90³²³

Assim, as políticas públicas de saúde são um conjunto de serviços e ações que demandam regimes jurídicos diversificados. Na definição do conteúdo dessas políticas, os usuários desempenham relevante papel, o que, deverá ser considerando na compreensão das interferências do Poder Judiciário.

³²⁰ Relatório disponível no sítio eletrônico: portal.saúde.gov.br acessado em 18.04.2011.

³²¹ ESCOREL Sarah e BLOCH, Renata Arruda de. *As conferências nacionais de saúde na construção do SUS. In Saúde e democracia: história e perspectiva do SUS*, 2005:112.

³²² O Plano de Saúde é um instrumento pelo qual o governo apresenta o seu plano de ação (anual e plurianual – quinquenal), com definição das ações e serviços (oferta, demanda e análise e cobertura de necessidades), com demarcação das prioridades, com a proposta de hierarquização do sistema, com definição de metas a serem atingidas, prazos e responsáveis pela sua execução, entre outros.” In: *Direito Sanitário e Saúde Pública*, vol. II, 2003:92.

³²³ Art. 36. O processo de planejamento e orçamento do Sistema Único da Saúde (SUS) será ascendente, do nível local até o federal, ouvidos seus órgãos deliberativos, compatibilizando-se as necessidades da política de saúde com a disponibilidade de recursos em planos de saúde dos Municípios, dos Estados, do Distrito Federal e da União. Parágrafo primeiro: Os planos de saúde serão a base das atividades e programação de cada nível de direção do Sistema Único de Saúde (SUS), e seu financiamento será previsto na respectiva proposta orçamentária. Parágrafo Segundo: É vedada a transferência de recursos para o financiamento de ações não previstas nos planos de saúde, exceto em situações emergenciais ou de calamidades públicas, na área da saúde.”

Capítulo III

A DIVISÃO DE FUNÇÕES E A POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE

os juízes passivos, dizem eles, mostram grande deferência para com as decisões de outros poderes do Estado, o que é uma qualidade do estadista, enquanto os “ativos” declaram essas decisões inconstitucionais sempre que as desaprovam, o que é tirania... Os passivistas denunciam a criação judicial de norma de nível constitucional; afirmam que a democracia significa que o povo deve criar o direito fundamental...
Ronald Dworkin³²⁴

13. O princípio da separação dos Poderes na doutrina

Coube à Charles Louis de Secondat, o Barão de Brède e de Montesquieu, a primazia na teorização da separação de Poderes tal qual descrita pela doutrina clássica,³²⁵ que serviu de referência para as Constituições, a partir da análise da forma de distribuição dos poderes na Constituição da Inglaterra.³²⁶ Antes de se preocupar com uma divisão orgânica, a ênfase dada por Montesquieu é nas funções a serem distribuídas entre os diversos órgãos do Estado, como condição para garantir a liberdade política.³²⁷ A essas funções, o pensador francês denominará faculdades de estatuir e de impedir, de frear, dos poderes políticos, Legislativo e Executivo.³²⁸

Do Poder Judiciário, aquele pelo qual se “pune os crimes, ou julga as demandas dos particulares,”³²⁹ Montesquieu tratará da sua constituição: “não deve ser entregue a um Senado³³⁰ permanente, mas exercido por pessoas tiradas no seio do Povo”;

³²⁴ Dworkin, Ronald. *O Império do direito*, 2007:442.

³²⁵ Embora para o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, dois aspectos separam a doutrina clássica da exposta em *O Espírito das Leis*, quais sejam: a supremacia do Legislativo, contribuição do liberalismo político, e a contribuição do jurista na doutrina do Estado de Direito, cujo princípio da legalidade, subordina a ação dos poderes Executivo e Judiciário. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Princípios fundamentais do direito constitucional*, 2009:254.

³²⁶ É evidente a influência das Obras de Aristóteles (Política) e de Locke (Segundo Tratado do Governo Civil), conforme aponta o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho. FERRIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Princípios fundamentais do direito constitucional*, 2009:247/249.

³²⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis, as formas de governo, a federação, a divisão dos Poderes*, 2008:168.

³²⁸ O Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho esclarece que Montesquieu utilizar duas expressões: “pouvoir”(faculdade) e “puissance” (direito, autoridade). Assim, alerta, “o texto significa que cada Estado tem (ou exerce) três faculdades, ou, se se quiser funções.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Princípios fundamentais de direito constitucional*, 2009:252.

³²⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis, as formas de governo, a federação, a divisão dos Poderes*, 2008:169.

³³⁰ Pedro Vieira Mota esclarece que não se trata aqui de corpo legislativo, mas de “pessoas de escol”.

de seu funcionamento esporádico, podendo o réu participar de sua escolha, como em Atenas, por sorteio. Com essas características, fica o Poder Judiciário caracterizado como poder invisível e nulo.

O Poder Judiciário tem competência apenas para matéria criminal e demandas entre particulares. Embora, à época ainda não se possa falar na hipótese do particular acionar o Estado, Montesquieu aponta hipóteses que poderiam ser equiparadas às atuais demandas de direito público, tratando-as como, excepcionalmente, sujeitas ao julgamento do Poder Legislativo - cabendo à parte popular a acusação e à parte nobre o julgamento. Nesse sentido, extraordinariamente, têm-se como competência jurisdicional: (i) o julgamento dos “grandes”; (ii) a atenuação do rigor da lei; (iii) a violação aos direitos do povo por algum cidadão nos negócios públicos.³³¹

Ao afastamento total do Poder Judiciário das questões políticas, presente na obra de Montesquieu - e que marcará a organização do Estado francês³³² - se contrapõe o papel que lhe é atribuído no modelo estadunidense, função de temperar a tirania das maiorias democráticas, conforme Tocqueville.³³³

Aduz o autor de “A democracia na América: “Quando visitamos os americanos e estudamos suas leis, vemos que a autoridade que deram aos legistas e a influência que lhes deixaram tomar no governo constituem hoje a mais poderosa barreira contra os desvios da democracia.”³³⁴ Os juristas adquirem, em razão da natureza de suas atividades, apego à formalidade e, portanto, tornam-se, naturalmente “opostos ao espírito revolucionário e às paixões irrefletidas da democracia.”³³⁵ Formam uma elite com sentido corporativo e de preservação, servem de árbitros para as questões entre os Cidadãos, guardam, pois, semelhanças com a aristocracia. Aléxis de Tocqueville vale-se de sua experiência para sustentar a presença dos juristas à frente de todos os partidos e, igualmente, aduz que todos os movimentos democráticos “que agitaram o mundo foram dirigidos por nobres.”

³³¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O Espírito das Leis, as formas de governo, a federação, a divisão dos Poderes*, 2008:180.

³³² Observa Rogério Bastos Arantes: “As diferentes aplicações práticas da tese de Montesquieu resultaram em definições bastante distintas para o Judiciário, no quadro geral da separação dos poderes. Na França, a idéia de supremacia do legislativo, bem como a profunda desconfiança dos revolucionários em relação à magistratura do Antigo Regime, não poderiam ter levado a uma valorização do Judiciário como Poder de Estado” In ARANTES, Rogério Bastos, *Judiciário: entre a Justiça e a Política. Sistema Político Brasileiro, um introdução*, 2007:81/112.

³³³ TOCQUEVILLE, Aléxis de. *A Democracia na América*, Livro 1, 2005:307/323.

³³⁴ *Ibidem*, 309.

³³⁵ *Ibidem*, 309.

Nesse mesmo sentido é a análise de Rogério Bastos Arantes: “a preocupação com o direito à propriedade frente à voracidade legislativa de governos populares acabou elevando o Judiciário à condição de poder político, capaz de se colocar entre o governo e o cidadão, da defesa dos direitos individuais deste último (principalmente o direito à propriedade)”.³³⁶

O papel reservado aos juristas é essencialmente de conservar o trabalho dos pais da pátria e os direitos caros aos liberais (liberdade e propriedade) contra as deliberações majoritárias, o que é desempenhado pelo instituto do *judicial review*. Assim sustenta Tocqueville: “Armado do direito de declarar as leis inconstitucionais, o magistrado americano penetra sem cessar nos negócios políticos. Ele não pode forçar o povo a fazer leis, mas pelo menos o compele a não ser infiel às suas próprias leis e a permanecer coerente consigo mesmo”.³³⁷ E, conclui: “Quase não há questão política nos Estados Unidos que não se resolva, mais cedo ou mais tarde, em questão judiciária.”³³⁸

A versão clássica da separação dos Poderes recebeu do liberalismo político o princípio da supremacia do Poder Legislativo, como poder político, tornando os demais Poderes – Executivo e Judiciário – sujeitos às suas deliberações políticas, cujas funções passam a ser exercidas de forma privativa, como, com a acuidade costumeira, sintetiza o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho.³³⁹

Eleita como dogma do constitucionalismo, sobretudo por sua propagação no artigo 16 da Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, com sua inclusão nas Constituições, o modelo rígido e estanque de separação de Poderes não corresponde à realidade. Notadamente nos regimes parlamentaristas, nos quais “*el poder legislativo y el ejecutivo no están separados ni personal ni funcionalmente*”, destaca Loewenstein, concluindo que a separação, é, na realidade, meramente “*la distribución de determinadas funciones estatales a diferentes órganos de Estado*.”³⁴⁰

Nos regimes presidencialistas, embora da letra das Constituições decorra “a previsão de Três Poderes separados, independentes, entre si, que partilhavam a gestão dos negócios públicos,” na prática, assiste-se a hipertrofia do Poder Executivo,

³³⁶ ARANTES, Rogério Bastos, *Judiciário: entre a Justiça e a Política. Sistema Político Brasileiro, uma introdução*, 2007:83/84.

³³⁷ TOCQUEVILLE, Aléxis de, *A Democracia na América*, livro 1, 2005:316.

³³⁸ *Ibidem*, 317.

³³⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Princípios fundamentais do direito constitucional*, 2009:254/256.

³⁴⁰ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de La Constitución*, 1986:55.

aponta Manoel Gonçalves Ferreira Filho.³⁴¹ Nesses mesmo sentido é a crítica do Professor Sergio Resende de Barros ao modelo brasileiro, alcunhado de *presidentismo*.³⁴²

Loewenstein, tendo em mente o regime parlamentar, no qual as funções executiva e legislativa se imbricam à medida que os membros do Governo são membros do Parlamento, enfatiza o caráter temporal da teoria da separação dos Poderes. Sua elaboração é justificada pelos fatores políticos presentes na luta ideológica do liberalismo político contra o absolutismo monárquico dos séculos XVII e XVIII. Aponta que, tanto na “polis” grega, como na república romana, embora houvesse uma diferenciação das funções, as mesmas estavam unidas na magistratura.³⁴³ Nem mesmo na apresentação das diversas formas de governo de Aristóteles pode-se identificar a teoria da separação do Poderes, senão “un análisis de las funciones estatales según su substancia”.³⁴⁴

Na visão utópica do constitucionalismo oitocentista, os órgãos do Estado deveriam agir de forma independente e harmônica, voltados para o cumprimento da *vontade geral* e mirando o bem comum. Ocorre que, como aponta Loewenstein, essa *vontade geral* deve ser dirigida pela liderança política, que dirige e guia a vontade popular.

La legislación y la ejecución de las leyes no son funciones separadas o separables, sino sencillamente diferentes técnicas del liderazgo político. Y pertenece a la biología del proceso del poder que el liderazgo político este en manos del gobierno, un grupo reducido, eficaz y con capacidad para la acción, en lugar de ser ejercido por una asamblea con múltiples miembros, lenta e incapaz frecuentemente de formar una voluntad política unida.³⁴⁵

Associando o surgimento da prática da separação dos Poderes aos governos representativos dos séculos XIV, XV na Inglaterra, França e Espanha, e sua teorização à John Locke e a Montesquieu, sustenta Loewenstein sua inadequação à sociedade pluralista de massa de nossa época. Assim propõe uma nova divisão tripartite: (i) a decisão política conformadora ou fundamental (*policy determination*); (ii) a execução da decisão (*policy execution*); (iii) o controle político (*policy control*).³⁴⁶

³⁴¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Princípios fundamentais do direito constitucional*, 2009:257

³⁴² Como reiteradas vezes se referiu em sala de aula ministrado na USP.

³⁴³ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de La Constitución*, 1986:56.

³⁴⁴ *Ibidem*, 57.

³⁴⁵ *Ibidem*, 61.

³⁴⁶ *Ibidem*, 62.

As decisões políticas, analisadas sobre um ponto de vista técnico (*policy determination*) são tomadas pelo governo, mas como requerem forma legal³⁴⁷, são submetidas ao Parlamento, que, ao rejeitá-las ou ao modificá-las, exerce, na verdade, a função de controle político do governo.³⁴⁸ A execução das decisões fundamentais pode se dar no campo de qualquer atividade estatal. Há *policy execution* na elaboração de leis pelo Parlamento; na administração, a cargo do Poder Executivo e na aplicação da Lei aos casos concretos, pelo Poder Judiciário; salvo no desempenho do *judicial review*, que se trata materialmente de *policy control*³⁴⁹.

Por fim, a função *policy control* é o núcleo da nova divisão dos Poderes. Sua caracterização nos Estados modernos dependerá do tipo de governo adotado. São mecanismos de controle: a eleição, o veto, o plebiscito, o referendo, o sistema legislativo bicameral, o voto de desconfiança e o controle de constitucionalidade das leis. As técnicas de controle estão todas previstas na Constituição e compõem um sistema integral de controle político, arrematados pela supremacia constitucional.³⁵⁰

Assim, em sua proposta de separação de Poderes, o Poder Judiciário participa da *policy execution* quando aplica a lei em concreto, jurisdição ordinária, vinculado às decisões fundamentais da *policy determination* e da *policy execution* exercida pelo Poder Legislativo e da *policy control* na atividade de controle de constitucionalidade.

Proposta próxima dessa divisão, é a teoria apresentada pelo Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho como existente na Grã-Bretanha hodiernamente, com três ações do Estado: ação governamental (gabinete: legislação e administração), ação de controle (exercida pelo Parlamento) e ação de justiça (aplicação da lei aos casos concretos).³⁵¹

Para Carré de Malberg, o equívoco inicial de Montesquieu é a alegada existência de três Poderes nos Estados. Existe, em cada ente estatal, apenas um poder que se manifesta de diversas formas, cujo exercício passa por diversas fases: iniciativa, deliberação, decisão e execução.³⁵² Há no interior dos Estados uma vontade única e indivisível, distribuída entre órgãos, que são despidos de personalidade jurídica, exercendo

³⁴⁷ Este é o procedimento constitucional brasileiro para a elaboração das leis orçamentárias, todas de iniciativa do Chefe do Executivo (governo), submetidas ao Congresso Nacional, nos termos dos artigos 165/169 da Constituição Federal.

³⁴⁸ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de La Constitución*, 1986:65.

³⁴⁹ *Ibidem*, 66/68.

³⁵⁰ *Ibidem*, 68/72.

³⁵¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, 2006:136.

³⁵² CARRÉ de MALBERG, R., *Teoria general del Estado*, 2001:761.

todos suas funções, em nome de uma única pessoa jurídica, o Estado. Trata-se, portanto, modernamente, de se entender como as funções estão distribuídas entre os diversos órgãos do Estado, cuja essência é o dever de cooperação para a formação de uma vontade estatal única e comum.³⁵³

O segundo aspecto da teoria de Montesquieu destacado por Carré de Malberg é a necessidade da formulação de um conceito material das funções estatais, todas materialmente definidas, cabendo ao Legislativo a definição da vontade geral, ao Executivo sua realização, medidas particulares de governo e administração, e ao Judiciário aplicar as regras gerais aos particulares.³⁵⁴ No entanto, para o autor, tal especificação de funções é irrealizável. Primeiro, porque as atividades estatais se concretizam em razão de fins determinados e não em razão da natureza do ato praticado (lei, sentença ou ato administrativo). Para realização dos fins, os órgãos praticam diversos atos, independentemente de sua natureza. Por outro lado, entre as funções existem zonas cinzentas, zonas limítrofes e mistas, que inviabilizam essa separação estanque. Dê-se como exemplo a iniciativa de leis. Ato que, pela natureza, é legislativa, mas que, sobre determinadas matérias, está sujeita a competência exclusiva do Chefe do Executivo.³⁵⁵ Em síntese, se observa que cada um dos órgãos estatais acumulam funções materialmente diversas.

A seguir, Carré de Malberg, analisa se a ideia de igualdade e independência dos órgãos estatais, presentes na teoria de Montesquieu, é realizável. Quanto à independência, aduz que determinados órgãos não podem funcionar sem ter relações com outros. A separação mecânica e matemática sugerida por Montesquieu é inadequada ao funcionamento dos entes estatais.³⁵⁶ A independência só se verifica unicamente em relação à autoridade judicial, pois precisa de liberdade e independência em relação ao Executivo. Todavia não é requisito que a tenha em relação ao Legislativo, pois, deve o Poder Judiciário agir nos limites fixados pelo Poder Legislativo.³⁵⁷

A essência da teoria de Montesquieu é impor aos titulares dos Poderes determinados limites, com vigilância e moderação recíprocas, mas só os arma de poderes

³⁵³ *Ibidem*, 763.

³⁵⁴ CARRÉ DE MALBERG, R.. *Teoria general del Estado*, 2001:765.

³⁵⁵ *Ibidem*, 766/767.

³⁵⁶ *Ibidem*, 770.

³⁵⁷ *Ibidem*, 771. A análise é do sistema Frances, ainda sem controle jurisdicional de constitucionalidade e animado pela teoria da supremacia do poder legislativo.

de freios e não de associação, entendimento e colaboração.³⁵⁸ Por isso, as Constituições abandonaram o modelo clássico de Montesquieu e, a maioria dos Estados, ao menos da Europa, optaram pelo regime parlamentar de governo. Posto que “os poderes Executivo e Legislativo não podem funcionar sem relações e sem entendimento entre seus titulares, é evidente que as Constituições têm o dever de prever e de regular estas relações indispensáveis.”³⁵⁹

Quanto à igualdade entre os Poderes, sustenta Carré de Malberg, que esta jamais existiu. Na França, um dos grandes princípios do direito público é da supremacia da lei e do Poder Legislativo, não havendo possibilidade do mesmo não impor sua vontade aos demais e, portanto, exercer dominação, ficando ressalvada a autoridade dos demais Poderes.³⁶⁰ A hierarquia das funções, leva, inexoravelmente, a dos órgãos. A rigor, sempre existirá um “órgão supremo que domina a todos os demais e que assim realiza a unidade do Estado”.³⁶¹ Mas, acolhendo a lição de Jellinek, Carré de Malberg sustenta que esta supremacia é do poder constituinte, exercício da soberania do povo.

Hodiernamente, Bruce Ackerman justifica a separação de Poderes como forma de manutenção da legitimidade do exercício do poder, à medida que atenda a três idéias: primeiro, a democracia, impedir um projeto populista de autogoverno; segundo, a competência profissional; e terceiro, proteção e ampliação dos direitos fundamentais.³⁶²

Após analisar estes ideais nas experiências norte-americana e europeia, apresenta um novo formato para a separação dos Poderes como uma teoria da legitimação democrática. Questiona, inicialmente, “quantas eleições um movimento deve ganhar antes de vencer autoridade legislativa plena?” Rejeita tanto o modelo do presidencialismo norte-americano, como o parlamentarismo inglês, sustentando que “a nenhuma instituição única é concedido o monopólio sobre o poder legislativo”. E propõe (i) uma câmara democraticamente eleita, como responsável pela seleção do governo e pela aprovação das leis, (ii) a limitação da atuação da câmara por decisões prévias do povo, por intermédio de referendos sequenciais implementados pela Corte Constitucional; (iii) um senado federal fraco, ou um senado nacional mais poderoso.³⁶³

³⁵⁸ *Ibidem*, 778.

³⁵⁹ CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoria general del Estado*, 2001:782.

³⁶⁰ *Ibidem*, 784.

³⁶¹ *Ibidem*, 786.

³⁶² ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos Poderes*, 2009:7.

³⁶³ *Ibidem*, 62/63.

A especialização funcional é tratada como limitação ao exercício do poder, notadamente a separação entre quem faz as leis e quem as implementa, repetindo Montesquieu e Madison. A primeira tese que levanta é a do afastamento total dos políticos da implementação das leis. Não são imparciais, não têm tempo para exame dos fatos relevantes e agem pensando da próxima eleição³⁶⁴. O segundo passo é o fortalecimento da “cultura weberiana”, com o propósito de atrair pessoas talentosas para a prestação de serviço técnico ao Estado.³⁶⁵ Propõe a criação de duas instâncias: (i) da integridade, responsável pelo combate à corrupção, e (ii) da regulação, para ir além de “mera correia de transmissão dos juízos normativos feitos pela legislação propriamente dita”,³⁶⁶ sujeito ao *judicial review*. Definindo uma presidência eleita como o inimigo número um do Estado de Direito, propõe a adoção do parlamentarismo limitado, com autonomia das agências, funcionando segundo uma lei de procedimentos administrativos, sujeito ao controle judicial.

É no desafio de fazer justiça distributiva em cenários de dominação social injusta que Ackerman mais inova. Apontando a “capacidade excêntrica de parlamentos eleitos de tolerar as injustiças entrincheiradas no *status quo*, em razão da ausência de capacidade de mobilização das vítimas da ignorância, da pobreza e do preconceito e, que, visando a reeleição, dão maior importância aos interesses dos ricos e educados, ou seja, deles próprios. Por outro lado, aos juizes “faltaria a capacidade terapêutica de ordenar as grandes apropriações orçamentárias necessárias para transformar direitos positivos em realidades sociais. No final do dia, as garantias constitucionais de estado social não mereceriam o papel no qual elas foram escritas.”³⁶⁷

Propõe a criação de uma “instância de justiça distributiva” recebendo uma fração específica do PIB, com previsão de “fornecer uma subvenção financeira mínima à população tergiversada”, sob controle externo exercido por peritos imparciais em contabilidade e gestão burocrática.³⁶⁸

Vale destacar, nesta nova proposta, o papel dado ao Poder Judiciário como guardião da democracia ao prever um órgão responsável pela realização dos referendos, como forma de fortalecer o caráter democrático das deliberações majoritárias,

³⁶⁴

Ibidem, 66.

³⁶⁵

ACKERMAN, Bruce. *A nova separação dos poderes*, 2009:67.

³⁶⁶

Ibidem, 72/76.

³⁶⁷

Ibidem, 108/109.

³⁶⁸

Ibidem, 108:111.

da justiça distributiva e dos direitos humanos fundamentais, protegidos pela Corte Constitucional.

14. A Separação de Poderes na Constituição Brasileira de 1988

Não há dúvidas que o constituinte brasileiro de 1988 acolheu a tese da separação dos Poderes. É referida já em seu segundo artigo ao instituir os órgãos que personalizam o Estado e lhes atribui o dever de atuação independente e harmônica. Mais erigiu o dogma à condição de cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, § 4º, III, vedando sua abolição, embora se possa alterar sua configuração por emenda à Constituição, como restou da promulgação da Emenda Constitucional nº 45, instituindo-se o controle externo do Poder Judiciário.

Além da inserção da separação de Poderes como princípio fundamental,³⁶⁹ a Constituição Brasileira de 1988, em seu bojo, distribui entre os diversos órgãos estatais um complexo de funções materiais que não correspondem às suas respectivas funções nominais. Daí a classificação entre atividades típicas, primárias (próprias, denotada da nomenclatura do órgão) e atípicas, secundárias (diversas, pelo mesmo critério). É correto falar que o conjunto de órgãos que compõem o Poder Legislativo, cuja função típica é legislar, também executa (administra³⁷⁰) e julga³⁷¹, bem como, o conjunto de órgãos que compõem o Poder Judiciário, cuja função típica é julgar, legisla³⁷² e administra³⁷³, o que, permite ao conjunto de órgãos que compõem o Poder Executivo, cuja função típica é administrar, também legislar³⁷⁴ e julgar³⁷⁵.

Das atividades típicas do Poder Legislativo (legislar), o Poder Executivo participa, exercendo as duas faculdades: estatuir (exercício da iniciativa, com matérias privativas e as medidas provisórias) e impedir (veto). Igualmente, o Poder Judiciário pode

³⁶⁹ Aponta o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que “As Constituições posteriores à Segunda Guerra Mundial dessacralizaram a separação de poderes. Em geral, referem-se a Legislativo, Executivo e Judiciário, mas na distribuição de competências entre eles atendem a critérios de conveniência ou de expediência. Não mais consideram a idéia de funções com caracteres científicos distintos.” *Princípios fundamentais do direito constitucional*, 2009:265.

³⁷⁰ Atividades administrativas para funcionamento dos respectivos órgãos, tais como: contratação de pessoal, aquisição de materiais, construção, reforma de suas sedes administrativas.

³⁷¹ São exemplos: artigo 48, IX – julgamento de contas; artigo 52, I e II – competência do Senado para processar e julgar determinadas autoridades; artigo 55, I, parágrafos 1º. e 2º.

³⁷² Artigo 96, I, “a”, por exemplo.

³⁷³ Artigo 96, I, “b”, praticando as atividades administrativas, contratação, licitação, etc...

³⁷⁴ Artigo 84, VI, em especial com a redação da Emenda 32/01, bem como: leis delegadas e medidas provisórias, embora sujeitas ao crivo do Poder Legislativo.

³⁷⁵ Aqui refiro-me a aplicação de sanções administrativas (poder de polícia) e disciplinares.

estatuir (matérias de competência privativa e decisões judiciais com natureza normativa) e impedir (controle de constitucionalidade). Da matéria típica do Poder Executivo (administrar) o Poder Legislativo exerce também ambas as faculdades: estatuir (reserva legal) e impedir (sustação de atos e controle de mérito). Resta ao Judiciário, de igual modo, participar statuindo (decisões judiciais que condenam a entrega de prestações individuais) e impedindo (controle de constitucionalidade e de legalidade). Das atividades típicas do Poder Judiciário, os demais Poderes só participam statuindo, a elaboração das leis.

Temos, portanto, um sistema de interdependência dos Poderes, com complicado mecanismo de freios e contrapesos, com faculdades de estatuir e de impedir - sobre a mesma matéria - distribuída entre os órgãos de forma assimétrica.

Em razão da matéria e no tocante às políticas públicas, o papel preponderante é do Poder Executivo, sob controle político do Poder Legislativo e jurídico do Poder Judiciário, cabendo a este, em caráter extraordinário interferir no conteúdo - papel de legislador extraordinário. Esse é o arranjo institucional previsto na Constituição Federal.

15. As funções do Poder Executivo na tarefa de efetivação da política pública de saúde

É ponto comum nas críticas apontadas por Ackerman, Loewentein e, entre nós, pelo Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o papel de destaque que o Poder Executivo assume nas atuais configurações dos Estados. Em suas palavras: “O ponto central da diferença é o predomínio do Executivo, que, absorvendo em boa parte o campo de deliberação do Legislativo, se transformou em Governo. A respeito deste, a Constituição Francesa de 1958 bem aponta a sua função, dizendo que determina e dirige a política da nação.”³⁷⁶

O fenômeno ocorre no regime parlamentar essencialmente pelo fato de que o Gabinete que exerce a Chefia do Governo é retirado do Parlamento. Já no regime presidencialista, justifica-se pelos fatores apontados por Loewenstein, mormente após o surgimento do Estado Social. As deliberações, conceituadas como “*policy determination*” são, tomadas pelo governo, mas como requerem forma legal³⁷⁷, são submetidas ao

³⁷⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*, 2009:262 (em nota de rodapé, 616, cita artigo 20 da Constituição Francesa de 1958).

³⁷⁷ Este é o procedimento constitucional brasileiro para a elaboração das leis orçamentárias, todas de iniciativa do Chefe do Executivo (governo), submetidas ao Congresso Nacional, nos termos dos artigos 165/169 da Constituição Federal.

Parlamento, que ao rejeitá-las ou ao modificá-las, exerce, na verdade, a função de controle político do governo. Neste sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho sustenta que, na contemporaneidade, o Poder Executivo será não só a “mola mestra que impulsiona o trabalho parlamentar, como também, num grande número de casos, surge como o próprio legislador.”³⁷⁸

Como a definição do conteúdo das políticas públicas, que consubstanciaram as leis orçamentárias, é considerada atividade de governo, é evidente o predomínio do Poder Executivo.

A previsão de um legislativo ligada à “separação dos poderes” não é hoje suficiente para impedir que, aberta ou disfarçadamente, o Executivo se torne o (mais freqüente) legislador. Mesmo porque não só ele tende a se tornar o principal legislador encarregado de fazer valer a “vontade política do povo” na máquina do Estado de Bem-Estar, como, em regra, se compõe da cúpula do partido, ou coligação majoritária. Por este caminho, subordina a si próprio o Legislativo, o Parlamento, pois a decisão, como é óbvio, cabe à maioria que ele, Executivo, controla. Aliás, a grande maioria das leis votadas pelo Legislativo é fruto da iniciativa do Executivo. Inclusive nos Estados Unidos, cuja Constituição não contempla essa iniciativa, seguindo rigorosamente o modelo de processo legislativo constante do *Espírito das Leis*.³⁷⁹

A Professora Maria Paula Dallari Ducci embora reconheça que “as grandes linhas das políticas públicas, as diretrizes, os objetivos, são opções políticas que cabem aos representantes do povo e, portanto, ao Poder Legislativo” concorda que parte considerável da realização concreta fica “nas mãos do governo (Poder Executivo)”,³⁸⁰ concordando que “o mais adequado seria a realização das políticas pelo Executivo, por sua própria iniciativa, segundo as diretrizes e dentro dos limites aprovados pelo Legislativo.”³⁸¹

No caso brasileiro, em matéria de políticas públicas, trata-se de uma escolha do constituinte. Com efeito, a lei que estabelece o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual são de iniciativa do Poder Executivo,

378

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Do processo legislativo*, 2002:131.

379

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*, 2004:52/53.

380

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*, 2002:270/71.

381

Ibidem, 271.

nos termos do artigo 165 da Constituição Federal.³⁸² As leis que criam os órgãos administrativos executores das políticas públicas são também de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, nos termos do artigo 61, § 1º, II, “a” da Constituição Federal. A atividade de arrecadação dos tributos é toda do Poder Executivo.³⁸³

É a Constituição, pois, que entrega nas mãos do Chefe do Executivo³⁸⁴ a chave do cofre, a estruturação dos órgãos³⁸⁵ e a iniciativa legislativa em matéria orçamentária³⁸⁶, fazendo com que ele desempenhe o papel determinador e dirigente da política da nação, como assumem os franceses e, no caso brasileiro, de todas as políticas públicas.

O papel do Poder Executivo como definidor das Políticas Públicas se coaduna com o princípio democrático. O Chefe do Executivo é eleito num sistema majoritário, sendo, pessoalmente, detentor do maior número de votos em cada eleição³⁸⁷ e o único que se submete a uma discussão programática no debate eleitoral. Nele, para o bem e para o mal, são personificadas as esperanças populares.³⁸⁸

Definir o Poder Executivo como condutor, executor, concretizador das políticas públicas, implica, *a priori*, aceitar que caberá exclusivamente aos órgãos do Poder Executivo a entrega da prestação, o cumprimento material do dever prestacional, fazendo *ex officio* ou por determinação judicial. É dele a função típica de administrar, como salienta Regis Fernandes de Oliveira:

(...) implementar os direitos formalmente previstos na Constituição. Cabe-lhe concretizar a previsão normativa, cumprindo o papel do Estado. Dar realidade aos preceitos asseguradores dos direitos e, basicamente, a finalidade do ente político. Transformar em proveito social e individual os direitos traçados como essenciais à vida em sociedade. Dar educação, saúde, habitação, saneamento básico, transporte,

382 Neste sentido: STF – **ADIN ° 1.759-1 – Rel. Min. Néri da Silveira**: “3. Competência exclusiva do Poder Executivo para iniciar o processo legislativo das matérias pertinentes ao Plano Plurianual, às Diretrizes Orçamentárias e aos Orçamentos Anuais. Precedentes: Adin 103 e Adin 550.”

383 Bem sustenta Farlei Martins Riccio de Oliveira a prevalência do Poder Executivo no campo das políticas públicas, deixando aos Poderes Legislativo e Judiciário a função de controle. (In: *Controle de Legitimidade das Políticas Públicas: limites e possibilidades*, 2008.

384 O Professor Fernando Facury Scaff atribui ao Poder Legislativo a determinação das prioridades dos gastos públicos, mas como veremos adiante, o papel desempenhado pelo Poder Legislativo na elaboração das leis orçamentárias é muito mais de controle do que de função legislativa, propriamente dita. SCAFF, Fernando Facury. *A Efetivação dos direitos sociais*, 2010:26/27.

385 BRASIL, *Constituição da República*, artigo 84, VI, “a” e 61, parágrafo 1º, II, “a”.

386 BRASIL, *Constituição da República*, artigo 165, I, II e III.

387 A somatória de votos de toda a Câmara não atinge o número de votos do Presidente, notadamente em sistema de segundo turno.

388 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Do Processo Legislativo*, 2002:272/275.

iluminação, etc., é propiciar a todos o que se rotula de política pública.³⁸⁹

A Constituição Brasileira, ao definir o Poder Executivo como fonte exclusiva de distribuição de prestações, dá-lhe também, em consequência, a exclusividade da definição do conteúdo da política quando sujeita à discricionariedade técnica. Isto em razão da especificação funcional, como salientado por Loewenstein, Carré de Malberg e Ackerman. Exemplificando: quando o Poder Executivo estrutura o Ministério da Saúde, exerce ele autonomia técnica para ditar, a partir das normas constitucionais e dos comandos legislativos, a política pública de saúde. Todas as questões que admitam mais uma opção, escolha, e não se caracterizar, estrito senso, como questão política ou jurídica, será do Ministério da Saúde a palavra final.³⁹⁰

16. As funções do Poder Legislativo na tarefa de efetivação da política pública de saúde

As três leis orçamentárias previstas na Constituição Brasileira são de iniciativa privativa do Chefe do Executivo. A participação dos membros do Poder Legislativo ocorre após a apresentação do projeto mediante a formulação de emendas. Todavia, há restrições, a saber: para a lei orçamentária anual, as emendas precisam: (i) ser compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias; (ii) indicar os recursos necessários, mediante a anulação de outras despesas prevista no projeto, salvo, as provisões para pessoal, serviço das dívidas e transferências tributárias; (iii) que sejam para correções de erros ou omissões do texto do projeto, nos termos do artigo 166, § 3º da Constituição Federal.

Para a formulação de emendas ao projeto de lei de diretrizes orçamentárias apresentado, há limitação de seu conteúdo pelo plano plurianual, nos termos do artigo 166, § 4º, da Constituição Federal. As emendas ao projeto de Lei do Plano Plurianual deverão respeitar as estimativas da despesa que for feita pelo Chefe do Executivo, nos termos do artigo 63, I, da Constituição Federal.

Assim, a cada lei aprovada, seu conteúdo e o aspecto financeiro passam a ser limitações ao exercício da prerrogativa de emendar os projetos das leis subsequentes.

³⁸⁹

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*, 2010/283/284.

³⁹⁰

O Poder Judiciário dará a palavra final quando a matéria for jurídica, definida a partir de parâmetros jurídicos, definidos na Constituição ou na Lei e sobre eles houver discussão. Quanto a matéria for política, trata-se de questão de governo, cabendo a palavra final a quem a Constituição definir, dentre os órgãos com função política.

Ora, esses dois aspectos, iniciativa do Chefe do Executivo e limitação para a apresentação de emendas, faz com que a atividade do Poder Legislativo, se afaste da atividade legislativa propriamente dita e passe a ser classificada como atividade de controle.

A função legislativa se caracteriza essencialmente pela capacidade de inovar a ordem jurídica, criar direito novo.³⁹¹ A iniciativa do Poder Legislativo para emendar as leis orçamentárias é acessória ou secundária, como define Manoel Gonçalves Ferreira Filho.³⁹² Toda capacidade de inovar a ordem jurídica na elaboração das leis orçamentárias, com a apresentação de projetos e programas, é exercida pelo Chefe do Executivo. Isto porque, para inovar, além dos limites materiais existentes, há necessidade de conhecimento técnico especializado disponível nas estruturas do Poder Executivo, mas não existente nos Parlamentos.³⁹³ O Parlamento, ao rejeitá-las ou ao modificá-las, em face à ausência de iniciativa inaugural e dos limites materiais para a apresentação de emendas exerce, na verdade, a função de controle político do governo, como sustenta Loewenstein.³⁹⁴

Este retorno do Parlamento para o papel originário³⁹⁵ de fiscalizar, de controlar, o Poder Executivo no tocante às leis orçamentárias pode tornar-se o meio para que tenhamos um efetivo controle finalístico dos gastos públicos. Esse controle além de prévio, por ocasião da elaboração das leis orçamentárias, pode ser concomitante e posterior, utilizando-se, para tanto, do aparato institucional dos Tribunais de Contas, previstos constitucionalmente com tal função nos artigos 70 a 75 da Constituição Federal.

17. As funções do Poder Judiciário como controlador e legislador extraordinário.

Como visto, principalmente em Tocqueville, o Poder Judiciário desempenhava, nos Estados liberais, um papel conservador. O Poder Judiciário organizado nos Estados Modernos, frutos das revoluções liberais do Século XVIII, tem a tarefa de aplicar as leis contenciosamente e dirimir conflitos entre particulares. O Juiz, na lição da escola da exegese, é a boca da lei. Diz o direito no caso concreto. É este Juiz, inerte,

³⁹¹ AFONSO DA SILVA, José, *Curso de direito constitucional positivo*, 2009:108.

³⁹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Do processo legislativo*, 2002:209.

³⁹³ O Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho aponta esse diagnóstico nos principais parlamentos no mundo ocidental. *Do processo legislativo*, 2002:131/150.

³⁹⁴ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de La Constitución*, 1986:65.

³⁹⁵ Papel desempenhado pelos Parlamentos na Idade Média, conforme aponta Manoel Gonçalves Ferreira Filho, citando Palestra de Orlando de Carvalho pronunciada em 15 de setembro de 1965, em Brasília, no Seminário sobre a Reforma do Poder Legislativo no Brasil, publicado pela Câmara dos Deputados, Brasília, 1966, p. 219. (In: *Do processo legislativo*, 2002:132).

equidistante do conflito, politicamente neutro, imparcial que se legitima ante as partes para pacificar o conflito.

Como assegura Fernando Facury Scaff: “por certo o papel do Poder Judiciário não é o de substituir o Poder Legislativo, transformando o que é ‘discrecionalidade legislativa’ em ‘discrecionalidade judicial’, mas o de dirimir conflitos nos termos da lei.”³⁹⁶ A ele, cabe a tarefa de garantir a segurança jurídica, por meio da resolução dos conflitos surgidos na aplicação da lei, a partir de parâmetros constitucionais e legais. É dizer ou criar o direito para o caso concreto, mas, “podendo impedir a aplicação de uma norma, não pode colocar outra em seu lugar. Sua função, neste caso, é sempre a tradicional: aplicar, num caso concreto, o direito vigente. Nunca é, por natureza, criar direito geral e novo.”³⁹⁷

Todavia, a partir do surgimento do Estado do Bem Estar Social, demandas de outra natureza, demandas sobre a divisão, adjudicação individual de bens comuns, passaram a ser submetidas à apreciação do Poder Judiciário que, por sua vez, passou também a fazer justiça distributiva.³⁹⁸

As políticas públicas se concretizam mediante a entrega de prestações aos cidadãos. Neste campo, o Poder Judiciário pode atuar como controlador da constitucionalidade das leis, bem como da legalidade das ações administrativas de concretização. Ao controlar, pode se limitar ao papel de legislador negativo³⁹⁹ ou pode avançar assumindo um papel de legislador positivo. Pode avançar nos limites estabelecidos na Constituição, exercendo seu legítimo papel político, ou ultrapassar os limites. Para o desempenho de sua função de controlador no âmbito do sistema de controle de constitucionalidade ou no âmbito do sistema de controle da legalidade os parâmetros constitucionais estão sedimentados, pois são corolários do constitucionalismo.

As mais altas Cortes do nosso país têm afirmado o papel secundário, complementar ou extraordinário do Poder Judiciário na formulação das políticas públicas,

³⁹⁶ SCAFF, Fernando Facury. *A efetivação dos direitos sociais*, 2010/29.

³⁹⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Judiciário, democracia e políticas públicas*, 1994:261.

³⁹⁸ “A tradição liberal novecentista levou a uma distinção: a justiça comutativa-retributiva uma questão de direito e a justiça distributiva tornou-se política” (Lopes, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*, 2006,124).

³⁹⁹ São muitos os julgados nos quais o STF se recusou a reconhecer a inconstitucionalidade por omissão, fora das ações previstas para tal, para não atuar como legislador positivo. Exemplos: ADI 896-DF, RE 173.252 e RE 475.915, citados por SCAFF, Fernando Facury. *Sentenças Aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In Direitos Fundamentais, orçamentos e reserva do possível*, 2010:145.

destacando-se, como ordinário, normal, precípua seu papel de fiscalizador. A esse respeito, veja-se decisão do Superior Tribunal de Justiça:

3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o **Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais.**
4. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, **a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei.** Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o **Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada.**⁴⁰⁰

No mesmo sentido, o Ministro César Peluso, no voto da ADI nº 3128-DF que discutiu a constitucionalidade das contribuições sociais cobradas dos servidores públicos inativos, sustentou a aplicação da “velha convicção de que a esta Corte **não cabe a tarefa** de, sob os mais nobres propósitos, substituir-se aos órgãos republicanos competentes para legislar e para **definir políticas públicas**, nem tampouco de se fazer intérprete de aspirações populares **que encontram, nas urnas, o instrumento constitucional de expressão e decisão.**”⁴⁰¹

Ainda, em igual sentido, destacando que as competências privativas do Chefe do Executivo previstas na Constituição fazem parte do núcleo do princípio da separação dos Poderes, a Ministra Carmem Lúcia, ao relatar a ADI 4102-REF-MC, deixou averbado que as **“restrições impostas ao exercício das competências constitucionais**

⁴⁰⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça: RE 1041197/MS, disponível em www.stj.jus.br, acessado em 10.05.2011. (destaquei).

⁴⁰¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal: ADI 3128/DF, disponível em www.stf.jus.br, acessado em 10.05.2011 (destaques nossos).

conferidas ao Poder Executivo, entre elas a fixação de políticas públicas, importam em contrariedade ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes.⁴⁰²

Todavia, o modelo de controle que parte da norma ou do ato isolados, e não da atividade pública, é insuficiente para controlar uma política em todas as suas dimensões regradas, quando há normas constitucionais disciplinando. Quando se trata de controle de políticas públicas, visando a sua concretização, importa destacar, sobretudo o papel que desempenham as leis orçamentárias.⁴⁰³

O que se mostra possível e viável, à luz do princípio da separação dos Poderes e do sistema constitucional de concretização das políticas públicas, é que esse controle se faça de forma concentrada e abstrata para auferir as omissões, para analisar os critérios de cortes, para verificar a suficiência do grau de concretude dado aos direitos fundamentais, por intermédio das políticas públicas veiculadas nas leis-programas (PPA e LDO), bem como, da suficiência dos recursos disponibilizados nas dotações que suportaram as despesas necessárias à concretização.

No plano concreto, o controle se realizará no bojo de um conflito coletivo ou individual para uma prestação não satisfeita pelo Poder Executivo, cuja apreciação, se favorável ao demandante, importará em novação da política ou da distribuição de recursos para sua concretização. Neste caso, o Poder Judiciário atua como legislador extraordinário⁴⁰⁴ e não como mero controlador.

O Poder Judiciário também controla a atuação dos órgãos e agentes públicos na concretização dos direitos fundamentais, que, em tese, sendo deficiente, pode caracterizar improbidade administrativa. Para tanto, há necessidade da fixação de parâmetros. Uma importante colaboração é a de Ana Paula Barcellos⁴⁰⁵, ao arrolar os seguintes critérios: (i) a fixação de metas e prioridades por parte do Poder Público em matérias de direitos fundamentais; (ii) o resultado final esperado das políticas públicas; (iii) a quantidade de recursos a ser investida em políticas públicas vinculadas à realização dos

⁴⁰²BRASIL, Supremo Tribunal Federal: ADI 4102, disponível em www.stf.jus.br, acessado em 10.05.2011.(destaques nossos).

⁴⁰³PPA: parâmetro a Constituição. LDO, a Constituição e a PPA; LOA: Constituição, PPA e LDO.

⁴⁰⁴“A divisão constitucional de poderes impede o juiz de se arvorar em legislador, nomeadamente em matéria de direitos sociais a prestação, através da organização de meios públicos para os proporcionar.” (Excerto da declaração de voto de um dos Juizes que fez vencimento no Acórdão nº. 148/94 (Acórdão do Tribunal Constitucional, vol. 27º.) In: NUNES, António José Avelãs e SCAFF, Fernando Facury. *Os Tribunais e o direito à Saúde*, 2011:21.

⁴⁰⁵*Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*, 2010:101/132.

direitos fundamentais; (iv) o atingimento das metas fixadas pelo próprio Poder Público; (v) a eficácia mínima – economicidade na aplicação dos recursos.

Ao controlar a omissão dos Poderes Legislativo e Executivo e ao alterar ou modificar os aspectos definidores da política pública, o Poder Judiciário está atuando politicamente, inovando o mundo jurídico, criando direitos e deveres. Esta atividade não se enquadra no conceito de atividade de controle, mas como verdadeira atividade legislativa, ainda que em caráter extraordinário.⁴⁰⁶ Ao distribuir prestações individuais, afasta-se de sua função precípua de controlar o distribuir e com ele compete, sem outro órgão que o controle.

Ao criar a norma concreta, inaugurando o ordenamento jurídico nos limites estabelecidos na Constituição e no regime político brasileiro, estará desempenhando seu papel político.⁴⁰⁷ Quando extrapola referidos limites, suprimindo omissões, substituindo critérios, acrescentando deveres ao Estado⁴⁰⁸ nas ações individuais ou coletivas que analisam pretensões concretas, não está imune a crítica, sobretudo à luz do princípio da separação dos Poderes e da legitimidade democrática que deve caracterizar toda atuação política no Estado Democrático de Direito.

A atuação do Poder Judiciário, promovendo a entrega de prestações individuais, sofre críticas por se tratar de atividade materialmente legislativa e para a qual os procedimentos judiciais existentes são inadequados. Os principais limites à atuação do Poder Judiciário, impostos por mecanismos procedimentais tradicionais ou limites de natureza institucionais,⁴⁰⁹ são os seguintes: (i) os limites da lide posta por particulares; (ii) os limites da legitimidade, já que se trata de interesse, a princípio, também de outras

⁴⁰⁶ Em duas oportunidades o Ministro Celso de Mello reconheceu o caráter extraordinário da intervenção do Poder Judiciário, na ADPF 45 e no RE 470.715-5-SP.

⁴⁰⁷ A Constituição de 1988 efetivamente fortaleceu o papel político do Poder Judiciário: (i) Ampliação dos instrumentos de controle dos atos da administração pública; (ii) A Criação de novos instrumentos – ADECOM e MI; (iii) O alargamento do sistema de Controle de Constitucionalidade; (iv) A principiologia do texto constitucional; (v) A ampliação do papel do Ministério Público no controle da Administração; (vi) A Eficácia imediata dos direitos fundamentais; (vii) A Emenda Constitucional 3/93 – Ação Declaratória; (viii) As leis ordinárias 9868/99 e 9882/99: modulação dos efeitos e métodos de interpretação; (ix) A Emenda Constitucional 45: ADC e ADI equiparadas e a Súmula Vinculante e o CNJ; (x) A lei 12066/09: disciplina da ADI Omissão.

⁴⁰⁸ Aqui trata-se das sentenças aditivas que “implica aumento de custos para o Erário, obrigando-o ao reconhecimento de um direito social não previsto originariamente no orçamento do poder público demandado”(SCAFF, Fernando Facury. *Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*, 2010/133.

⁴⁰⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Judiciário, democracia e políticas públicas*, 1994:259.

partes⁴¹⁰ não envolvidas na demanda; (iii) os limites da investigação,⁴¹¹ sobretudo em razão da inércia do Poder Judiciário, condutor do processo; (iv) os limites da coisa julgada, restrita apenas aos demandantes. Estas restrições são obstáculos à atuação do Poder Judiciário, como legislador extraordinário, em demandas individuais.

Essas críticas são afastadas quando se trata de ação coletiva. Todavia, mesmo em demandas coletivas, deverá ser racionalmente submetida à apreciação pelos demais interessados. Para tanto, limita-se pelos postulados hermenêuticos, dentre os quais: (i) os postulados interpretativos da Constituição: unidade e harmonização da Constituição; (ii) o texto constitucional deve ser limite para a atividade de criação da norma de aplicação; (iii) a consideração de outros fatores de concretização do direito, que não apenas o texto enunciador do direito material.

Por fim, resta o desafio do enfrentamento dos denominados ‘casos difíceis’, aqueles cuja decisão será uma escolha discricionária entre “direitos-interesses”. O deferimento de um direito faz-se com prejuízo a outros direitos. Neste caso, deve o Poder Judiciário limitar-se a controlar os critérios de exclusão, já que a seletividade, a priorização se estabelecem em função da inviabilidade da universalização da política.

Só é legítima a interferência do Poder Judiciário para definir o “direito-interesse” que deve ser satisfeito em detrimento de outros, quando a escolha não depender de um juízo de conveniência e oportunidade (discricionariedade política), nem de opção técnica fundamentada em ramo de saber do qual os membros do Poder Judiciário tenham que se valer de opinião técnica. Nessa última hipótese, deve prevalecer a opinião de quem atua em nome do Estado, ainda que em outro Poder, normalmente o Executivo.

Se o Poder Judiciário substitui a discricionariedade do administrador pela sua, ou do técnico do Poder Executivo pela do perito, estará extrapolando sua especificação funcional, limite objetivo imposto pelo sistema de freio e de contrapesos. Ainda, estará legislando para o caso concreto, concretizado diretamente a Constituição, o que só se admite quando há previsão constitucional e, a partir dos parâmetros fornecidos

⁴¹⁰ Aduz Ana Paulo de Barcellos: “Preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de micro-justiça – o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macro-justiça.” (*Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais*, In *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*, 2010:115).

⁴¹¹ “Com efeito, o juiz não detém informações completas sobre as múltiplas necessidades que os recursos públicos devem acudir ou mesmo sobre os reflexos não antecipados que uma determinada decisão pode desencadear.” (Ana Paula de Barcellos. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais*, In *Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível*, 2010:115).

pela própria Constituição – regras e não princípios - mesmo que se trate de direitos sociais, veiculados por políticas públicas.

18. Direito à prestações estatais extraídas diretamente da Constituição

A construção teórica dos direitos fundamentais que mais influencia a doutrina brasileira é a elaborada por Robert Alexy. O autor, analisando a Constituição alemã sustenta que apenas “o direito da mãe à proteção e à assistência da comunidade” é formulado expressamente como direito subjetivo, sendo os demais direitos sociais decorrentes da atividade interpretativa a partir de alguns preceitos constitucionais, tais como: dignidade da pessoa humana, cláusula do Estado Social, garantia de proteção ao matrimônio e à família.⁴¹² Isto não impediu que o Tribunal Constitucional Federal, iniciando de forma cautelosa e ambígua,⁴¹³ construísse a tese do direito ao mínimo existencial, adjudicável judicialmente, se dentro da reserva do possível, como direito subjetivo à prestações estatais.

Os direitos sociais são, para Alexy, direitos à prestação em sentido estrito:⁴¹⁴

(...)direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a prestação em sentido estrito.⁴¹⁵

Alexy diferencia os direitos a prestação previstos de forma expressa na Constituição daqueles atribuídos por meio de interpretação. Apresenta três critérios: (i) normas que garantam “direitos subjetivos ou normas que apenas obriguem o Estado de

⁴¹² ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2008:434/435.

⁴¹³ Cita os seguintes casos: direito à assistência social, de 1951, negando direito subjetivo, mas em 1975 reconhecendo o direito a um auxílio social aos cidadãos que em virtude de fragilidades físicas ou psíquica, enfrentam obstáculo ao desenvolvimento pessoal e social. A primeira decisão sobre *numerus clausus*: “garantido constitucionalmente ao cidadão que preencha os pressupostos subjetivos de admissão (...) a ser admitido no curso universitário de sua escolha”, direito, este, submetido “a reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade” e uma pretensão individual (concreta) e justiciável do cidadão a uma ampliação da capacidade das instituições universitárias”. *Ibidem*, 436/439.

⁴¹⁴ Em sentido amplo abrange também direito a proteção, contra intervenção de terceiros; direito a procedimentos. *Ibidem*, 443.

⁴¹⁵ *Ibidem*, 499.

forma objetiva; (ii) normas vinculantes ou não-vinculantes; (iii) normas que fundamentam direitos e deveres definitivos ou *prima facie*, ou seja: regras ou princípios.⁴¹⁶

A tese de Alexy faz uma distinção clara entre direitos objetivamente previstos nos textos constitucionais, com densidade normativa capaz de aplicabilidade, pois, escritos como regras, daqueles previstos em normas principiológicas. Os primeiros são definitivos, gerando direitos subjetivos, adjudicáveis judicialmente, ao passo que os segundos são *prima facie*, cuja exigibilidade dependerá de sopesamento entre princípios.

De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimidade e o princípio da separação dos poderes, além dos princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e interesses coletivos.⁴¹⁷

Conclui Alexy que os direitos à prestações devem ser definitivamente garantidos “se (1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação dos Poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional.”⁴¹⁸ Ou seja, o indivíduo terá direito a uma prestação quando o princípio da liberdade fática tiver um peso maior que os demais princípios colidentes.⁴¹⁹

Acompanhando a posição de Alexy, Christian Starck condiciona a possibilidade de direitos prestacionais originários da Constituição na ocorrência de quatro pressupostos: (i) necessidade de assegurar um direito de liberdade; (ii) determinabilidade do conteúdo da prestação; (iii) garantia dos recursos sem invasão da esfera de competência; (iv) estar o direito pretendido sujeito à clausula de aplicabilidade direta dos

⁴¹⁶ *Ibidem*, 502: Da combinação dos critérios, obtêm-se oito normas de estruturas diversas: (1) normas vinculantes, como direitos subjetivos definitivos; (2) normas vinculantes, como direito subjetivo *prima facie*; (3) normas vinculantes, como direito objetivo definitivo; (4) normas vinculantes, como direito objetivo *prima facie*; (5) normas não-vinculantes, como direito subjetivo definitivo; (6) normas não-vinculantes, como direito subjetivo *prima facie*; (7) normas não-vinculantes, como direito objetivo definitivo; (8) normas não-vinculantes como direito objetivo *prima facie*. Para Alexy a proteção cai de intensidade da primeira à oitava categoria de norma. Alexy exemplifica sua categoria de normas: tipo 1: direito ao mínimo existencial; tipo 2: direito sujeito à reserva do possível; tipo 4: dever de legislar para concretização dos direitos fundamentais; tipo 5: direito à participação do processo de acesso ao ensino universitário.

⁴¹⁷ *Ibidem*, 512.

⁴¹⁸ ALEXY, Robert, *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008:512.

⁴¹⁹ *Ibidem*, 517.

direitos fundamentais, na Lei Fundamental.⁴²⁰ É idêntica a posição de Rüdiger Breuer, que sustenta a possibilidade quando o “indivíduo não se encontra mais em condições de – sem o auxílio do Estado – exercer autonomamente sua liberdade.”⁴²¹

Konrad Hesse tem uma posição mais radical que Alexy, sustentado que “de acordo com a divisão de funções contempladas na Lei Fundamental, a regulação de direitos ou pretensões materiais a prestações e as questões a ela conexas unicamente pode ser tarefa do legislador, não do Poder Judiciário. As pretensões individuais a prestações devem ser suficientemente precisas e pressupõem tipicamente concreção mediante lei, não substituível por sentenças judiciais singulares.”⁴²²

Em Portugal, lapidar é a afirmação de António José Avelãs Nunes:

Não conheço nenhuma sentença de um tribunal português sobre o pedido de um cidadão no sentido de o tribunal condenar o Executivo a adoptar as medidas adequadas à efectivação do direito (individual) à saúde do requerente (fornecimento de medicamentos, recurso a meios de diagnóstico, realização de cirurgia ou outro tipo de tratamento).⁴²³

A posição do Tribunal Constitucional português pela não adjudicação de prestações a partir do texto constitucional, justifica-se pela ausência de determinação exata da prestação e das condições ou pressupostos para fruição individual. Por isso mesmo, matéria reservadas aos legisladores.⁴²⁴

Quanto direito à saúde, o Tribunal Constitucional Português⁴²⁵ se manifestou em duas oportunidades: a) declarando inconstitucional a legislação que revogava a lei que instituiu o Serviço Nacional de Saúde, por entender que a Constituição, ao assegurar um serviço universal, geral e gratuito, concretiza um direito fundamental, não podendo ser extinto por lei ordinária;⁴²⁶ e b) declarou a possibilidade da cobrança de taxas, desde que moderada, pela utilização dos serviços, embora a Constituição assegurasse sua

⁴²⁰ Apud: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2009:342/43.

⁴²¹ *Ibidem*, 343.

⁴²² HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*, 2009:44.

⁴²³ NUNES, António José Avelãs e SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*, 2011:11.

⁴²⁴ NUNES, António José Avelãs e SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*, 2011:21.

⁴²⁵ Jorge Reis Novais criticará a timidez do Tribunal Constitucional Português, que, apesar da consagração constitucional do princípio da sociabilidade e de um rol quase exaustivo de direitos sociais, segue a posição do Tribunal Constitucional Alemão no tocante à judiciabilidade de direitos sociais. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*, 2010:374/77.

⁴²⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. 2006:192.

gratuidade,⁴²⁷ o que foi alterado na revisão constitucional de 1989 para ‘tendencialmente gratuito.’⁴²⁸

Para Jorge Miranda⁴²⁹, os direitos sociais são dependentes de condições institucionais, estruturas administrativas, e financeiras e pertencem, quase todos, à categoria direitos derivados à prestação e, portanto, não há que se falar em concretização direta a partir da Constituição, senão mediante “a criação ou restauração das indispensáveis condições económicas, administrativas e políticas”.

Cristina Queiroz, sustenta que “os direitos fundamentais sociais não garantem posições jurídico-subjectivas, dirigindo-se fundamentalmente ao Estado e aos outros poderes públicos, mas constituem, apesar disso, normas jurídicas vinculantes.”⁴³⁰ Assim, esclarece que a medida e a intensidade da vinculação dependerá do grau de concretude e determinabilidade da norma e das condições fácticas e jurídicas.⁴³¹ De todo modo, “cabe também reconhecer aos direitos fundamentais sociais um conteúdo mínimo, que corresponde à extensão e ao alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais e que não pode ser diminuído.”⁴³²

José Carlos Vieira de Carvalho aduz que os diversos ordenamentos jurídicos definem natureza jurídica diversificadas aos direitos fundamentais sociais. Na Constituição Portuguesa de 1976, eles são “normas impositivas de legislação” não sendo facultado aos titulares poderes de exigir judicialmente seu cumprimento. Destarte, não são direitos subjectivos plenos, condição só alcançada após a mediação legislativa.⁴³³

A Constituição Italiana, em seu artigo 32, garante a saúde como “fundamental direito dos indivíduos e interesse da coletividade” e assegura sua gratuidade aos necessitados. Ao interpretar referido dispositivo constitucional, a Corte Constitucional tem entendido a saúde como “direito primário e absoluto”, considerando-o “direito

⁴²⁷ *Ibidem*, 193.

⁴²⁸ NUNES, António José Avelãs e SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*, 2011:17/18.

⁴²⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, tomo IV, 2000:392/00.

⁴³⁰ QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*, 2006:18.

⁴³¹ *Ibidem*, 92. No mesmo sentido: NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, 2004:293 e ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2009:177.

⁴³² QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais*, 2006:81.

⁴³³ “...são encarados como princípios políticos, como normas programáticas, como preceitos indicadores de fins do Estado, como princípios jurídicos, como normas organizatórias, como garantias institucionais ou, mais raramente, como direitos subjectivos públicos. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2009:361.

subjetivo tutelado diretamente pela Constituição.”⁴³⁴ Porém, em 2001, reconheceu, quanto aos tratamentos de saúde, a necessidade de balanceamento com outros interesses protegidos constitucionalmente, “salvo o núcleo irreduzível do direito à saúde protegido como âmbito inviolável da dignidade humana”, sendo este extensivo aos estrangeiros, ainda que irregulares.⁴³⁵ A corte tem reconhecido para os hipossuficientes verdadeiro direito subjetivo.⁴³⁶ Ao limitar a assistência à saúde aos necessitados e aos carentes, a Itália⁴³⁷ aproxima-se, por outro critério, ao mínimo garantido na Alemanha e em Portugal. É este mínimo que a doutrina e a jurisprudência desses países admitem a exigibilidade diretamente da Constituição. Nada mais.

Na Espanha, dada a ausência de rol de direitos fundamentais sociais em sua Constituição, somente em 2007 o Tribunal Constitucional, julgando a validade de um direito à água, proclamado no Estatuto de Valência, para os habitantes da Comunidade Autônoma, não o considerou contrário à Constituição. É verdade que referida sentença do Tribunal Constitucional dispensa aos direitos sociais o mais clássico dos tratamentos que poderia esperar: destaca seu caráter de meros mandatos ao legislador que não geram verdadeiros direitos subjetivos exigíveis ante aos tribunais pelos cidadãos.⁴³⁸

Na África do Sul, a adjudicação judicial tem previsão constitucional. Os serviços de saúde são definidos como direito de todos. Por sua vez, o Estado tem o dever de “tomar medidas legislativas razoáveis”, observando-se a reserva do possível, adotando o

⁴³⁴ “In specifico si tratta dell’art. 32 il quale stabilisce Che “la Repubblica tutela La salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della coletività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.”...

“La Corte Ccostituzionale, attraverso uma giurisprudenza oggi assolutamente consolidata, há piú volte affermato como il diditto alla salute debba essere ritenuto come “diritto primario e assoluto... da ricomprendere tra le situazioni soggettive direttamente tutelate della Costituzione” e riconducibile, como tale, alla categoria di diritto inviolabili dell’uomo prevista dall’art. 2 Const.” ROMBOLI, Roberto e LARNÉ, Maria Pia. *Il diritto alla salute nell’ordinamento Costituzionale Italiano*. In *A eficácia dos direitos sociais*, 2010:214/214.

⁴³⁵ ROMBOLI, Roberto e LARNÉ, Maria Pia. *Il diritto alla salute nell’ordinamento Costituzionale Italiano*. In *A eficácia dos direitos sociais*, 2010:217: “salvo il nucleo irriducibile del diritto alla salute protetto como âmbito inviolabile della dignità umana.”

⁴³⁶ CARETTI, Paolo. *I diritti sociali nella Costituzione Italiana e gli strumenti di garanzia*. In *A eficácia dos direitos sociais*, 2010:59.

⁴³⁷ CICONETTI, Stefano Maria. *Os Direitos Sociais na Jurisprudência Constitucional Italiana*. In *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, 2010:764.

⁴³⁸ SANCHEZ, Miguel Revenga. *Los derechos sociales (instrumentos de garantía em La Constitución Española)* In *A eficácia dos direitos sociais*, 2010:51: “Lo cierto es que los “nuevos”Estatutos vienen haciendo, y El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 247/2007, en el que sometió a enjuiciamiento la validez de un “derecho al agua” proclamado en el Estatuto de Valencia para los habitantes de la Comunidad Autónoma, no lo há considerado contrario a la Constitución. Es verdad que dicha Sentencia del Tribunal Constitucional dispensa a los derechos sociales el más clasico de los tratamientos que cabría esperar: remarca su carácter de meros mandatos al legislador que no generan verdaderos derechos subjetivos exigibles ante los tribunales por los ciudadanos.”

princípio da implementação progressiva, mas antecipando o tratamento médico de emergência como direito subjetivo, adjudicável judicialmente.⁴³⁹

Quando a Corte Constitucional sulafricana teve oportunidade de julgar o primeiro caso de pedido de tratamento médico para prolongar a vida de paciente terminal, não o entendeu como “tratamento médico emergencial” e que as justificativas apresentadas pela administração para o não atendimento - outras demandas e custo - eram razoáveis e mesmo sendo uma escolha difícil deveriam ser tomadas no “plano político ao fixar o orçamento da saúde e, no plano funcional, ao decidir sobre as prioridades a serem tomadas.”⁴⁴⁰ Mas, em 2002, rejeitou as razões alegadas pelo governo, por entendê-las não razoáveis, e determinou o atendimento do grupo de mães portadoras do vírus do HIV.⁴⁴¹ A corte debruça sobre as razões políticas para, a partir da análise factual, controlar os critérios de especificação dos direitos sociais.

Na Colômbia, a Constituição de 1991 fixou a universalização do atendimento à saúde como meta definida pela Lei nº 100 de 1993 para ser alcançada em 2000. No entanto, em 2001 essa cobertura alcançava algo em torno de 53% à 57% da população.⁴⁴² Como direito público subjetivamente exigível, a Corte Constitucional reconheceu para atendimento à criança, por expressa previsão constitucional, para grupos específicos de população, tais como: incapazes e da terceira idade, mulheres grávidas, minorias étnicas, pessoas que vivem com HIV/Aids, internos do sistema prisional e “quando se trata de proteger o núcleo essencial do direito à saúde, ‘mínimo material necessário para garantir as condições de uma subsistência de acordo com a dignidade humana’.”⁴⁴³

Como visto, nos países analisados, ora se adota a impossibilidade de exigência de prestação extraídas diretamente da Constituição, ora se adota, minimamente, apenas para garantia do mínimo existencial, vinculado à dignidade da pessoa humana e, ainda, em alguns casos com requisitos estabelecidos.

⁴³⁹ CHRISTIANSEN, Eric. C., *Decidindo sobre direitos não-justicializáveis: direitos socio-econômicos e a Corte Constitucional Sul-Africana*. In: *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie*, 2010:658/659.

⁴⁴⁰ *Ibidem*, 674/677.

⁴⁴¹ *Ibidem*, 681/682.

⁴⁴² ARANGO, Rodolfo. *O Direito à Saúde na Jurisprudência Constitucional Colombiana. Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, 2010:721.

⁴⁴³ *Ibidem*, 723/725.

No entanto, o que se observa em parte da doutrina brasileira e na jurisprudência⁴⁴⁴ é a prevalência da tese da aplicação direta da Constituição sem a intermediação legislativa ou afastando-a, quando existente, mesmo sem a realização do controle de constitucionalidade. É louvada a determinação da entrega direta de prestações de ações e serviços de saúde, numa dimensão individual, na maioria das vezes, a pretexto de efetivação da Constituição, não se admitindo qualquer restrição ou corte.

O fundamento de tais teses é a existência de verdadeiros direitos subjetivos individuais, a partir das normas constitucionais, ainda que principiológicas, definidoras de diretrizes a serem observadas na formulação de políticas públicas.

19. A Política pública de saúde e os direitos subjetivos

O termo *direito subjetivo*, com conotação individualista, foi criado no início do século XIX. Para Savigny e para Windscheid, o direito subjetivo é *willensmacht*, ou potência de agir concedida ao indivíduo. Para Ihering, tratar-se-ia de um interesse juridicamente protegido. Sempre *subjetivo*, ligado a algum sujeito, a alguma pessoa individual, por extensão, pessoa moral, ou os beneficiando, é o que nos ensina Michel Villey.⁴⁴⁵

Duas ideias se fundem para a definição de *direito subjetivo*: direito e poder ou faculdade do sujeito.⁴⁴⁶ O titular passa a ter como seu algo que, antes, só existia objetivamente na norma, e, como seu, passa a ter a faculdade de exigir do devedor.⁴⁴⁷

444

BRASIL, *Supremo Tribunal Federal*, Agravo Regimental em Recurso Extraordinário, Ministro Celso Mello: Despacho: “O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve zelar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. 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. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente. 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 constitucional inconsequente, 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..” 12 de dezembro de 2006.

445

VILLEY, Michel. *O Direito e os direitos humanos*, 2007:69.

446

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, 2005:253.

447

DUARTE, Clarice Seixas. *Direito público subjetivo e políticas educacionais*, 2006:267.

Na visão clássica, desde Aristóteles até São Tomás de Aquino, sustenta Michel Villey, o trabalho do jurista é identificar a justa relação objetiva entre os patrimônios de pessoas, entre as relações negociais, entre credor e devedor. O objeto da justiça é atribuir a cada um o seu direito.⁴⁴⁸ Visa, essencialmente, o mundo das coisas, de bens exteriores, em cuja partilha se manifesta uma relação jurídica entre as pessoas. “A ciência do direito mira as coisas, e é nesse sentido que a autêntica linguagem jurídica é essencialmente objetiva.”⁴⁴⁹ Ao contrário, a linguagem do individualismo está centrada na pessoa que possui poderes, a *priori* ilimitados, só encontrando fronteiras nos poderes de outrem. Eis o contraste entre duas linguagens: uma objetiva, herdada da jurisprudência romana⁴⁵⁰, e outra subjetiva, do nominalismo⁴⁵¹ e do estoicismo⁴⁵².

Para Michel Villey, o surgimento do sentido moderno de direito subjetivo remonta à querela entre o Papa João XXII e os Franciscanos, sobre a regulação jurídica envolvendo os bens que utilizavam, mas cujo domínio pertencia à Igreja. Para a doutrina oficial, os Franciscanos exerciam direitos sobre as coisas que consumiam. Guilherme de Ockham a refutará, sustentando que “não se pode negar que Cristo e os franciscanos tenham tido o direito, a permissão de comer, beber ou fazer uso de suas habitações”, mas que se trata do *jus fori* “como a *potestas* que nasce, diz ele, ex pactone, que procede da convenção e da lei positiva humana” cuja essência, destaca, consiste em “recorrer à sanção criada pelo Estado (...) É a essa espécie de jura que os franciscanos, dizíamos, têm a licença de renunciar.”⁴⁵³

⁴⁴⁸ “Então, o direito em geral, significa o justo (*to díkaion*) – o *id quod justum est*, definem os juristas romanos – a *res justa*, diz São Tomás, a boa relação entre as coisas e os cidadãos numa pólis bem constituída que não se desviou da natureza.” Mais precisamente, em sentido estrito, o direito é a justa partilha dos bens efetuada numa polis entre os cidadãos.” VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, 2005:690.

⁴⁴⁹ *Ibidem*, 255.

⁴⁵⁰ “Que eu saiba, nem a ideia de “propriedade à romana”, nem, de modo geral, a ideia do “direito subjetivo” tinham curso na Roma Clássica, e não identifico nenhum termo que fosse, então capaz, de exprimi-los adequadamente.” “em Roma, o que chamam “jus” não é o poder do credor, o direito de crédito, mas a própria obrigação, o “vinculum júris”, a relação que liga objetivamente o credor e o devedor.” *Ibidem*, 257 e 258 e FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 2003:145.

⁴⁵¹ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, 2005:255.

⁴⁵² “O estoicismo originário não é uma doutrina do direito: visava, mais que a definir os direitos de cada um, a indicar seus deveres. Em todos os casos, trata-se de deveres do indivíduo. Mais que a natureza da polis, a filosofia estóica perscruta a ‘natureza do homem’. Embora o dever seja obedecer à natureza universal, viver ‘segundo a natureza’, cada um também deve obedecer à natureza do homem. Ora, a natureza confere ao homem a seguinte condição, estatuto próprio, jus (que, na verdade, mais que uma prerrogativa, é um dever e uma lei moral): deve defender a si mesmo, procriar, educar os filhos, ou ainda, acrescenta Cícero, já que ele é um ser racional, tornar-se sociável e altruísta.” VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, 2005:691/92.

⁴⁵³ VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, 2005:276;76 e 86.

Outro pensador que contribuiu decisivamente para a formação da concepção moderna de *direito subjetivo* é Hobbes, que utilizou, para a construção de sua doutrina, o método resolutivo-compositivo, que consiste na “dissecação dos corpos, e depois por sua recomposição, pela análise seguida da síntese.”⁴⁵⁴ Em vez de observar o conjunto, à moda aristotélica, observou os indivíduos, o homem livre em seu *estado de natureza*, passou a ser o ponto de partida de sua teoria. Resulta que Hobbes “infeere o direito do sujeito; no seu sistema, o direito não é mais uma coisa distribuída ao sujeito, mas seu atributo essencial, uma qualidade do sujeito”⁴⁵⁵. Trata-se, de um poder, vantagens, benefícios, o que é a causa de sua preservação enquanto indivíduo. Como o homem em natureza não tem limites, exerce plenamente sua liberdade, o direito subjetivo “deve ser em princípio infinito no estado de natureza.”⁴⁵⁶

Define Villey a contribuição hobbesiana para a concepção moderna de direitos subjetivos: “O sistema jurídico de Hobbes é uma ciência dos direitos subjetivos, direitos dos soberanos e dos súditos, e do que decorre esses direitos: os pactos, o Estado e a lei que incide sobre os direitos, remodelando-os e lhe confere a força e a segurança ligadas ao estatuto dos direitos civis no corpo político.”⁴⁵⁷

Mas, adverte, “Hobbes pensa sobretudo no direito privado.”⁴⁵⁸ A adoção de seu sistema para tratar de questões coletivas, de justiça social, é uma aberração.

*Não conheço pior aberração que abordar as questões de justiça social a partir do ponto de vista do pretense “sujeito de direito”. Assim comportam-se advogados, pelo interesse de uma das partes, e que ora têm na boca apenas os “direitos” do acusado, ora das vítimas. Essa não é a ótica da ciência do direito, sendo a primeira máxima do jurista escutar um e o outro: *Auditur et altera pars*.⁴⁵⁹*

Não é possível tratar a realização de justiça social, justiça distributiva, políticas públicas, na ótica da justiça individual. “Ainda é uma mensuração, até na equidade. A justiça do direito só se manifesta se usa regras gerais válidas para a ‘maioria dos casos’ (epì to polý) com o risco de convir imperfeitamente a certos casos excepcionais.”⁴⁶⁰

⁴⁵⁴ *Ibidem*, 696.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, 699.

⁴⁵⁶ *Ibidem*, 701.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, 717.

⁴⁵⁸ *Ibidem*, 710.

⁴⁵⁹ VILLEY, Michel. *O Direito e os direitos humanos*, 2007:99.

⁴⁶⁰ VILLEY, Michel. *O Direito e os direitos humanos*, 2007:101.

Em face da previsão constitucional de “direitos” que se concretizam por políticas públicas, indispensável se faz construir uma teoria adequada à tarefa de especificar, individualmente, direitos previstos de forma indivisa, cuja titularidade se estende a todos, inclusive os que não tem acesso ao Judiciário para reivindicar.⁴⁶¹ Isto porque, na feliz conclusão de José Reinaldo de Lima Lopes: “direitos sociais e a respectiva legislação não são instrumentos de preservação de interesses existentes ou direitos adquiridos. São antes de ‘criação’ de direitos que se opõem aos direitos já existentes.”⁴⁶² Toda e qualquer pretensão de prestação individual deve estar fundamentada na política pública e esta constitui a base de intervenção judicial para adequá-la à Constituição ou para controlar o fornecimento individual.⁴⁶³

20. A outorga judicial de prestações de saúde pública

Outro fundamento citado para sustentar a possibilidade da outorga direta pelo Poder Judiciário de prestações aos cidadãos, à revelia da distribuição feita pelo Poder Executivo no comando das políticas públicas, é o argumento de que não se pode furtar o acesso à justiça. Há, evidentemente, uma identidade entre execução de uma política pública e justiça.

A identidade entre Direito e Justiça devemos a Aristóteles. “Tanto na Grécia como para os romanos, a idéia do direito é solidária da de justiça”, mas não a justiça como “ideal, produto do espírito, ser imaginário, sonho de liberdade total e de igualdade”. “Para Aristóteles, a justiça será realidade, um setor da realidade”, nos relata Michel Villey.⁴⁶⁴

A Justiça solidária do direito é a justiça particular. O homem é justo à medida em que *não pega mais do que sua parte* dos bens partilhados num grupo social. Se o direito se baseia na justiça geral – ideal – se torna um direito “informe, incompleto, indeterminável.”⁴⁶⁵ A justiça particular tem como finalidade que ninguém tome mais ou receba menos que sua parte dos bens exteriores partilhados num grupo. Ora, esse objetivo não pode ser atingindo sem que de início, seja *mensurada*, determinada a proporção entre os bens ou obrigações de uns e outros. Pode-se dizer que se trata do objeto da justiça *particular*, que lida-se com algo *finito*, que cumpre nomear “Direito”, resume Michel

⁴⁶¹ DUARTE, Clarice Seixas. *Direito público subjetivo e políticas educacionais*, 2006:271.

⁴⁶² LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais: teoria e prática*, 2006:233.

⁴⁶³ DAURTE, Clarice Seixas. *Direito público subjetivo e políticas educacionais*, 2006:273.

⁴⁶⁴ VILLEY, Michel. *O Direito e os direitos humanos*, 2007:35/36.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, 39/40.

Villey.⁴⁶⁶ Eis a função do juiz, *dikastés*, o terceiro desinteressado que dirá o “justo” no conflito entre interessados num mesmo objeto.

O direito, em Aristóteles, *díkaion*, possui três atributos: (i) um objeto, justa partilha dos bens e ônus num grupo;⁴⁶⁷ (ii) uma proporção, uma *análogon*, uma espécie de igualdade (*tò íson*);⁴⁶⁸ e (iii) um meio entre dois extremos, *mésos*, o método a ser utilizado.⁴⁶⁹

É na distribuição proporcional dos bens e ônus de um grupo que o juiz encontrará sua função. Não a de distribuidor, mas a de verificador da justiça na distribuição. “Segundo o texto de Aristóteles, o ofício do juiz é verificar a justiça nas divisões previamente operadas – não sabemos bem por quem, mas não pelo próprio juiz. E que elas não poderão ser igualitárias,” mas, numa “proporção entre a quantidade das coisas distribuídas e as qualidades diversas das pessoas.”⁴⁷⁰

Diante de algo comum, política pública, ainda não mensurada, especificada em leis e atos administrativos pode o juiz assumir o papel de distribuidor, de elaborador das regras da partilha?

Konrad Hesse responderá negativamente, por entender que na divisão das funções elaborada, pela Lei Fundamental da Alemanha, cabe exclusivamente ao legislador a regulação das prestações materiais. A falta de precisão do texto constitucional demanda concreção mediante lei “não substituível por sentenças judiciais individuais.”⁴⁷¹ Ademais, reduziria o campo de atuação do parlamento numa sociedade que tem por fundamento uma ordem democrática aberta. A adjudicação pressupõe a elaboração legislativa do programa de direitos sociais, não podendo, em princípio, serem considerados

⁴⁶⁶ *Ibidem*, 42.

⁴⁶⁷ “A análise de Aristóteles salva-nos dessa confusão: o ofício de jurista não consiste, como o do moralista, em tornar o homem justo (*díkaios*). Ser um homem justo ou uma mulher justa é efetuar atos justos (não tomar, de fato, mas do que sua parte); ademais, ninguém é justo sem espírito de justiça; a virtude de justiça não existe sem disposições interiores. O *Díkaion* é a partilha (a relação justa, a parte) que compete ao jurista determinar. E Ele não tem de cuidar da moralidade subjetiva; nem seque, em princípio e diretamente, das condutas dos indivíduos.” *Ibidem*, 46.

⁴⁶⁸ “Mas as matemáticas na Grécia não têm a *secura* das nossas; sempre eram coisas de beleza. A palavra *íson* é mais bem traduzida do latim *aequum*, *aequitas*, medida adequada, justa proporção.” *Ibidem*, 47.

⁴⁶⁹ “Nada mais natural, então, que a arte jurídica use um método dialético, que procede por conforto de exemplos e de opiniões contraditórias, porque cada opinião reflete algum aspecto da realidade. Impõe-se em todo processo primeiro ouvir os pleitos dos dois adversários e então confrontar as teses opostas dos jurisconsultos, uma das quais quer que seja atribuído demais e a outra não o bastante. Para Aristóteles, que incrementa sua demonstração de figuras geométricas a fim de atingir o meio certo, cumpre ao jurista acrescentar aqui e cortar ali. Partindo dos extremos, procurar o meio. Será a partir e através dos desvios em sentidos diversos uns dos outros que encontrará a via reta.” *Ibidem*, 51.

⁴⁷⁰ *Ibidem*, 48.

⁴⁷¹ HESSE, Konrad, *Temas fundamentais do direito constitucional*, 2009:44/45.

direitos subjetivos individuais, no sentido de serem adjudicáveis judicialmente. Destaca Hesse que “a cláusula de Estado Social de Direito, fundamenta a obrigação dos órgãos estatais de buscar uma ordem social justa; no entanto, confia os objetivos concretos e sua prática à decisão que se adote no processo democrático.”⁴⁷²

Entre nós, José Reinaldo de Lima Lopes aponta o Poder Judiciário como o canal privilegiado para visibilidade de conflitos e demandas, bem como, para a criação de impasses que podem levar à resolução de tais conflitos. Não podem, todavia, ser tratados como problemas individuais, mas coletivos, quando não plurilaterais, tendo por eixo central “a alocação ou apropriação individual de recursos comuns.”⁴⁷³ Sua grande preocupação, no entanto, é o Judiciário⁴⁷⁴ se tornar refratário das demandas trazidas por partes privilegiadas, por ter acesso a Justiça, deixando fora um imenso contingente.⁴⁷⁵ A aparência de direitos individuais, subjetivos, esconde a essência de direito coletivo: política pública: “demandas de caráter distributivo (objeto de reivindicação de partilha e não de troca) sobre bens coletivos (ou indivisíveis) já existentes ou que deveriam ser criados.”⁴⁷⁶

Mas, é na inadequação do processo judicial para a partilha ou distribuição de direitos sociais, que José Reinaldo de Lima Lopes identifica o maior obstáculo ao desempenho de tal tarefa pelo Poder Judiciário.⁴⁷⁷ Primeiro, porque não se tratar de proteger, respeitar, mas promover, o que implica em criação de prestações, especificação de fatias para uns – os postulantes – contra os demais, não partícipes do processo, mas igualmente destinatários da política. Segundo, há que se analisar, além do

⁴⁷² *Ibidem*, 50.

⁴⁷³ LOPES, José Reinaldo de Lima, *Direitos sociais: teoria e prática*, 2006:120/122.

⁴⁷⁴ Aponta os seguintes limites: “1.os limites da coisa julgada; 2.a legitimação política para decidir; 3. o processo do contraditório bilateral; 4. a inércia institucional; 5. o precedente, a tradição e a cultura jurídica; 6. o aparelhamento insuficiente.” *Ibidem*, 134.

⁴⁷⁵ *Ibidem*, 129.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, 224.

⁴⁷⁷ O Autor aponta as objeções de Gerald Rosenberg: “(1) os Juízes aceitam, na sua maioria e nos seus órgãos mais representativos, as opiniões comuns da sociedade (as opiniões *mainstream*) e, acrescento eu, do pensamento jurídico profissional de seu tempo; (2) os conflitos sociais que lhe chegam pedem, no entanto, soluções de reforma social, não de garantia do *status quo*; (3) aos tribunais faltam os meios institucionais (como um corpo técnico) para executar e monitorar decisões que impliquem (exijam) programas de ação continuada (políticas públicas); (4) como tribunais não podem agir de ofício, ou seja, não atuam senão por provocação (*ne procedat iudex sine auctorem*) os programas de reforma não apenas podem ser executados por eles, como dito no item anterior como também não podem ser iniciados por eles; isto faz com que os tribunais ajam conforme interesses episódicos e descoordenados – sua agenda não é ditada por eles e não tem, portanto, unidade; (5) finalmente, o argumento bastante comum e importante: os tribunais não têm poderes institucionais para alocar livremente recursos orçamentários, e em caso, de necessidade, não têm o poder de criar novas formas de financiamento público, constringendo sua atuação em programas de reformas propriamente ditos” *Ibidem*:238.

binômio direito-dever/legal-ilegal, o que é melhor para o presente e para o futuro. Não se decide entre duas alternativas, postas pelas partes do processo, mas muitas, número aberto de possibilidades. As disputas distributivas exigem negociação, mediação. No caso de direitos sociais, há necessidade de serem criadas as estruturas administrativas e financeiras para sua concretização.⁴⁷⁸

Em síntese, a objeção à participação do Poder Judiciário na entrega de prestações positivas parte de pressupostos que precisam ser considerados, quais sejam: (i) a vinculação ao juiz ao pedido da parte; (ii) a ausência de competência funcional, para definir o conteúdo das políticas e a alocação dos recursos; (iii) a ausência de legitimidade democrática, nos termos já expostos; e (iv) a inadequação do processo civil.

O Poder Judiciário “tende a encarar o problema numa chave privatista, enxergando um conflito atomizado entre contratantes - o Estado e o cidadão individual – onde há, na verdade, um conflito ou um problema estrutural, social, envolvendo sujeitos mais amplos que o cidadão singular, um problema de saúde pública, no qual deve prevalecer o interesse público, e não um vínculo contratual de direito privado.”⁴⁷⁹

No plano individual, como direito subjetivo, o Supremo Tribunal Federal⁴⁸⁰ consolidou o entendimento de que o direito à saúde, integra o direito à vida com dignidade. Ante sua fundamentalidade, não cabe ao Estado recusar o atendimento, com prestações positivas, entrega de medicamentos e assistência hospitalar, alegando eventual exclusão do mínimo existencial, nem sujeição à reserva do possível, pois, tais teses só são sustentáveis quanto em jogo direitos outros que não os declarados fundamentais pela Constituição.

Se a atual posição do Supremo Tribunal oferece diretriz para a outorga de prestações individuais, não serve, todavia, para a análise das políticas públicas, a partir dos parâmetros constitucionais, ou, mais precisamente, para o controle de constitucionalidade dos aspectos normativos da política pública. Admitir, no plano individual, que, em caráter extraordinário, quando a vida e a dignidade da pessoa humana estejam em risco, possa o Poder Judiciário interferir nas políticas públicas não é suficiente para efetivação universalizante dos direitos.

⁴⁷⁸ *Ibidem*, 229/237.

⁴⁷⁹ SÓLON, Ari Marcelo. *Ética, Cidadania e Direito à Saúde*. In *As Ações Judiciais no SUS e a Promoção do Direito à Saúde*, 2009:22.

⁴⁸⁰ Consolidam o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria os Agravos Regimentais 175 e 2944 nos quais foram julgados pedidos suspensão de segurança. Disponíveis em WWW.stf.jus.br, acessado em 17.05.2011.

Deve-se propugnar pela atuação do Poder Judiciário como controlador da política pública desenhada pelos poderes políticos, a partir dos parâmetros fornecidos na Constituição, como forma de acelerar sua efetivação quando dependentes de políticas públicas.

20. Restrições à interferência do Poder Judiciário na definição do conteúdo das políticas públicas: mínimo existencial, razoabilidade e reserva do possível.

Os conteúdos aos direitos sociais consagrados em textos de documentos internacionais e nas Constituições são definidos à partir do programa e do âmbito normativo. São efetivados, em regra, nos termos das políticas públicas desenvolvidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, sujeitos ao controle do Poder Judiciário.

Há autores que sustentam a absolutização⁴⁸¹ dos direitos sociais, posto que fundamentais e realizadores da dignidade da pessoa humana.⁴⁸² Para eles, não há obstáculos à efetivação no plano individual, propugnando pela total e irrestrita adjudicação judicial⁴⁸³, na ausência de providências dos poderes políticos. Outros sustentam a relativização de tais direitos, adotando-se teses para justificar a restrição de interferência do Poder Judiciário. As mais citadas são: o mínimo existencial, a razoabilidade, a progressividade e a reserva do possível. Por elas, busca-se estabelecer limites para a adjudicação de direitos sociais pelo Poder Judiciário, já que reconhecem a primazia dos Poderes Políticos.

Parece inequívoco que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais se caracteriza: (1) pela gradualidade da realização; (2) pela dependência financeira relativamente ao

⁴⁸¹ Na feliz síntese de J.J. Gomes Canotilho: “Em termos simples, o círculo pode descrever-se assim: (i) as normas consagradoras dos direitos sociais, econômicos e culturais consagram o direito à saúde, à segurança social, ao ensino; (ii) logo, todos temos direitos por via da constituição a todas as prestações da saúde, da segurança social e do ensino; e (iii) então, a política do direito constitucionalmente conforme no campo no campo desses direitos é a que consagra a gratuidade de todas as prestações reclamadas pela necessidade de realização desses direitos.” *Direitos fundamentais sociais*, 2010:25/26.

⁴⁸² Neste sentido José Carlos Francisco: “o acesso à saúde abrange tratamento médico e hospitalar (tanto a cirurgia como o remédio, inclusive a reabilitação), odontológico, oftalmológico, e psicológico, dentre outros, devem ser os mais eficazes e sem impor sacrifícios desproporcionais ou dolorosos ao doente. *Dignidade humana, custos estatais e acesso à saúde*. In: *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e Direitos sociais em espécie*, 2010:864.

⁴⁸³ “Conclui-se, pois, que a interferência do Poder Judiciário no orçamento público não somente é permitida, como igualmente obrigatória, nas hipóteses de violação dos direitos fundamentais sociais. Tal interferência, contudo, não poderá representar a crise econômica-financeira do Estado, mas tão somente a formação vinculada dos elementos programáticos do orçamento, a fim de que os objetivos estatais sejam efetivamente atingidos no tempo”. CANELA JUNIOR, Oswaldo, *Controle judicial das políticas públicas*, 2011:111.

orçamento do Estado; (3) pela tendencial liberdade de conformação do legislador quanto às políticas de realização destes direitos; (4) pela insusceptibilidade de controlo jurisdicional dos programas político-legislativos a não ser quando se manifestem em clara contradição com as normas constitucionais ou transportem dimensões manifestamente desrazoáveis.⁴⁸⁴

Em torno da ideia de *mínimo existencial* está o entendimento de que há uma condição de dignidade humana que deve ser assegurada a todo homem. Em função dela, o Estado está vedado de interferir nas condições à disposição do indivíduo para sua realização, vedação da tributação, bem como, àqueles que se encontrem sem condições de alcançá-la, obrigado a entregar prestações positivas para promover a elevação do homem, individualmente considerado, a este patamar mínimo de vida com dignidade.⁴⁸⁵ Ou como definiu a Corte Constitucional da Alemanha, o “que é necessário à existência digna”⁴⁸⁶:

A Corte Constitucional Federal Alemã e a Corte Administrativa Federal fornecem exemplos da estratégia do ‘conteúdo mínimo’, o qual deriva dos princípios do Estado do bem-estar (ou social) e do conceito de dignidade humana. Na Alemanha, as Cortes decidiram que esses princípios constitucionais se traduzem em obrigações positivas do Estado de providenciar o ‘mínimo existencial’, correspondendo o acesso à alimentação, moradia e assistência social às pessoas necessitadas.⁴⁸⁷

Ricardo Lobo Torres assim fundamenta a existência de um direito ao mínimo existencial:

É objetivamente mínimo por coincidir com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e por ser garantido a todos os homens, independentemente de suas condições de riqueza; isso acontece, por exemplo, com os direitos de eficácia negativa e com os direitos positivos como ensino fundamental, os serviços de pronto-socorro, as campanhas de vacinação pública, etc. Subjetivamente, em seu *status positivus libertatis*, é mínimo por tocar parcialmente a quem esteja abaixo da linha da pobreza.⁴⁸⁸

⁴⁸⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*, 2004:108.

⁴⁸⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*, 2009:35.

⁴⁸⁶ *Apud*: TORRES, Ricardo Lobo. *Ibidem*, 36 e KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*, 2002:61.

⁴⁸⁷ COURTIS, Christian. *Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração*. In: *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, 2010:504. Cita ainda, no mesmo sentido, decisões da: Corte Federal Suíça, Suprema Corte Argentina.

⁴⁸⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*, 2009:36.

Para a definição dos serviços e ações de saúde que podem compor esse mínimo existencial, Ana Paula de Barcellos aponta dois parâmetros: (a) preferência pela prestação capaz de atender ao maior número de indivíduos, universalização e economicidade; (b) prestações de que todos os indivíduos necessitam ou vão necessitar. Cita como exemplo: “atendimento neonatal, saneamento básico, atendimento preventivo em clínicas gerais e especializadas, tais como: cardiologia, ginecologia e o acompanhamento e controle de doenças da terceira idade, como a hipertensão, o diabetes, entre outras.”⁴⁸⁹ Tais diretrizes, podem-se depreender da leitura, servem de parâmetros para o mínimo existencial em termos de política pública de saúde.

Já no tocante ao *mínimo existencial* que pode compor o que individualmente se deva exigir do Estado, Ana Paulo de Barcellos sugere:

as condições mínimas obrigatórias para os planos de saúde, conforme instituído pela Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. (...) O plano que trata apenas do atendimento ambulatorial (art. 12, I, da Lei nº 9.656/98) o mais limitado de todos, note-se – terá que oferecer, obrigatoriamente, nos termos da lei: (i) consultas médicas, em número ilimitado, em clínicas básicas e especializadas; (ii) serviços de apoio diagnóstico; e (iii) tratamento e demais procedimentos ambulatoriais. Estas prestações, sem exclusão de outras, são certamente espécies do gênero medicina preventiva, de modo que deverão ser oferecidas obrigatoriamente pelo Estado.⁴⁹⁰

Igualmente, Ricardo Lobo Torres sustenta que a jusfundamentalidade dos direitos sociais, pressuposto para sua adjudicação judicial, se limita ao *mínimo existencial*. Portanto, sua definição serve para identificar o que, quanto, pode ser objeto de entrega de prestações individuais pelo Poder Judiciário⁴⁹¹:

A saída para a afirmação dos direitos sociais tem sido, nas últimas décadas: a) a redução de sua jusfundamentalidade ao mínimo existencial, que representa a quantidade mínima de direitos sociais abaixo da qual o homem não tem condições para sobreviver com dignidade; b) a otimização da parte que sobreexcede os mínimos sociais na via das políticas públicas, do orçamento e do exercício da cidadania.⁴⁹²

⁴⁸⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletivas e abstratas*. In *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, 2010:810.

⁴⁹⁰ *Ibidem*, 810/811.

⁴⁹¹ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*, 2009:41. No mesmo sentido WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas – “mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis.”* 2010:219.

⁴⁹² TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*, 2009:53.

Há efetivamente mandamento constitucional para a priorização de serviços e ações sanitárias de saneamento básico (art. 23, IX, 198, II e 200, IV), materno infantil (art. 227, § 1º, I), medicina preventiva (art. 198, II) e prevenção epidemiológica (art. 200, II) podendo esse rol ser aceito não como o *mínimo existencial*, como sugere Ana Paula de Barcellos,⁴⁹³ como aquilo que seja *razoável* exigir do Estado. As prestações individuais que compõem o mínimo existencial, objeto de adjudicação judicial, devem ser encontradas na Constituição positivadas como regras e não a partir de eventual “núcleo duro” ou ‘núcleo central’ dos direitos a serem identificados pelo Juiz⁴⁹⁴ no caso concreto sem qualquer parâmetro objetivo:

Muito embora seja aceito que a maioria das normas constitucionais e de direito humanos não é absoluta e está sujeita a testes de limitação, ponderação e regulação, os juízes desenvolveram testes de escrutínio do exercício dos poderes legislativo e administrativo. Alguns dos testes e parâmetros típicos que foram desenvolvidos e que são aplicados incluem aqueles que perguntam se os poderes foram exercidos de forma ‘razoável’, ‘adequada’ ou ‘proporcional’.⁴⁹⁵

As Cortes Constitucionais analisam a razoabilidade, adequação ou proporcionalidade das decisões administrativas e decidem. Christian Courtis nos fornece alguns exemplos: a) a decisão *Grootboom*, da Corte Constitucional da África do Sul, que obrigou o Estado a colocar em ação um plano de amparo às pessoas desabrigadas antes da execução de mandados de reintegração de posse; b) o caso da disseminação do vírus HIV entre mães e recém-nascido, obrigado o Estado a disponibilizar remédios e planos de prevenção, também tomada pela Corte Constitucional da África do Sul; c) a Suprema Corte da Argentina que declarou inconstitucional um regulamento do Ministério da Saúde que permitia a exclusão da cobertura de seguro-saúde tratamentos relacionados à esclerose múltipla.⁴⁹⁶ Assim, a razoabilidade exerce dupla função: proibição de excesso na reivindicação ao Poder Público e de insuficiência da oferta feita pelo Estado.⁴⁹⁷

⁴⁹³ BARCELLOS, Ana Paula de. *O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletivas e abstratas*. In: *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, 2010:810/811.

⁴⁹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O controle jurisdicional de políticas públicas*, 2010:133.

⁴⁹⁵ COURTIS, Christian. *Crítérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração*. In: *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, 2010:506.

⁴⁹⁶ COURTIS, Christian. *Crítérios de Justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: uma Breve Exploração*. In: *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, 2010:507/509.

⁴⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 2009:395.

Ainda em termos do que seja razoável exigir do Estado, José Carlos Francisco sustenta que as ações e os serviços disponíveis na rede pública são universais e gratuitos. Todavia, as existentes apenas na rede privada, só podem ser objeto de adjudicação judicial quanto imprescindíveis à saúde e à vida e o postulante não puder custear, sustentando que, nesta hipótese, a responsabilidade estatal é subsidiária.⁴⁹⁸

A *proibição de retrocesso* veda ao legislador de suprimir direitos sociais já regulamentados, sem oferecer alternativa compensatória ou reduzir o nível de concretização alcançado. Na Alemanha foi invocado não para garantir a absolutização de direitos sociais, pois os mesmos podem ser adaptados às mudanças sociais e econômicas, mas como garantia fundamental da propriedade, protegendo-se, no caso julgado, aposentadorias e pensões.⁴⁹⁹ No Brasil, sua fundamentação encontra amparo no mandamento constitucional de efetivação dos direitos sociais visando a redução das desigualdades regionais e sociais e a realização dos objetivos do Estado brasileiro (art. 5º, § 2ª e 7º caput e 3º da CF).⁵⁰⁰ No entanto, sua aplicação em tempos de escassez e austeridade financeira deve se dar com razoabilidade e racionalidade, pois “pode ser necessário baixar os níveis de prestações essenciais para manter o núcleo essencial do próprio direito social.”⁵⁰¹

A expressão *reserva do possível* foi cunhada pelo Tribunal Constitucional Alemão para designar a subordinação dos direitos sociais ao que “o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade.”⁵⁰² Surge ao julgar o caso *numerus clausus I*, no qual se reconheceu o direito à participação do processo de seleção, mas subordinou o direito à vaga à reserva do possível, recusando a tese de o Estado estava obrigado a criar o número de vagas suficientes para atender a todos os interessados.⁵⁰³

Numerus clausus é a denominação de uma política adotada na Alemanha, em 1960, para limitar numericamente os ingressos de estudantes em determinados cursos universitários face à grande quantidade de interessados em áreas como o direito, medicina, farmácia e outras. Estudantes que não lograram ser admitidos nas escolas de medicina das Universidades de Hamburgo e Monique contestaram a limitação com base no

498 FRANCISCO, José Carlos. *Dignidade humana, custos estatais e acesso à saúde*. In: *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e Direitos sociais em espécie*, 2010:865.

499 DERBLI, Felipe. *A aplicabilidade do princípio da proibição de retrocesso social no direito brasileiro*. In *Direitos Sociais: Fundamentos, Justiciabilidade e Direitos sociais em espécie*, 2010:345/346.

500 *Ibidem*, 381.

501 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direitos fundamentais sociais*, 2010:30.

502 ALEXIS, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008:515.

503 KREAL, Andreas J.. *Direitos sociais e controle Judicial no Brasil e na Alemanha*, 2002:52.

art. 12 da Lei Fundamental, que prevê o direito de todo alemão à livre escolha de sua profissão, seu posto de trabalho e seu centro de formação.

Nessa decisão, o Tribunal Constitucional Federal distingue entre dois direitos: um direito à ‘participar’ nas instituições educativas existentes e um direito à criação de novas vagas.⁵⁰⁴

O conceito, no direito alemão, equivale, portanto, a reserva democrática, primazia do legislador em efetivar os direitos sociais.⁵⁰⁵ No Brasil, o Supremo Tribunal Federal passou a aplicá-lo como disponibilidade financeira, ainda que não orçamentária. E a rejeitar sua invocação para justificar o não atendimento de prestações contidas no mínimo existencial. Neste sentido, o Recurso Extraordinário nº 482.611, relatado pelo Ministro Celso de Mello: “ EMENTA: Crianças e Adolescentes vítimas de abuso e exploração sexual. Dever de proteção integral à infância e à juventude. Obrigação constitucional que se impõe ao Poder Público. Programa sentinela-projeto acorde. Inexecução, pelo Município de Florianópolis/SC, de referido programa de ação social cujo adimplemento traduz exigência de ordem constitucional. Configuração, no caso, de típica hipótese de omissão constitucional imputável ao Município. Desrespeito à Constituição provocada por inércia estatal (RTJ 183/818-819). Comportamento que transgreda a autoridade da lei fundamental (RTJ 185/974-796). Impossibilidade de invocação, pelo Poder Público, da cláusula da reserva do possível sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191-197). Caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas. Plena legitimidade jurídica do controle das omissões estatais pelo Poder Judiciário. A colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito. Precedentes do Supremo Tribunal Federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na Constituição da República. (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212/1213 – RTJ 199/1219-1220.) Recurso Extraordinário do Ministério Públicos estadual conhecido e provido.⁵⁰⁶

Assim, pacifica-se nos nossos Tribunais Superiores a ideia de que “o direito à Vida é um direito superior, que não pode ser contratado com questões

⁵⁰⁴ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial*. In: *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, 2010:287.

⁵⁰⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*, 2009:103/106.

⁵⁰⁶ *Apud*: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2010:139. no mesmo sentido decidiu o STJ no Recurso Especial nº 1185474/SC relatado pelo Min. Humberto Martins.

menores como as finanças públicas e o orçamento.”⁵⁰⁷ E quando a prestação for indispensável para garantir a vida, esta prestação é categorizada como *mínimo existencial* e protegida da *reserva do possível*, sem qualquer juízo de razoabilidade.

⁵⁰⁷

AMARAL, Gustavo e MELLO, Danielle. *Há direitos acima dos orçamentos?* In: *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*, SARLET, Ingo Wolfgang e Outro, organizadores, 2010:79.

Capítulo IV

O PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DO CONTEÚDO DA POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE

Não há dúvida que a consagração concreta de políticas implica um mandato constitucional de otimização dos direitos através de uma política predeterminada com a conseqüente restrição da liberdade conformadora do legislador e entrada do controle das políticas no circuito da constitucionalidade (ou inconstitucionalidade).⁵⁰⁸

22. Introdução

A interferência do Poder Judiciário na definição dos conteúdos das políticas públicas de saúde, delineadas constitucionalmente, deve partir da aceitação dos seguintes pressupostos: (i) o respeito aos critérios de distribuição das competências entre os órgãos estatais como desenhado na Constituição, como decorrência do **princípio da separação dos Poderes**; (ii) o respeito às deliberações tomadas em fóruns com participação direta dos usuários, como decorrência da **legitimidade democrática**; (iii) a compatibilização entre a lógica do jurista e a lógica do economista e do administrador, como decorrência do respeito às **normas orçamentárias**, previstas constitucionalmente, ainda que não impeçam a intervenção, mas provocando reflexos nos efeitos das decisões;⁵⁰⁹ (iv) acomodar deveres do Estado, demandas sociais e limites econômicos e financeiros do Estado, como decorrência da **regra da reserva do possível**;⁵¹⁰ (v) a existência de parâmetros materiais expressos ou implícitos no texto constitucional, como decorrência da natureza de sua atividade, **função de controle**; (vi) o respeito aos limites procedimentais estabelecidos na Constituição para a interferência do Poder Judiciário nas deliberações políticas, como decorrência do **princípio do contraditório**.

⁵⁰⁸

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*, 2004:130.

⁵⁰⁹

“Ora, visto por esse prisma, o problema da “judicialização da política de saúde” no Brasil torna-se um espaço em que colidem duas lógicas distintas, que poderíamos apresentar da seguinte forma, de maneira bem esquemática: A lógica do jurista. Noções de república e democracia implicam noção de Direitos, dotados de caráter universal. A lógica do economista. Atenção ao equilíbrio macroeconômico, ao equilíbrio fiscal e monetário. Racionalidade técnica, administrativa.” SÓLON, Ari Marcelo. *Ética, cidadania e direito à saúde*. In *As ações judiciais no SUS e a promoção do direito à saúde*, 2009:22.

⁵¹⁰

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas*, In: *Políticas Públicas: possibilidades e limites*, 2008:226.

Cabendo aos poderes políticos, precedidos da participação direta dos usuários, a primazia na definição dos conteúdos das políticas públicas de saúde, ao Poder Judiciário restará atuar na omissão, total ou parcial, ou na ação insuficiente ou ofensiva aos parâmetros constitucionais.

A relativização e a historicidade de tais direitos e o caráter universalizante e igualitário das políticas, que se concretizam em prestações positivas, serviços e ações, obriga-nos a abandonar um padrão moral como referência para a interferência do Poder Judiciário e sujeita-nos ao padrão normativo constitucional e aos contornos da realidade fática, que se busca alterar. Em outras palavras, olhar para as demandas, necessidades, mas também para os parâmetros constitucionais e as condições de efetivação.

23. Contribuições da doutrina brasileira

Embora sua pesquisa tenha por foco o fenômeno do ativismo judicial,⁵¹¹ Elival da Silva Ramos apresenta alguns parâmetros para a interferência do Poder Judiciário em matéria constitucional. Alguns podem ser utilizados como parâmetros para a interferência do Poder Judiciário na definição dos conteúdos das políticas públicas.

A primeira atividade estatal analisada pelo autor é a função de governo, atribuindo-lhe um sentido estrito para designar as atividades a cabo do Chefe do Executivo de “escolha das diretrizes políticas básicas que devem comandar a ação estatal.”⁵¹² As atividades se desenvolvem, posteriormente, com elaboração de programas e planos e “raramente assumem forma jurídica, permanecendo, via de regra, adstrita à esfera política.”⁵¹³ Enquanto permaneçam no plano político, como planificação da ação estatal, são insuscetíveis de controle jurisdicional. No entanto, quando estas decisões assumem a forma de políticas públicas demandam atividades legislativas e administrativas, sendo que essas, isoladamente, são sindicáveis. Ter-se-ia, portanto, não interferência na política, como um todo, mas análise da compatibilidade dos atos legislativos e administrativos concretizadores com a Constituição.

Referidas decisões de governo consubstanciam as leis orçamentárias, as quais, são normas apenas no aspecto formal. Materialmente, sendo atos de governo, são

⁵¹¹ “ativismo judicial, em uma noção preliminar, reporta-se a uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente, da função legislativa” RAMOS, Elival da Silva, *Ativismo judicial*, 2010:107.

⁵¹² *Ibidem*, 154.

⁵¹³ *Ibidem*, 154/155.

submetidos ao controle jurisdicional apenas no tocante ao procedimento de produção legislativa.⁵¹⁴ A opinião do autor se sustenta em sedimentada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.⁵¹⁵ Cumpre destacar que no julgamento da ADI nº 2925-DF, vários Ministros manifestaram opinião diversa. Urge, pois, revisar tal posicionamento para que se possa analisar a compatibilidade dos recursos disponibilizados nas respectivas rubricas orçamentárias com o programa constitucional.

Ana Paula de Barcellos, analisando o tema, faz algumas sugestões, elencando possíveis critérios: fixar prestações gradativas, escolher as prestações, limitar a atuação do Poder Judiciário às prestações que compreende o mínimo existencial. Assim propõe: (i) a definição do mínimo existencial em matéria de saúde a partir da Constituição, nela identificando o dever de priorizar o atendimento em saneamento, materno-infantil, medicina preventiva e prevenção epidemiológica; (ii) priorizar a discussão no plano coletivo e abstrato.⁵¹⁶

Analisando a contribuição de Ana Paula Barcellos, tem-se como destacável a necessidade de encontrar fundamento constitucional para a definição do conteúdo das prestações de saúde que compõe o mínimo existencial, vinculado à vida e à dignidade da pessoa humana, a exemplo do que fizeram as cortes Constitucionais da Colômbia e da África do Sul, sendo que somente a essas prestações pode-se admitir adjudicação judicial diretamente da Constituição. Isto porque as normas constitucionais limitam todos os poderes, inclusive o Poder Judiciário. A autora sustenta que “é possível identificar um núcleo de condutas exigíveis e, para além desse núcleo, o enunciado constitucional poderá ser desenvolvido em função das opções do Legislativo e do Executivo em cada momento histórico.”⁵¹⁷ Ou seja, além do mínimo, liberdade de conformação dos poderes políticos.

Ao identificar o dever do Estado como o de assegurar a saúde básica e sustentar a adjudicação judicial apenas do mínimo existencial que, por força do princípio da isonomia, precisa ser estendido a todos que se encontrem em situação equivalente, parece um contra-senso entender que o Estado - Poder Judiciário – esteja livre para

⁵¹⁴ RAMOS, Elival da Silva, *Ativismo judicial*, 2010:155.

⁵¹⁵ Por todas: ADIN 1640-DF, DJ 0304.98, Relator Min. Sydney Sanches.

⁵¹⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *O direito a prestação de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata*. In *Direitos Sociais: fundamentos, Judicialização e direitos Sociais em espécie*, 2010:803/826.

⁵¹⁷ *Ibidem*, 808/809.

conceder prestações individuais que não se generalizam.⁵¹⁸ Daí a preferência que deve ser dada para controles coletivos e abstratos, da política e não meramente outorga de prestações individualizadas.

A respeito do controle jurisdicional de políticas públicas, Ana Paula de Barcelos aponta a necessidade de identificar: (i) o objeto: “que conduta ou bem será exigido, de quem e sob que fundamento; (ii) o ambiente processual; (iii) os efeitos objetivos e subjetivos das decisões proferidas.”⁵¹⁹

O objeto pode ser definido como a atividade de outorga - ou a ausência dela - de prestações positivas, *ações e serviços de saúde*, prestadas pelo Estado, com fundamento em *normas constitucionais*, quando houver omissão total ou parcial ou prestação insuficiente. O ambiente processual pode ser restringindo às *ações de controle de constitucionalidade e as ações civis públicas*, excluindo-se as ações individuais, já que, embora se trate de entrega de prestações, não há alteração da política, por força da decisão judicial. Os efeitos objetivos são a elaboração da política ou adições à política. No aspecto subjetivo, a possibilidade de adjudicação direta individual, a partir das adições. Por fim, a modulação temporal das decisões, para adequação das leis de organização do serviço e orçamentárias.

24. Inconstitucionalidade por omissão: dependência legislativa

As prestações em matéria de ações e serviços de saúde, ainda que previstas na Constituição, reclamam atuação legislativa⁵²⁰. Não apenas porque se trata de normas estatuídas em Constituições programáticas⁵²¹, mas porque, comumente, possuem densidade normativa insuficiente para definição do direito individual. Ademais, porque sua efetiva prestação demanda estruturas administrativas e previsão de recursos. Esses

⁵¹⁸ Enfatiza a autora: “Em outras palavras: se se entende que um indivíduo tem direito a determinada prestação de saúde é porque se concluiu que o Estado tinha o dever – a rigor prévio – de oferecê-la, não apenas ao autor da demanda, mas a todos que necessitem da mesma providência. E se de fato esse dever oponível ao Estado – por se haver concluído que a prestação de saúde integra o conceito de mínimo existencial – o Poder Público deve estar obrigado a destinar recursos para custear a prestação de saúde referida em caráter geral, sendo invalida a não alocação orçamentária nesses termos.” *Ibidem*, 816.

⁵¹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas pública em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*, 2010:116.

⁵²⁰ BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, tomo II, 2005:462.

⁵²¹ *Ibidem*, 463/464: “constituições programáticas no primeiro quartel do século XX, por força das quais os textos constitucionais passaram a declarar direitos econômicos, sociais e culturais que reclamavam uma atuação positiva do legislador e da Administração, que a questão da omissão passou a ser equacionada, primeiro, na doutrina e depois na jurisprudência.”

aspectos devem ser considerados no suprimento jurisdicional na concretização da Constituição - realização de seu programa.⁵²²

Este fenômeno foi estudado pelo constitucionalista português J.J. Gomes Canotilho que destaca caber prioritariamente ao Poder Legislativo, ainda que haja matérias relevantes de iniciativa do Chefe de Estado,⁵²³ a tarefa de concretizar a Constituição. Atividade que deve ser entendida, como a “densificação, ou processo de densificação, de normas ou regras de grande abertura – princípios, normas constitucionais, cláusulas legais indeterminadas – de forma a possibilitar a solução de um problema.”⁵²⁴

J.J. Gomes Canotilho fala em processo de concretização judicial e concretização legislativa da Constituição, sendo esse adequado para realçar as “relações entre a Constituição e a lei não apenas de limites, mas também relações de densificação, clarificação, e execução material das normas constitucionais pelas normas legais.” Tal processo se caracteriza como “um esquema diferenciado de especificação, tipificação, e criação de soluções materiais dentro do âmbito normativo das imposições constitucionais.”⁵²⁵

Referidas normas constitucionais reclamam do legislador o seu cumprimento. Esse não possui discricionariedade na concretização, num juízo político, sem consequências jurídicas.

As imposições constitucionais vinculam juridicamente o legislador em três dos momentos essenciais da atividade legiferante: (1) o legislador deve realizar os preceitos constitucionais impositivos, isto é, se do acto legislativo não fica na sua “liberdade de conformação”; (2) o legislador deve regular, concretizando, as matérias que na lei fundamental são objeto de imposição legislativa (o quê da legiferação); (3) o legislador deve legislar de acordo com as diretivas materiais contidas nas imposições legiferantes e noutros preceitos constitucionais, para os quais elas remetem, expressa ou implicitamente (o como da legislação).⁵²⁶

⁵²² “Limites decorrentes de análises técnicas mais complexas, diversidade de escolhas quanto à prestação a ser oferecida (necessidade de especificação a fim de viabilizar sua concretização), impossibilidade fática de implementação imediata, riscos para os pacientes em virtude de medicamentos ou tratamentos experimentais, entre outros, indicam a necessidade de densidade normativa ausente no preceito constitucional, expresso em caráter abstrato, e contribuem como “filtros” para a atuação jurisdicional.” CORTEZ, Luis Francisco Aguilar. *Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas*. In *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2011:299.

⁵²³ No presidencialismo brasileiro, como define o Professor Sérgio Resende de Barros, a priorização do Chefe do Poder Executivo é de tal monte que altera a lógica sustentada por Canotilho, pondo-o na posição de proeminência e deixando ao Poder Legislativa a atividade de controle, como demonstrado no capítulo III.

⁵²⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, 2001:321/322.

⁵²⁵ *Ibidem*, 322.

⁵²⁶ *Ibidem*, 316 e MIRANDA, Jorge, Manual de Direito Constitucional, tomo VI, 2001:284.

É esta tarefa cujo descumprimento, “justifica o desencadeamento de sanções, jurídico-constitucionais, dentro das possibilidades existentes nos ordenamentos positivos: ações constitucionais de defesa, ações de inconstitucionalidade por omissão, petições, moções de censura de governo, dissolução do parlamento etc.”⁵²⁷

Todavia, o sancionamento judicial ao Poder Legislativo pelo descumprimento do dever de concretizar a Constituição - fiscalização da inconstitucionalidade por omissão - na maioria dos Estados é criação jurisprudencial, vindo expresso em poucas nações. Jorge Miranda noticia: Iugoslávia (1974), Portugal (1976), Brasil (1988) e Angola (1992).⁵²⁸

Dentre as possíveis omissões inconstitucionais,⁵²⁹ importa àquelas referentes ao dever constitucional de legislar, que ganha relevância a partir dos aspectos apontados por Canotilho: (1) a superioridade hierárquica formal e material das normas constitucionais; (2) a clara distinção entre poder constituinte e poder constituído; (3) ***eficácia direta dos direitos fundamentais consagrados nas constituições***; (4) a superação da teoria negativa liberal dos direitos fundamentais pelas teorias que reconhecem dimensão objetiva e pretensões subjetivas a prestações; (5) imposições constitucionais que determinam a atividade legislativa.⁵³⁰

A omissão se verifica sempre que “mandando a norma reguladora de certa relação ou situação praticar certo acto ou certa actividade nas condições que estabelece, ***o destinatário não o faça, não o faça nos termos exigidos, não o faça em tempo hábil, e a esse comportamento se liguem conseqüências mais ou menos adequadas.***”⁵³¹ Em se tratando de omissão legislativa inconstitucional estar-se, para Jorge Miranda, diante de “normas constitucionais não exequíveis por si próprias – preceptivas ou programáticas – o legislador não edita as leis necessárias a conferir-lhe exequibilidade.”⁵³²

Mas é preciso definir claramente quando estamos diante de uma omissão legislativa inconstitucional, pois a inconstitucionalidade por omissão se “situa nas fronteiras entre a liberdade de decretação que é apanágio do poder legislativo e o dever de

⁵²⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, 2001:323/324.

⁵²⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito constitucional*, Tomo VI, 2001:277.

⁵²⁹ Elival da Silva Ramos e Luis Roberto Barroso, falam das seguintes omissões inconstitucionais: 1.legislativa; 2.político-administrativa e 3.judicial. In: RAMOS, Elival da Silva, *Controle de constitucionalidade no Brasil*, 2010:91 e BARROSO, Luis Roberto, *O Controle de constitucionalidade*, 2006:196.

⁵³⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, 2001:329/330.

⁵³¹ MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional*, Tomo VI, 2001:272.

⁵³² *Ibidem*, 273.

legislar a que ele está sujeito em algumas hipóteses.”⁵³³ Há omissão legislativa relevante, para Canotilho quando “o legislador não faz algo que positivamente lhe era imposto pela Constituição. Não se trata, pois, apenas de um simples negativo não fazer; trata-se, sim, de não fazer aquilo a que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado.”⁵³⁴

Para J.J. Gomes Canotilho, a omissão legislativa só ganha relevância constitucional quando a própria Constituição estabelece concretamente aquilo que o legislador deve fazer. As normas programáticas e as veiculadoras de fins do Estado, embora fundamentem o dever de legislador, não tem o condão de caracterizar o silêncio legislativo como omissão inconstitucional censurável juridicamente. Portanto, há necessidade de diferenciar as “imposições abstratas e as imposições constitucionais concretas.”⁵³⁵ As imposições abstratas⁵³⁶ devem ser superadas na luta político-constitucional; as concretas,⁵³⁷ são verdadeiros casos de omissão inconstitucional.

Elival da Silva Ramos discorda do mestre português no tocante à inclusão das normas programáticas. Entende que, não obstante a dificuldade da caracterização da omissão inconstitucional, face à vagueza e indeterminação da linguagem, fatores como a demora na concretização, a natureza da atividade governativa e as características econômicas e sociais do Brasil recomendam a caracterização de tais omissões como comportamento legislativo inconstitucional a merecer reparo.⁵³⁸

A omissão inconstitucional se caracteriza quando houver, portanto, violação ao dever de legislar concretamente previsto na Constituição, com elementos capazes de definir, *a priori*, no que consiste a atuação legislativa. Este dever pode ser violado: “(1) quando o legislador não emana qualquer preceito a executar as imposições constitucionais; (2) quando as leis de cumprimento das imposições favorecem certos grupos, esquecendo outros; (3) quantos os atos de legiferação, que se propõem realizar certas imposições constitucionais, excluem alguns cidadãos, total ou parcialmente, de forma expressa, das vantagens reconhecidas nas leis de execução.”⁵³⁹

Elival da Silva Ramos apresenta três elementos que devem caracterizar uma omissão legislativa inconstitucional:

⁵³³ *Ibidem*, 276.

⁵³⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, 2001:331.

⁵³⁵ *Ibidem*, 332.

⁵³⁶ Exemplo: Artigo 170, VIII da CF, a busca do pleno emprego.

⁵³⁷ Exemplo: Artigo 7º., I, da CF, indenização contra despedida imotivada ou arbitrária.

⁵³⁸ RAMOS, Elival da Silva, *Controle de Constitucionalidade no Brasil*, 2010:92.

⁵³⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, 2001:333/334.

a) a existência de uma norma constitucional de eficácia limitada, impositiva de um dever de legislar ou de editar ato administrativo-normativo para que possa gozar de plenos efeitos no plano jurídico; b) a não atuação dos Poderes incumbidos de colmatar o vazio normativo; (3) a ultrapassagem do prazo constitucionalmente estipulado para tanto ou a demora desarrazoada na adoção das providências necessárias.⁵⁴⁰

A omissão legislativa inconstitucional total ou absoluta se caracteriza pela ausência de legislação. Mas, o dever do legislador leva necessariamente a um direito à legislação?⁵⁴¹ Há direito a emanção de normas? Esse é um direito subjetivo? Pode ser tutelado pelo Poder Judiciário? Essas questões devem ser enfrentadas à luz do ordenamento constitucional para fundamentar eventual supressão da omissão legislativa pelo Poder Judiciário e seus limites. O principal obstáculo está

(...) nos limites impostos à atuação do Poder Judiciário, ao qual compete, em suas formações ordinárias ou especializadas, fazer cumprir a Constituição. Com efeito, se, à luz do princípio da separação dos Poderes, já é difícil aceitar a substituição do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário no adimplemento do dever de legislar, totalmente inadmissível se afigura a tentativa de obter, por meio deste último, a plenitude de eficácia de normas constitucionais de cunho programático, o que somente a execução de um amplo programa de ação governamental, incluindo medidas normativas e de ordem material, pode proporcionar.⁵⁴²

Canotilho resume as objeções a um suposto direito à emanção de normas, decorrente do dever de legislar: (1) violação do princípio da divisão dos Poderes e subversão da relação de forças entre o Legislativo e o Judiciário; (2) não há pretensão subjetiva à normação; (3) direito à normação, quando muito no caso de violação de direitos fundamentais por omissão legislativa; (4) impossibilidade de exigibilidade imediata pelos Tribunais.⁵⁴³

A questão da violação ao princípio da separação dos Poderes, *a priori*, é resolvida, pois, o “sentido das imposições constitucionais, num Estado de Direito

⁵⁴⁰ RAMOS, Elival da Silva, *Controle de constitucionalidade no Brasil*, 2010:93.

⁵⁴¹ “Tanto o TC como a generalidade da doutrina portuguesa entendem que a inconstitucionalidade por omissão só pode ser declarada quando uma concreta norma constitucional impuser ao legislador ordinário o dever constitucional de concretizar uma imposição constitucional concreta, não podendo declarar-se a este tipo de inconstitucionalidade por incumprimento do conjunto de princípios e imposições constitucionais. Pretende-se, desse modo, evitar que o TC possa ser colocado em condições de ter que decidir em função de critérios extra-jurídicos.” NUNES, António José Avelãs e SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*, 2011:26.

⁵⁴² RAMOS, Elival da Silva, *Controle de Constitucionalidade no Brasil*, 2010:427/428.

⁵⁴³ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, 2001:339/340.

Democrático-Constitucional, é o de fixar um dever normativo-constitucional do legislador à emanção das normas legais necessárias para o cumprimento da Constituição.”⁵⁴⁴ Porém, permanece a questão da existência de um direito subjetivo à normação ou à proteção do direito individual previsto no Texto Magno.

A democracia participativa, o Estado de Direito e os direitos fundamentais sustentam a participação do cidadão nas decisões dos órgãos públicos nas questões referentes aos interesses da coletividade. Entretanto, não para proteger interesses individuais, sob pena de “cair numa inflação de pretensões individualistas e na acusação fácil de que as normas constitucionais (sobretudo as socialmente impositivas) acabariam na caricatural situação da ditadura de cofres vazios.”⁵⁴⁵

J.J.Gomes Canotilho propõe a interferência do Poder Judiciário com os seguintes limites:

(1) da limitação da legitimação actica aos cidadãos lesados em algum dos seus direitos fundamentais (recusa de qualquer tipo de acção popular); (2) da demonstração do dever de legiferação contido numa imposição constitucional (imposição constitucional concreta); (3) da restrição dos efeitos da acção contra comportamentos omissivos à simples fixação de inconstitucionalidade (exclusão do direito judicial correctivo ou substitutivo da lei).⁵⁴⁶

Esta atuação proposta por J.J. Gomes Canotilho acaba por ampliar o papel político⁵⁴⁷ do Poder Judiciário, que na atualidade é generalizado⁵⁴⁸ e, no caso brasileiro, tem fundamento constitucional. Este fenômeno tem um sentido forte que configura-se na transferência de decisões políticas da seara dos Poderes Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário. Tem, também, um sentido fraco, a fragilização dos procedimentos judiciais com adoções de práticas inerentes à atividade política, como por

⁵⁴⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, 2001:342.

⁵⁴⁵ *Ibidem*, 342/344.

⁵⁴⁶ *Ibidem*, 2001:344.

⁵⁴⁷ O fenômeno do ativismo judicial em matéria constitucional, aplicação e concretização da constituição, justifica-se dado as especificidades dessa atividade. Elival da Silva Ramos aponta as seguintes: (i) supremacia hierárquica da constituição; (ii) o caráter nomogenético de boa parte dos dispositivos, normas-princípio; (iii) a fluidez e a decorrente imprecisão semântica (vagueza e ambigüidade) da linguagem constitucional; (iv) a fundamentalidade da maioria das normas constitucionais; (v) a posição de supremacia funcional dos órgãos responsáveis pela interpretação e aplicação da constituição.” RAMOS, Elival da Silva, *Ativismo judicial*, 2010:139/140.

⁵⁴⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Aspectos do direito constitucional contemporâneo*, 2009:247.

exemplo a realização de audiências públicas para oitiva de autoridades nos assuntos submetidos à decisão jurisdicional.⁵⁴⁹

Sob inspiração do constitucionalismo estadunidense o Supremo Tribunal Federal, sempre exerceu função política,⁵⁵⁰ notadamente nas questões de controle de constitucionalidade. Efetivamente a Constituição Brasileira de 1988, involuntariamente, proporcionou abertura para a judicialização da política, a medida em que: (i) ampliou os instrumentos de controle, estendendo o cabimento da ação para a proteção do patrimônio ambiental, da moralidade; constitucionalizou a ação civil pública, instituiu o mandado de segurança coletivo e o mandado de injunção; (ii) expandiu o sistema de controle de constitucionalidade, ampliando os legitimados ativos, controlando a inconstitucionalidade por omissão e prevendo a ação de descumprimento de preceito fundamental; (iii) editou normas de caráter aberto, com prevalência dos princípios; em especial os que estabelecem fins e objetivos do Estado Brasileiro; (iv) alargou a missão do Ministério Público.⁵⁵¹

A inércia ou a atuação insuficiente reclamam sempre a atuação do Poder Judiciário, a quem “compete exercer e premido pelas pressões no sentido de concretizar plenamente a Constituição social-democrata de 1988”, mas, “ultrapassa, por vezes, os limites que o nosso sistema jurídico estabelece ao manejo da função jurisdicional, porém o faz, em boa medida, pela ineficiência dos Poderes representativos na adoção das providências normativas adequadas àquela concretização.”⁵⁵²

O princípio da separação dos Poderes é limite constitucional à atuação do Poder Judiciário na concretização legislativa da Constituição. Sua observância “importa, dentre diversos outros consectários, na manutenção dos órgãos do Poder Judiciário nos limites da função jurisdicional que lhes é confiada e para cujo exercício foram estruturados.”⁵⁵³

Eis o desafio: viabilizar a participação do Poder Judiciário na definição dos conteúdos das políticas públicas sanitárias, respeitando-se os limites estabelecidos na Constituição, notadamente o princípio da separação dos Poderes e a legitimidade democrática oriunda do voto popular.

⁵⁴⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Princípios fundamentais do direito constitucional*, 2009:233/234.

⁵⁵⁰ ELIVAL DA SILVA RAMOS cita o exemplo da doutrina brasileira do habeas corpus que estendeu seu cabimento além da previsão expressa da lei (*Ativismo Judicial*, 2010:188).

⁵⁵¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*, 2009:239/242.

⁵⁵² RAMOS, Elival da Silva, *Ativismo judicial*, 2010:288.

⁵⁵³ *Ibidem*, 117.

25. Leis de Iniciativa Privativa: recomendações e diálogo institucional

Na supressão de omissão total de políticas públicas que demandam leis estruturantes da atividade administrativa e inclusão de referidos programas, serviços e ações nas leis orçamentárias, tem-se um obstáculo constitucional intransponível no plano jurídico, que é a iniciativa de tais leis ser confiada exclusivamente ao Chefe do Executivo. Trata-se de uma escolha do constituinte. Com efeito, a lei que estabelece o plano plurianual, as leis de diretrizes orçamentárias e as leis orçamentárias anuais são de iniciativa do Poder Executivo, nos termos do artigo 165 da Constituição Federal.⁵⁵⁴ As leis que criam os órgãos administrativos, executores das políticas públicas possuem idêntica regra de iniciativa, nos termos do artigo 61, § 1º, II, “a” da Constituição Federal.

É a Constituição que entrega nas mãos do Chefe do Executivo a chave do cofre, a estruturação dos órgãos⁵⁵⁵ e a iniciativa legislativa em matéria orçamentária⁵⁵⁶, fazendo com que ele desempenhe o papel de determinador e dirigente da política.

O papel do Poder Executivo como definidor das políticas públicas se coaduna com o princípio democrático. Seu titular é eleito num sistema majoritário, sendo pessoalmente, detentor do maior número de votos em cada eleição⁵⁵⁷ e o único que se submete a uma discussão programática no debate eleitoral. Nele, para o bem ou para o mal, são personificadas as esperanças populares.⁵⁵⁸

Até mesmo ao Poder Legislativo a Constituição impõe restrição de emendar. Para a lei orçamentária anual, as emendas precisam: (i) ser compatíveis com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias; (ii) indicar os recursos necessários, mediante a anulação de outras despesas prevista no projeto, salvo as provisões para pessoal, serviço das dívidas e transferências tributárias; (iii) que sejam para correções, erros ou omissões dos dispositivos do texto do projeto, nos termos do artigo 166, §, 3º da Constituição Federal.

Para a apresentação de emendas ao Projeto de Lei de Diretrizes Orçamentárias apresentadas, há limitação de seu conteúdo pela Lei do Plano Plurianual,

⁵⁵⁴ Neste sentido: STF – ADIN ° 1.759-1 – Rel. Min. Néri da Silveira: “3. Competência exclusiva do Poder Executivo para iniciar o processo legislativo das matérias pertinentes ao Plano Plurianual, às Diretrizes Orçamentárias e aos Orçamentos Anuais. Precedentes: Adin 103 e Adin 550.”

⁵⁵⁵ BRASIL, Constituição da República, artigo 84, VI, “a” e 61, § 1º, II, “a”.

⁵⁵⁶ BRASIL, Constituição da República, artigo 165, I, II e III.

⁵⁵⁷ A somatória de votos de toda a Câmara não atinge o número de votos do Presidente, notadamente em sistema de segundo turno.

⁵⁵⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Do Processo Legislativo*, 2002:272/275.

nos termos do artigo 166, § 4º, da Constituição Federal. Suas emendas deverão respeitar as estimativas da despesa que for feita pelo Chefe do Executivo, nos termos do artigo 63, I, da Constituição Federal.

Assim, a cada lei aprovada, seu conteúdo e o aspecto financeiro passam a ser limitações ao exercício da prerrogativa de emendar os projetos da subsequente. Ora, esses dois aspectos, iniciativa do Chefe do Executivo e limitação para a apresentação de emendas, faz com que a atividade do Poder Legislativo se afaste da atividade legiferante propriamente dita, passando a ser classificada como atividade de controle, acessória ou secundária.⁵⁵⁹ Toda capacidade de inovar a ordem jurídica na elaboração das leis orçamentárias, com a apresentação de projetos e programas, é exercida no âmbito do Poder Executivo. Isto porque além dos limites materiais existentes, há necessidade de conhecimentos técnicos especializados não disponíveis nos Parlamentos.⁵⁶⁰

Se até ao Poder Legislativo é posto limite, com mais razão ainda ao Poder Judiciário. Esse, no controle da constitucionalidade das políticas públicas, deve atuar, preferencialmente, como legislador negativo.⁵⁶¹

Como demonstrado anteriormente, este papel secundário, complementar ou extraordinário do Poder Judiciário na formulação das políticas públicas, é aceito pelo Supremo Tribunal Federal (ADIn nº 3128-DF) destacando:

(...) velha convicção de que a esta Corte não cabe a tarefa de, sob os mais nobres propósitos, substituir-se aos órgãos republicanos competentes para legislar e para definir políticas públicas, nem tampouco de se fazer intérprete de aspirações populares que encontram, nas urnas, o instrumento constitucional de expressão e decisão.⁵⁶²

Ainda, em igual sentido, destacando que as competências privativas do Chefe do Executivo previstas na Constituição fazem parte do núcleo do princípio da separação dos poderes, a Ministra Carmem Lúcia, ao relatar a ADI 4102-REF-MC, deixou averbado que as “restrições impostas ao exercício das competências constitucionais conferidas ao Poder Executivo, entre elas a fixação de políticas públicas,

⁵⁵⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *Do Processo Legislativo*, 2002:209.

⁵⁶⁰ O Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho aponta esse diagnóstico nos principais parlamentos no mundo ocidental. *Ibidem*, 131/150.

⁵⁶¹ São muitos os julgados nos quais o STF se recusou a reconhecer a inconstitucionalidade por omissão, fora das ações previstas para tal, para não atuar como legislador positivo. Exemplos: ADI 896-DF, RE 173.252 e RE 475.915, citados por SCAFF, Fernando Facury. Sentenças Aditivas, direitos sociais e reserva do possível, 2010:145.

⁵⁶² BRASIL, Supremo Tribunal Federal: ADI 3128/DF, disponível em www.stf.jus.br, acessado em 10.05.2011 (destaques nossos).

importam em contrariedade ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes.”⁵⁶³

Coerente com a disciplina constitucional da formulação de políticas públicas, o constituinte, ao prevê o controle de constitucionalidade por omissão atribuiu como único efeito a ciência ao Poder competente para adoção das medidas cabíveis, conforme artigo 103, § 2ª da Constituição Federal, regulamentado pela lei ordinária nº 12.067/2009, alterando a lei ordinária nº 9.868/99, prevendo em seu artigo 12-H idêntico efeito.

A decisão do Supremo Tribunal Federal poderá conter diretrizes, medidas específicas, mas respeitando-se a competência privativa do Chefe do Executivo, a exemplo do que ocorre no plano internacional.⁵⁶⁴

Hodiernamente, novas Cortes Constitucionais instituídas tentam dar respostas satisfatórias ao déficit de legitimidade democrática, inerente ao modelo norte-americano, não deixando aos juízes a palavra final, aos Poderes Políticos desenvolvendo mecanismos de diálogo institucional.

A Constituição do Canadá prevê a possibilidade do Parlamento configurar o conteúdo dos direitos fundamentais, desde que tenha justificação razoável, o que é controlável pela Corte Constitucional. Mas, estabelece, também, a possibilidade da reedição de texto legislativo rejeitado pela Corte Constitucional, *overriding*.⁵⁶⁵

O Estado de Israel também aprovou em 1994 uma modificação em sua declaração de direitos, permitindo ao Parlamento aprovar leis excepcionais, desde que aprovada por maioria absoluta de seus membros. O mecanismo tem sido utilizado para reedição de leis invalidadas pela Suprema Corte Israelense.⁵⁶⁶

Em 1990 foi aprovada uma nova declaração de direitos da Nova Zelândia, como lei ordinária, vedando, entretanto, aos juízes sua adoção como parâmetros para a invalidação de outros atos normativos.⁵⁶⁷

⁵⁶³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal: ADI 4102, disponível em www.stf.jus.br, acessado em 10.05.2011.(destaques nossos).

⁵⁶⁴ “Em geral, após as visitas, os peritos apresentam relatórios ao sistema de direitos humanos nas Nações Unidas, que assinalam os pontos positivos e aspectos preocupantes, identificados durante a missão, e tecem recomendações para melhorar a situação geral dos direitos humanos no país visitado, no contexto de um diálogo construtivo.” APOLINÁRIO, Silvia Menicucci de Oliveira Selmi. *Os procedimentos especiais do sistema de direitos humanos das Nações Unidas*. In *Direito internacional dos direitos humanos*, 2007:100/101.

⁵⁶⁵ SILVA, Cecília de Almeida e Outros. *Diálogos Institucionais e ativismo*, 2011:62.

⁵⁶⁶ *Ibidem*, 74/75.

⁵⁶⁷ *Ibidem*, 77/78.

Com a adoção da jurisdição constitucional na Inglaterra o mandato interpretativo, para definir a interpretação da legislação local compatível com as convenções europeias de direitos humanos, também foi adotado. Quando não for possível a Suprema Corte emite uma declaração de incompatibilidade. Todavia:

A declaração de incompatibilidade é um ato discricionário e exclusivo das cortes especificadas, e não possui efeitos obrigatórios em relação ao Legislativo. (...) Seus efeitos, na prática, dão-se mais no plano político que no plano das validades das leis: o Parlamento vê-se em situação desconfortável a partir da afirmação de que a norma por ele aprovada se revela incompatível com o HRA. Embora a declaração de incompatibilidade pressione o governo – social, política e juridicamente a alterar a legislação – não existe uma obrigação nesse sentido, pelo menos do ponto de vista do direito interno.⁵⁶⁸

Na esteira da Nova Zelândia e da Inglaterra, a Austrália, em 2006, ao adotar uma declaração de direitos humanos, introduziu a figura do mandato interpretativo, do *overriding*. “O sistema aposta na capacidade de o Judiciário persuadir os demais poderes”, mas dá a palavra final aos poderes políticos.⁵⁶⁹

Como visto, cresce a resistência à atuação do Poder Judiciário no campos da omissão. As Constituições que a prevêm limitam sua função à diagnosticar a omissão, especificar as recomendações, podendo se entender ao monitoramento e até à normatização,⁵⁷⁰ mas deixando aos poderes políticos a palavra final. Todavia, após a manifestação da Corte Constitucional é possível a fruição individual se a omissão persistir, com fundamento na responsabilidade civil do Estado por omissão.

A persistência do Chefe do Executivo na omissão poderá ensejar sanções políticas, inclusive, a figura do crime de responsabilidade, pois estar-se-ia, em tese, descumprindo decisão judicial e atentando contra os direitos sociais.⁵⁷¹ No plano estadual, distrital e municipal, além do processo de responsabilidade política, ter-se-ia a possibilidade de intervenção federal e estadual, por descumprimento ao disposto no artigo 34, VII, “b”, da Constituição Federal.

Ademais a decisão do Supremo Tribunal Federal, na esfera federal ou estadual e do Tribunal de Justiça, na esfera estadual e municipal, recomendando a adoção

⁵⁶⁸ SILVA, Cecília de Almeida. *Diálogos Institucionais e Ativismo*, 2011:85.

⁵⁶⁹ *Ibidem*, 89/90.

⁵⁷⁰ APOLINÁRIO, Silvia Menicucci de Oliveira Selmi. *Os procedimentos especiais do sistema de direitos humanos das Nações Unidas. In Direito internacional dos direitos humanos*, 2007:108.

⁵⁷¹ Nos termos do artigo 4º, III e XIII da Lei nº 1.079/50.

de medidas específicas que demandam leis de iniciativa privativa do Chefe do Executivo, e possibilitam, a adjudicação individual, teria o efeito de constranger politicamente o governante ao seu cumprimento, de modificar a agenda pública, de tornar tais omissões tema de discussões políticas, de pressão da opinião pública⁵⁷², enfim, remédios políticos para questão de natureza eminentemente política.

26. Omissão por ausência de providência Administrativa: controle pleno

Pode ocorrer que a implementação de determinada política não demande a edição de leis, posto já existirem normas materiais que a disciplinem, estruturas administrativas, agentes públicos e os recursos genericamente previstos nas rubricas apropriadas sejam suficientes. Resta, portanto, serem tomadas apenas providências administrativas, ainda que por decreto.⁵⁷³ Trata-se de omissão que não demanda a edição de leis de iniciativa privativa. Assim, não há óbice constitucional para que o controle judicial se dê de forma plena.

A decisão, seguindo-se o magistério de Ana Paula de Barcellos, reitere-se, deverá especificar: (i) o objeto: que conduta ou bem será exigido, de quem e sob que fundamento; (ii) o ambiente processual; (iii) os efeitos objetivos e subjetivos das decisões proferidas.⁵⁷⁴

Passa-se a analisar um caso de omissão administrativa que, por não demandar alterações legislativas, pode ser conhecido e julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Em inquérito civil público, instaurando a partir de reclamações de diversos pais de autistas e representantes de associações de atendimento aos autistas⁵⁷⁵ a respeito da falta de atendimento especializado na rede pública, o Ministério Público apurou que o Estado lhes oferecia o mesmo tratamento médico destinado aos doentes mentais. No referido inquérito foi ouvido um especialista da área médica, cuja opinião fundamentou tecnicamente os pedidos formulados, destacando a necessidade de atendimento médico

⁵⁷² Fatores apontados como existentes no plano internacional, por APOLINÁRIO, Silvia Menicucci de Oliveira Selmi. *Os Procedimentos especiais do sistema de direitos humanos das Nações Unidas*. In *Direito internacional dos direitos humanos*, 2007:134.

⁵⁷³ Artigo 84, VI, “a” da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁵⁷⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas pública em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In *Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível*, 2010:116.

⁵⁷⁵ Portadores da Síndrome de Kanner.

multidisciplinar nas seguintes áreas médicas: comunicação (fonoaudiologia), aprendizado (pedagogia especializada), psicoterapia comportamental (psicologia), psicofarmacologia (psiquiatria infantil), capacitação motora (fisioterapia) e diagnóstico físico (neurologia).

Sustentando a necessidade de um atendimento especializado de saúde⁵⁷⁶, inexistente na rede pública, e considerando o modelo ofertado, tratamento nos postos de atendimento da saúde mental como excludente para os autistas (princípio da isonomia e da universalidade – fundamentos do pedido), o Ministério Público promoveu uma ação civil pública⁵⁷⁷ requerendo a condenação do Estado a custear o tratamento sanitário, educacional e assistencial em clínicas particulares especializadas, até que as implemente, que não pode ser nas mesmas destinadas aos doentes mentais.

O Poder Executivo estadual, pela sua Procuradoria, justificou a ausência de equipamento público especializado na excepcionalidade quantitativa da enfermidade (menos de 0,4% da população), na ausência de terapia curativa e de política pública nacional específica, enfatizando que não há “qualquer conduta médica ou sanitária que pudesse evitá-la, não se estabeleceu uma política nacional para a sua contenção ou debelação”. Por fim, se opõe à alternativa de internação, por não ser recomendado, preferindo e ofertando o atendimento clínico combinado com assistencial no seio da família. A Secretaria de Saúde informou a existência de 13 ambulatórios de saúde mental e 2 CAPS (Centro de Atenção Psicossocial) apenas na cidade de São Paulo, apontando-os como adequados ao atendimento médico e que busca ampliar sua capacidade de atendimento especializado aos autistas, mediante a celebração de convênios com instituições da sociedade civil.⁵⁷⁸

A decisão judicial foi fundamentada na omissão estatal, pois o Estado de São Paulo continua “a não atender de forma eficaz e específica a população de portadores da Síndrome de Kanner” e, portanto, enquanto não “colocar à disposição de todo e qualquer autista, efetivamente, estabelecimentos próprios ou conveniados para o tratamento ambulatorial e de internação, especializados” deve custear o tratamento na rede privada. A decisão foi mantida pelo Tribunal de Justiça.⁵⁷⁹

⁵⁷⁶ Embora a ação contemple a assistência sanitária, educacional e assistencial, nossa análise se limitará à assistência sanitária.

⁵⁷⁷ Processo n. 053.00.027139-2 em trâmite na 6ª. Vara da Fazenda Pública da Capital-SP.

⁵⁷⁸ Efetivamente durante e após a Ação Civil Pública a Secretaria Estadual de Saúde firmou diversos convênios para atendimento aos autistas.

⁵⁷⁹ Apelação Cível no. 278.801.5/8-00 do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Desembargador MAGALHÃES COELHO, acesso a cópia cedida pela Procuradoria do Estado de São Paulo.

Importa destacar, ainda, no voto do Relator a referência à norma estatuída no artigo 196 da Constituição como de eficácia plena e não programática, cuja desatenção pelo Poder Executivo não se sustenta no discurso da insuficiência orçamentária, aduzindo o caráter fundamental do direito à vida, em detrimento de outras opções.⁵⁸⁰ Para o Relator, diante de tal omissão, o Poder Judiciário assume o papel de controlador da atividade administrativa, determinando medidas que dêem concretude aos valores que “formam a base do Estado Democrático e Social de Direito albergado na Constituição Federal”.

O Poder Judiciário invoca o artigo 196 da Constituição Federal para justificar sua interferência. De sua leitura resta claro que o direito à saúde se concretiza mediante e nos termos da política pública. A atuação do Ministério Público, tutelando os interesses dos cidadãos, visa a “reivindicação de direitos, ou a atividade de um grupo, visando a influir na definição ou na implementação de uma política pública”.⁵⁸¹

A interferência do Poder Judiciário⁵⁸² não dependeu de modificação normativa. Havia alternativa técnica, normas instrumentais, criadoras e estruturantes dos órgãos responsáveis pela implementação e normas de efetivação (orçamentárias).

O Poder Judiciário só pode determinar a entrega, adjudicação da política específica porque havia alternativa técnica na rede privada. No transcorrer do processo foram apontadas várias soluções: atendimento em clínicas públicas ou o custeio pelo Estado em clínicas privadas. Portanto, é indispensável que, ao abrir a *lata de lixo*⁵⁸³ as soluções estejam disponíveis.

Como resultado da interferência do Poder Judiciário, que determinou o atendimento especializado como sugerido pelo Ministério Público, em rede pública ou suportar financeiramente o atendimento em rede privada, o Estado ampliou o atendimento. Em abril de 2008,⁵⁸⁴ tinha-se na Secretaria de Estado de Educação o

⁵⁸⁰ “socorre a banqueiros falidos, despesas com publicidades, aplicação irregular de verbas públicas”

⁵⁸¹ CANEL, Regina Célia e CASTRO, Cláudio Gastão Junqueira de. *A advocacia em saúde como uma estratégia para a promoção da saúde*, 2008.

⁵⁸² No entanto, ao julgar um pedido individual, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, em sede de agravo de instrumento cassou a tutela antecipada que determinava o custeio de internação em clínica particular ao portador de autismo, sob o argumento da existência de estabelecimentos públicos adequados e à luz do princípio da universalidade. Agravo de Instrumento nº 2008.009099-3 disponível em w.w.w.tjrn.jus.br, acessado em 25.06.2011.

⁵⁸³ Modelo garbage ou lata de lixo desenvolvido por Cohen March e Olsen, apud SOUZA, Celina, *Políticas, uma revisão da literatura, Sociologias*, 2006:30.

⁵⁸⁴ Última data de informações consolidadas pela Secretaria de Estado da Saúde em ofício endereçado ao Procurador responsável pela Defesa do Estado, de cujo conteúdo o Autor teve acesso e os dados informados serão aqui utilizados.

atendimento a 1144 autistas, diretamente na rede pública estadual, bem como em convênios firmados com 108 entidades.⁵⁸⁵

A Secretaria de Estado da Saúde atendia 77 pacientes diretamente nas unidades públicas, 363 pacientes em clínicas conveniadas (à época 13 instituições) e 37 pacientes em entidades particulares escolhidas pelos interessados, com determinação judicial para o custeio financeiro pelo Estado. Vale destacar também a existência de atendimento nos Centros de Atenção Psicossocial que foram municipalizados e sob os quais o Estado não possui informação de atendimento.

A decisão judicial possibilitando o ressarcimento de despesas com entidades privadas escolhidas pelos interessados, deve ser criticada por não atender aos princípios da universalização e prestação isonômica. Deste expediente tem se valido famílias que, por intermédio de advogados particulares, se habilitam nos autos pretendendo o ressarcimento de despesas realizadas em clínicas particulares, rejeitando às conveniadas pela Secretaria de Estado da Saúde. Estas, por sua vez, não aceitam a celebração de convênios para não se submeterem aos valores pagos pela tabela do SUS. Essa possibilidade justificava-se enquanto o Estado não ofertava atendimento na rede pública ou enquanto não conveniava entidades. A escolha da política por exclusivo arbítrio da parte provoca o que Fernando Facury Scaff denomina “captura do orçamento social pela judicialização das demandas individuais.”⁵⁸⁶ Este expediente torna o SUS um agente financiador de atendimento privado.⁵⁸⁷

Outro exemplo de atuação plena do Poder Judiciário na definição do conteúdo das políticas públicas é a ação civil pública em tramite perante a 6ª Vara Cível da Justiça Federal na cidade de São Paulo, registrada sob o nº 0021921-14.2009.403.6100.⁵⁸⁸ Trata-se de demanda judicial que visa compelir os três entes da Federação, de forma solidária, a implantação e realização da triagem neonatal para o

⁵⁸⁵ Atendimentos da Secretaria de Estado da Educação: Total de Autistas atendidos: 1144; Na Rede Pública Estadual: 409; Em salas de aulas comuns sem apoio pedagógico: 234; Em salas de aulas com recursos pedagógicos: 101; Em classes especiais: 74; Na Rede Particular Conveniada: 723; Em Instituições Particulares pagas pela SEE: 12.

⁵⁸⁶ SCAFF, Fernando Facury, *A eficácia dos Direitos Sociais*, 2010:35.

⁵⁸⁷ Enquanto as clínicas conveniadas recebiam valor paciente R\$ 609,00 há pedido de ressarcimento no importe de R\$ 2.300,00 mensal por paciente. As demandas de habilitação na sentença do custeio dos atendimentos são patrocinadas por Associações fundadas por pais de autistas que tentam direcionar o atendimento de seus filhos às clínicas de suas preferências.

⁵⁸⁸ Pesquisa empírica a partir das peças produzidas nos autos judiciais.

diagnóstico da fibrose cística em todos os recém-nascidos no Estado de São Paulo, com fornecimento gratuito de todos os medicamentos e insumos.

A ação foi julgada procedente com os seguintes fundamentos: (i) o direito à saúde implica qualidade de vida, devendo ser asseguradas todas as medidas para esse fim; (ii) da Constituição se extrai o dever solidário dos entes da Federação na prestação de serviços e ações de saúde, em especial a prevenção; (iii) do Estatuto da Criança e do Adolescente decorre o dever de prestar atendimento integral à saúde da criança, desde o pré-natal, com exames e diagnósticos, fornecendo medicamentos e realizando todos os demais atos visando a sua recuperação, estipulando prioridade a destinação de recursos públicos; (iv) a primazia dada à criança compreende: a) primazia de proteção e socorro, b) preferência de atendimento, c) priorização na formulação de políticas públicas, d) priorização na destinação dos recursos, (v) a triagem neonatal para o diagnóstico da Fibrose Cística instituída pela portaria 822/01 do Ministério da Saúde e por lei específica, lei nº 12.136/09 que institui o Dia Nacional de Conscientização e Divulgação da Fibrose Cística.

Tata-se, efetivamente, de controle da atuação administrativa. A política, objeto da ação civil pública, encontra-se disciplinada no bojo do Programa Nacional de Triagem Neonatal, instituído através da portaria nº 822, de 06 de junho de 2001, do Ministério da Saúde. O programa é escalonado em três fases, cada qual abrangente da triagem, diagnóstico, acompanhamento e terapia de diversas moléstias às quais é o recém-nascido suscetível. Organizam-se as fases progressivamente, de modo que a última delas (fase nº III) corresponde à mais avançada, a ser atingida quando reunidas todas as condições materiais que o permitam, após a implementação e operacionalização bem-sucedidas das duas fases anteriores.

O teste de fibrose cística está inserido na terceira fase, por ter sido avaliada como enfermidade de menor frequência e, portanto, exigente de menor urgência, quando comparada às demais enfermidades (fenilcetonúria, hipotireoidismo congênito, doenças falciformes e outras *hemoglobinopatias*). Em todo o Estado, a triagem neonatal vem sendo realizada nos moldes previstos para a fase nº II. Os Serviços de Referência em Triagem Neonatal (SRTN), cadastrados pela Secretaria Estadual de Saúde, assim têm levado a efeito os procedimentos de coleta, exame, diagnóstico, acompanhamento e tratamento dos casos positivos da íntegra das doenças discriminadas pelo Ministério da Saúde, com a única exceção da fibrose cística, pertinente à fase nº III.

A concretização da fase nº II já consumiu, apenas no interregno entre janeiro e outubro de 2009, R\$ 6.135.057,25 (seis milhões, cento e trinta e cinco mil e cinquenta e sete reais e vinte e cinco centavos), somatório dos gastos com todos os procedimentos correlatos. Dado o volume do serviço atualmente prestado e o fato de ser compreensivo de quase todas as doenças catalogadas como ameaçadoras ao recém-nascido, os órgãos do Poder Executivo alegam que o Programa de Triagem Neonatal está sendo satisfatoriamente executado na cidade de São Paulo. É a invocação ao princípio da razoabilidade, como limite à intervenção do Poder Judiciário na definição dos conteúdos das políticas públicas.

Por outro lado, pode-se discutir se a política pública de atendimento à saúde neonatal, como vem sendo aplicada, preenche o conteúdo de um *mínimo existencial* exigível de qualquer ação governamental na implementação de direitos sociais, limite material para intervenção jurisdicional injuntiva:

(...) **a atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas não se faz de forma indiscriminada**, pois violaria o princípio da separação dos poderes. **A interferência do Judiciário é legítima quando a Administração Pública, de maneira clara e indubitável, viola direitos fundamentais por meio da execução ou falta injustificada de programa de governo**. Quanto ao princípio da reserva do possível, ele não pode ser oposto ao princípio do **mínimo existencial**. Somente depois de atingido o mínimo existencial é que se pode cogitar da efetivação de outros gastos. (REsp 1.041.197-MS, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 25/8/2009, grifos nossos)

Outro aspecto que merecerá discussão diz respeito à progressividade na concretização dos direitos sociais positivados na Constituição da República. No conjunto infindável de prestações estatais de materialização do direito à saúde, quanto mais se descobrem novas enfermidades e técnicas curativas, há diferentes níveis de prioridade e sucessivas etapas a serem cumpridas na busca pela integralização completa da eficácia da norma constitucional.

Se a terceira fase da política está incluída no conteúdo do mínimo existencial e se há razoabilidade na exigência da implementação integral da política, e não sua progressividade, eis fatores que podem ser objeto de controle pelo Poder Judiciário.

27. Omissão parcial, inconstitucionalidade dos critérios: princípios da igualdade e da razoabilidade, mínimo existencial - sentenças aditivas e efeito pró-futuro

Ao procurar cumprir seu dever, o legislador poderá fazê-lo de forma incompleta ou insuficiente, omissão parcial, mas poderá também legislar com violação ao princípio da igualdade, omissão relativa.⁵⁸⁹ Carlos Blanco de Moraes⁵⁹⁰ entende que deve ser diferenciado a omissão relativa da omissão parcial, “por resultar de um regime jurídico positivo que viola comissivamente a Constituição, em virtude da desigualdade gerada pelo silêncio não inclusivo de uma categoria de pessoas ignorada pelas suas normas” e que será tratada como inconstitucionalidade por ação. Distinção que a maior parte da doutrina não faz. Essas são as hipóteses levantadas por Canotilho de legislação deficiente, ou concretização do princípio da igualdade, havendo, todavia, não concretização completa da Constituição. Por isso é tratada também como omissão constitucionalmente relevante.⁵⁹¹

Para o enfrentamento das omissões parciais ou relativas, desenvolveu-se a técnica das sentenças manipulativas aditivas.⁵⁹² A Corte Constitucional declara a inconstitucionalidade de uma certa disposição que “não contém tudo aquilo que deveria conter para responder aos imperativos da Constituição.”⁵⁹³ Seu desenvolvimento deu-se na Itália, a partir da jurisprudência da Corte Constitucional. Essas decisões se constituem por dois elementos, esclarece Elival da Silva Ramos⁵⁹⁴: um *oblativo*, parte inconstitucional de um enunciado normativo; e outro *reconstrutivo* ou *adjuntivo*, “critério jurídico de decisão passível de ser junto a uma norma ou ao segmento remanescente de um regime normativo, de forma a que sejam criadas condições de conformidade do sentido recomposto da disposição normativa com a constituição”.⁵⁹⁵

Não é difícil entrever que o uso dessa técnica decisória pode ser particularmente frutífero no campo das omissões relativas,

⁵⁸⁹ RAMOS, Elival da Silva, *Controle de Constitucionalidade no Brasil*, 2010:95 e MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo VI, 2001:288.

⁵⁹⁰ BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, Tomo II, 2005:459/460.

⁵⁹¹ MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional*, Tomo VI, 2001:286 e BLANCO DE MORAIS, Carlos. *Justiça Constitucional*, Tomo II, 2005:456/458. .

⁵⁹² Utilizamos a expressão com o sentido dado por Carlos Blanco de Moraes às sentenças aditivas em sentido estrito do direito português: “Consistem nas decisões de acolhimento que não só julgam a inconstitucionalidade parcial de uma disposição normativa, mas que também reparam imediatamente o silêncio gerador desse quadro de invalidade ou a lacuna criada própria componente ablativa da sentença, através da identificação de uma norma aplicável.” As sentenças com efeitos aditivos. In: *Sentenças intermédia da Justiça Constitucional*, 2009:45.

⁵⁹³ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, 2001:80.

⁵⁹⁴ RAMOS, Elival da Silva, *Ativismo Judicial*, 2010:2171

⁵⁹⁵ BLANCO DE MORAIS, Carlos, *Justiça Constitucional*, tomo II, 370.

em que, ao proceder à regulação positiva de determinada matéria, o legislador o faz de modo incompleto.⁵⁹⁶

As sentenças aditivas tiveram início na Itália com a Sentença nº 190 de 1970 que determinou a presença do defensor no ato do interrogatório e foi reafirmada, face à recusa dos tribunais judiciais pela observância da parte adjuntiva, pela Sentença nº 67 de 1971. Todavia, ante a resistência doutrinária, bem como, à existência do artigo 81, § 4º da Constituição Italiana, que exige que “qualquer lei que implique novos ou maiores gastos deve indicar os meios para lhes fazer frente”,⁵⁹⁷ o Tribunal Constitucional Italiano recuou não prescrevendo regra, mas apenas princípio, sentença aditiva de princípio.⁵⁹⁸

Para Acosta Sanches, o poder criador do juiz constitucional na Itália se desenvolveu mais que nos demais países da Europa por diversos fatores: (i) o dogma de supremacia da lei nunca gozou de prestígio, sendo superado pelo da supremacia da Constituição; (b) as fragilidades do regime parlamentar italiano, marcado pela inércia; (c) a existência de norma constitucional que alberga os direitos fundamentais resultantes de leis e do direito internacional; (d) previsão constitucional para o preenchimento de lagunas.⁵⁹⁹ Com tais pressupostos:

El Tribunal Constitucional italiano se há beneficiado así desde 1956 en que nace de unos contextos, histórico, jurídico, político e institucional, muy favorables para su expansión, quizá los más propicios en toda Europa para o desarrollo de una jurisprudencia creadora. En particular, Le benefició la relación de fuerzas característica de la I República, que convertía a la ley, no en obra de La mayoría sino en un complicado e ineficiente producto del compromiso múltiple. Todo ello há originado los siguientes rasgos: La jurisdicción constitucional no há llegado a engendrar en Itália en ningún momento el típico temor al ‘gobierno de los jueces’; el tribunal constitucional italiano ha conquistado un papel estelar en la realidad democrática en que se mueve; a diferencia de otros Tribunales constitucionales europeos, “no se preocupa en disimular su poder creador”; reconoce sin ambages a su jurisprudencia como fuente de Derecho; tiende a desligarse con facilidad de reglas de interpretación fijas y entiende ampliamente la interpretación constitucional desde el realismo jurídico, sobre métodos ampliamente deductivos, en particular el histórico-evolutivo, es decir, La entiende como acto de

⁵⁹⁶ RAMOS, Elival da Silva, *Ativismo Judicial*, 2010:219.

⁵⁹⁷ XAVIER, Taciana. *A Tutela das Omissões Relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade) através do controle de constitucionalidade por ação, no sistema jurídico brasileiro*, 2009:389.

⁵⁹⁸ BLANCO DE MORAIS, Carlos, *As sentenças com efeitos aditivos. In: As Sentenças intermédias da Justiça Constitucional*, 2009:28/30.

⁵⁹⁹ SÂNCHEZ, José Acosta. *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional – Fundamentos de La democracia constitucional*, 1998:305/306.

vontad y no como acto de conocimiento, concepción esta típica del positivismo jurídico, como es sabido.⁶⁰⁰

Na Alemanha as sentenças aditivas são proferidas por intermédio da edição de “medidas de necessidades” em caráter provisório, enquanto o legislador não supre a omissão. Há quem sustente que o emprego da técnica correspondente às sentenças apelativas, “em que reconhece que, embora regular, a norma encontra-se em transito para a inconstitucionalidade, fazendo, então, um apelo ao legislador para adequá-la às exigências constitucionais.”⁶⁰¹ Também na Áustria, o Tribunal Constitucional tem proferido sentenças aditivas, integrando leis parcialmente inconstitucionais⁶⁰², bem como, utilizando-se da modulação dos efeitos.⁶⁰³

Em Portugal, há uma variedade de sentenças do Tribunal Constitucional com efeitos manipulativos,⁶⁰⁴ sendo as aditivas em sentido estrito de prestação, àquelas que não apenas reconhece, mas determinam “também a realização material de uma tarefa em favor de um titular ou, ainda, a outorga de um benefício patrimonial.”⁶⁰⁵

Para o Professor Elival da Silva Ramos,⁶⁰⁶ o uso de tal técnica decisória não se caracteriza como ativismo, e, portanto, não encontra óbice no princípio da separação de Poderes, nem barreiras em leis de iniciativa privativa, pois o aplicador está, na verdade, realizado interpretação extensiva a partir de elementos do próprio sistema. Há a identificação da omissão ou lacuna ofensiva à norma constitucional, a declaração de sua inconstitucionalidade, para, em seguida, estender à situações fáticas ou destinatários a norma elaborada deficientemente.⁶⁰⁷

Todavia, destacando a tênue fronteira entre a sentença manipulativa aditiva e o ativismo judicial, por ele entendido como atuação além dos parâmetros constitucionais, Elival da Silva Ramos sustenta a necessidade do Poder Judiciário observar

⁶⁰⁰ *Ibidem*, 306.

⁶⁰¹ SÁ, Fátima. *Omissões Inconstitucionais e sentenças aditivas*, 2009:422.

⁶⁰² BLANCO DE MORAIS, Carlos, *As sentenças com efeitos aditivos*. In: *As Sentenças intermédias da Justiça Constitucional*, 2009:30/30/33.

⁶⁰³ SÁ, Fátima, *Omissões Inconstitucionais e sentenças aditivas*, 2009:424.

⁶⁰⁴ Carlos Blanco de Moraes fala em: (i) sentenças demolitórias com efeitos necessariamente aditivos; (ii) sentenças aditivas em sentido estrito; (iii) sentenças aditivas de princípios; (iv) sentenças substitutivas. *Ibidem*, 38.

⁶⁰⁵ *Ibidem*, 50.

⁶⁰⁶ RAMOS, Elival da Silva, *Ativismo Judicial*, 2010:220.

⁶⁰⁷ Filiam-se à tese da adoção das sentenças aditivas para enfrentar as omissões relativas: Gilmar Ferreira Mendes, Luis Roberto Barroso e Francisco Cavalcanti, nos relata Taciana Xavir, *A tutela das omissões relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade) através do controle de constitucionalidade por ação, no sistema jurídico brasileiro*, 2009:377/381.

dois aspectos fundamentais: (i) a norma constitucional aplicada deve gozar de plena eficácia e (ii) a norma estendida deve ficar nos limites interpretativos da norma constitucional.⁶⁰⁸

Os Tribunais Constitucionais têm suprido as omissões parciais e relativas pela utilização de técnicas de decisões do controle de constitucionalidade por ação⁶⁰⁹, ora banindo o critério discriminador, ora reconhecendo sua inconstitucionalidade, sem aplicação da sanção de nulidade, mas fixando prazo para o legislador corrigir a legislação, sob pena de ser atribuída eficácia plena à norma constitucional. Esta técnica é aplicada quando a concretização da Constituição, via legislativa, é considerada insuficiente ou insatisfatória ou não isonômica.⁶¹⁰

Como aduz Jorge Miranda:

Não se trata apenas de criar serviços ou concretizar prestações pecuniárias ou outras; trata-se também, por um lado, de dar lugar e voz aos destinatários e beneficiários segundo a Constituição e a lei e, por outro lado, de admitir formas de complementariedade ou de concorrência entre as intervenções do Estado e das demais entidades públicas e as iniciativas das pessoas e dos grupos existentes na sociedade civil. Assim se espera otimizar as condições de realização dos direitos e aprofundar a própria democracia.⁶¹¹

Esta técnica é compatível com o arranjo institucional do princípio da separação de Poderes, posto que a iniciativa legislativa já foi exaurida, quando da apresentação do projeto. Todavia, há necessidade da fixação de prazo para a tomada de providências, administrativas ou orçamentárias, com a modulação do efeito da decisão pró-futuro.⁶¹² Isto porque os reflexos orçamentários financeiros demandam providências que poderão depender de recursos não existentes no orçamento em curso ou que não poderão ser implementados, senão de forma gradativa.

Mas essa gradação, todavia, não se sustenta, para parte considerável da doutrina, se a prestação específica pode ser incluída no *mínimo existencial*. Para Ana Paula Barcellos, “é possível identificar um núcleo de condutas exigíveis e, para além desse núcleo, o enunciado constitucional poderá ser desenvolvido em função das opções do Legislativo e do Executivo em cada momento histórico.”⁶¹³ Esse *mínimo* deveria abranger

⁶⁰⁸ RAMOS, Elival da Silva, *Ativismo Judicial*, 2010:220.

⁶⁰⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, 2001:276.

⁶¹⁰ RAMOS, Elival da Silva, *Controle de Constitucionalidade no Brasil*, 2010:96/97.

⁶¹¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, 2000:389/90.

⁶¹² No sistema brasileiro previsto no artigo 27 da Lei nº 9.868/99.

⁶¹³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, 2000:808/809.

todas as prestações que sejam essenciais para a garantia da vida, com dignidade. É também a posição de Ricardo Lobo Torres,⁶¹⁴ que cita, como exemplo, as campanhas de vacinação e o atendimento em prontos socorros. Kazuo Watanabe, por sua vez, defende um conceito aberto, devendo o mesmo sofrer “variável histórica e geograficamente, é um conceito dinâmico e evolutivo, presidido pelo princípio da proibição de retrocesso, ampliando-se a sua abrangência na medida em que melhorem as condições sociais e econômicas do país.”⁶¹⁵ Assim, na lição de Watanabe, deve haver uma constante atualização das políticas para atendimento ao *mínimo existencial*.

Em matéria de política de saúde pública, o caso mais paradigmático de sentenças aditivas com efeito pró-futuro, por legislação insuficiente ou não isonômica, é a assistência farmacêutica, ou, a distribuição de medicamentos. A lista é utilizada pelo Poder Executivo para definir o que é universalizável, e portanto, o que integra o *mínimo existencial*, em matéria de assistência farmacêutica, objeto de adjudicação judicial.

Como fundamento constitucional para o dever de assistência farmacêutica, pois se trata de ação que garante a recuperação e o atendimento integral, temos os artigos 196 e 198, II da CF, devidamente regulamentada pela norma contida no artigo 6º, I, “d” da lei nº 8.080/90,⁶¹⁶ garantindo ações de assistência farmacêutica, cuja especificação é objeto de diversas portarias do Ministério da Saúde.⁶¹⁷ Em linhas gerais, visando garantir a maior cobertura, em termos de epidemias, moléstias e usuários, bem como a segurança da medicação, a economicidade e a eficiência, a União elabora uma lista dos medicamentos, disponível na rede do SUS, fixando regras para a competência distributiva, entre a União, Estados e Município.

Ao definir os remédios que serão distribuídos há restrição de acesso, em princípio, incompatível com a previsão constitucional de universalização e ampla cobertura. Ao determinar a entrega de um medicamento não constante da lista, o Poder

⁶¹⁴ “A saída para a afirmação dos direitos sociais tem sido, nas últimas décadas: a) a redução de sua jusfundamentalidade ao mínimo existencial, que representa a quantidade mínima de direitos sociais abaixo da qual o homem não tem condições para sobreviver com dignidade; b) a otimização da parte que sobreexcede os mínimos sociais na via das políticas públicas, do orçamento e do exercício da cidadania. O equilíbrio entre os dois aspectos – de liberdade e de justiça – passa pela maximização do mínimo existencial e pela minimização dos direitos sociais em sua extensão, mas não em sua profundidade.” TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*, 2009:53.

⁶¹⁵ WATANABE, Kazuo. *Controle jurisdicional das políticas pública, mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis*. In: *O controle judicial de políticas públicas*, 2011:219.

⁶¹⁶ Temos ainda no âmbito nacional a Lei nº 9.313/96 que dispõe sobre a distribuição de medicamentos aos portadores do AIV e doentes de AIDS e no Rio Grande do Sul a Lei Estadual nº 11.718/02.

⁶¹⁷ A Portaria nº 3916/98 do MS é a mais importante.

Judiciário controla a constitucionalidade de tal parâmetro normativo definidor do conteúdo da política de assistência farmacêutica.

Tanto no âmbito de processo de controle concentrado, abstrato ou concreto, como no âmbito do controle difuso, importa ao Poder Judiciário olhar para a política, olhar para a lista, enfrentar os critérios de definição da lista e não apenas para o receituário e a necessidade de quem requer, sob pena de dar ao direito à assistência farmacêutica um caráter individualista e absolutiza-o.

Este foi um dos temas mais debatidos na doutrina e na jurisprudência, pois a elaboração da lista para definição dos medicamentos que serão fornecidos gratuitamente atende, a priori, satisfatoriamente, aos critérios definidores dos limites⁶¹⁸ para a interferência do Poder Judiciário: é razoável, assegura o *mínimo existencial* e se coaduna com as limitações orçamentárias, não sendo argüível a reserva do possível para desculpar-se do não fornecimento, quando inseridos na lista.

Todavia os critérios para a inclusão na lista são controláveis. Após a realização de audiência pública para discussão das questões de saúde, o Ministro Gilmar Mendes relatou, dentre outros, o agravo regimental nº 175⁶¹⁹, cujo voto serviu de parâmetro para o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, elegendo alguns critérios:

(i) a existência de registro na ANVISA ou a autorização excepcional de medicamento estrangeiro, nos termos das leis nº 6360/76 e 9782/99; (ii) a existência de motivação para a recusa, existência de fármaco similar ou inexistência de tratamento no SUS, em protocolos que representam o consenso “possível” da comunidade acadêmica e que viabilizem o fornecimento universal e igualitário.

Ao final, concluiu que o Judiciário, em geral, deve “privilegiar o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.”⁶²⁰

Quanto à inexistência de fármaco na rede pública, na lista do SUS, deve-se, segundo o voto do Ministro, diferenciar as situações de tratamentos experimentais ou novos tratamentos, aprovado na comunidade científica, mas ainda não incorporados à lista, admitindo-se o controle, para adição da política nesta hipótese, mas rejeitando-se na

⁶¹⁸

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2011:133/139.

⁶¹⁹

No mesmo sentido o Agravo Regimental nº 2944/PB; 47/P; 3345/RN.

⁶²⁰

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental nº 175-CE, acessível em w.w.w.stf.jus.br em 17.05.2011.

primeira, tratamentos experimentais. Adverte, porém, pela necessidade de ampla produção probatória, o que, *a priori*, afasta a tutela em caráter antecipatório. Deixa de considerar, pois, no caso concreto julgado seria irrelevante, a validade do parâmetro do custo e sua possibilidade de universalização, à luz da reserva do possível, orçamentário e financeiro.

Nos mesmos julgados merecem destaques o voto do Ministro Celso de Melo, que é na mesma linha de seu conhecido voto na ADPF 45/RJ. Sustenta, em síntese, se dever respeitar a primazia dos poderes políticos na elaboração e concretização de políticas públicas, mas destacando, caber ao Poder Judiciário suprir a omissão quando houver comprometimento do gozo de direitos individuais e coletivos de estatura constitucional. Avança ao analisar a possibilidade da discussão em torno da reserva do possível, em seu aspecto financeiro e orçamentário, mas afastando sua aplicação quando em jogo a vida ou a saúde.

Embora cheguem ao mesmo resultado, os votos tem fundamentos divergentes. O ministro Gilmar Mendes olha para a política e a analisa à luz dos parâmetros constitucionais. Enfrenta as teses que limitam ou restringem a interferência do Poder Judiciário (mínimo existencial, reserva do possível e o princípio da razoabilidade). Já o Ministro Celso de Melo olha para as demandas, dá um valor absoluto ao direito à saúde, atribuindo ao Estado o dever de garantir, sempre, todos os serviços e ações disponíveis para evitar a morte.

Mas como se trata de função extraordinária do Poder Judiciário, deve este olhar para a Constituição e dela extrair parâmetros para a sua interferência, pois aditar políticas públicas só em caráter excepcional. Assim, parece mais razoável a adoção da corrente do Ministro Gilmar Mendes. Neste sentido, analisando as decisões dos Tribunais Superiores, Luis Roberto Barroso elege os seguintes parâmetros para a interferência do Poder Judiciário na política pública de assistência farmacêutica:

- (i) a alteração das listas pode ser objeto de discussão no âmbito de ações coletivas; (ii) só pode ser determinada a inclusão de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos; (iii) se deve optar por substâncias disponíveis no Brasil; (iv) preferência pelo medicamento genérico; (v) o medicamento pretendido, fora da lista, deve ser indispensável à manutenção da vida.⁶²¹

⁶²¹

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.* In *Direitos Sociais*, 2010:899/902.

A importância do respeito à lista é atestada por Sueli Gandolfi Dallari. Pois se visa assegurar a universalidade. Com efeito, trata-se de “identificar, com base na situação epidemiológica, os maiores problemas de saúde e os medicamentos básicos indispensáveis para seu tratamento.”⁶²²

Acrescentar fármaco na lista é uma típica atividade de controle jurisdicional, pois pode o Executivo deixar de atualizar a lista e, em via de consequência, desatender necessidades vitais. Porém, tais decisões devem ser tomadas a partir de ampla discussão envolvendo os usuários do sistema público, que sofrerão os efeitos da inclusão, e dos gestores dos serviços, cujas alegações devem ser confortadas à luz dos princípios da razoabilidade e do conteúdo do *mínimo existencial* e da reserva do possível, fática, que abrange as condições estruturais, financeira e orçamentária do sistema.

Decidido pela alteração, se deve observar os prazos necessários à adequação orçamentária e financeira dos Entes responsáveis pela execução da política, por isso, a técnica adequada é a modulação dos efeitos, atribuindo-se efeitos pró-futuro, nos termos do artigo 27 da lei nº 9.869 de 1999,⁶²³ que regulamentou o procedimento das ações de controle de constitucionalidade.

28. A decisão da inconstitucionalidade por insuficiência de recursos e estrutura, reserva do possível: sentenças aditivas com efeito pró-futuro

Ainda que não defina o conteúdo material da política, a realidade estrutural, existência de unidades, profissionais e a orçamentária financeira são postas como limites fáticos para a realização de políticas públicas.⁶²⁴ Essas limitações podem ser reais ou decorrentes de escolhas feitas pelos governantes, notadamente ao alocar os recursos.

A atuação do Poder Judiciário deve verificar se a limitação material pode ser suprida, tais como equipamentos e profissionais, hipótese em que a decisão deve

⁶²² DALLARI, Sueli Gandolfi. *Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública*, In *Políticas Públicas, reflexões sobre o conceito*, 2006:259.

⁶²³ “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado **ou de outro momento que venha a ser fixado.**” (destaquei).

⁶²⁴ “Sugerimos como limites fáticos aqueles relacionados à disponibilidade de recursos, critérios e fases de alocação, bem como questões relacionadas ao planejamento administrativo.” CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. *Outros limites ao Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. In *controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, 2011:291.

observar um prazo razoável para sua supressão, considerando a necessidade da prática de todos os procedimentos, atos e negócios para instrumentalizar a política. Deve observar também o reflexo que tais medidas trarão para o orçamento e se é possível sua inclusão nos limites financeiro e orçamentário, do respectivo Ente, chamando, para complementação, outros Entes igualmente competentes, por se tratar de competência comum, nos termos do artigo 23, II, da Constituição Federal.

Nesta hipótese podemos incluir as sentenças que verificam a insuficiência de leitos hospitalares e de vagas em unidades de terapias intensivas⁶²⁵. Para determinar a ampliação da rede, há necessidade de preceder a sentença a elaboração de, no mínimo, um projeto básico,⁶²⁶ com previsão do custeio, a curto prazo e das reais condições de implementação pelo Ente, estudo de viabilidade. Ou seja, são decisões que devem ser tomadas à luz do princípio da razoabilidade e da reserva do possível fática, material e financeiro-orçamentária.

O projeto básico e o plano de trabalho podem ser elaborados por peritos designados, atendendo-se aos requisitos legais, inclusive quanto ao custeio e sua suportabilidade pelo orçamento do ente. Com esses elementos, que devem ser construídos no âmbito de um processo sob o contraditório, tem o juiz instrumentos adequados para averiguação da alegação da reserva do possível e possibilidade de fixar medidas razoáveis.

Constatado que há viabilidade material e financeira, mas não orçamentária, pois o orçamento está comprometido com outras prioridades dos governantes, há que se ponderar entre as escolhas feitas na seara política, quais podem ceder para realização daquelas consideradas fundamentais, devendo, na mesma decisão ser

⁶²⁵ É o caso da decisão do STF, por seu Presidente ministro Gilmar Mendes que manteve a decisão do Juiz da 18ª Vara da justiça Federal do Ceará que “determinou à União e àquele Estado a transferência de todos os pacientes necessitados de tratamento em UTI (Unidades de Tratamento Intensivo), nos 61 municípios daquela macrorregião administrada pelo SUS (Sistema Único de Saúde), para hospitais públicos ou privados, mas que tivessem condições de atendimento. E ainda determinou o início de procedimentos tendentes à instalação e ao funcionamento de 10 leitos de UTI’s adultas e 10 leitos de UTI’s neonatais e 10 leitos de UTI’s pediátricas, no prazo máximo de 90 dias.” In: SCAFF, Fernando Facury. *A Efetivação dos Direitos Sociais no Brasil. A Eficácia dos Direitos Sociais*, 2010:40.

⁶²⁶ As obras e os serviços só podem ser iniciadas quando houver: (i) projeto básico ou executivo; (ii) orçamento detalhado em planilhas; (iii) previsão de recursos; (iv) adequação nas leis orçamentárias. Nos termos do artigo 7º da Lei nº 8.666/93, cujo artigo 6º, IX define projeto básico como “conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão e adequação, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos e do prazo de execução...”. Em se tratando de serviços sociais, o artigo 116 da lei nº 8.666/93 trás idêntica exigência quando descreve o plano de trabalho.

determinado o corte, para que os recursos economizados possam financiar as novas demandas aditivadas.

Devem ficar, *a priori*, imunes ao corte as políticas que foram elaboradas a partir de procedimentos participativo, tais como os Conselhos de Saúde e os Conselhos Gestores. Aqui trata-se de decisões tomadas com autêntica legitimidade, pelos destinatários da política, devendo, por isso, ser preservadas e só sacrificadas para preservação de direitos de minorias ou por razões jurídicas de cunho constitucional.

A atuação do juiz⁶²⁷ não deve se limitar a determinar a implementação do pedido formulado, mas com uma postura ativa e flexível verificar como a política pode ser implementada. A partir dos projetos básicos ou plano de execução, os magistrados devem passar a “discriminar os passos a serem supridos pela Administração Pública, os quais seriam necessários à implementação da política estatal determinada.” Essa atuação reclama, ainda, uma “contínua observância e avaliação da gestão administrativa.”⁶²⁸

Por fim, o aspecto temporal para implementação deve ser objeto de definição do projeto básico, e determinará o momento de início e conclusão da modificação da política, determinada judicialmente.

⁶²⁷ “Nos casos em que se exige uma avaliação completa do desenvolvimento do programa estatal, comumente, no tocante à reorganização ou gestão dos sistemas afeitos à segurança pública, educação ou saúde, o *enforcement* da decisão judiciária não se exaure com a incidência isolada de algumas sanções.

Faz-se necessária, nesses casos, uma postura ativa e reflexível do magistrado. Tratando-se da implementação de uma política pública complexa – decorrente do expressivo número de possibilidades – importa, muito mais do que o mero estabelecimento de sanções, a participação criativa e flexível do magistrado na eferição das medidas operacionais adequadas ao cumprimento da decisão judicial. BRASIL JUNIOR, Samuel Meira e CASTELO, Juliana Justo Botelo. *O cumprimento coercitivo das decisões judiciais tocante às políticas públicas*. In: *Controle Jurisdicional de políticas Públicas*, 2011:476.

⁶²⁸ BRASIL JUNIOR, Samuel Meira e CASTELO, Juliana Justo Botelo. *O cumprimento coercitivo das decisões judiciais tocante às políticas públicas*. In: *Controle Jurisdicional de políticas Públicas*, 2011:480.

Conclusão

O desafio de efetivar os direitos sociais declarados nos documentos internacionais e proclamados nas Constituições não pode ser enfrentado como questão meramente teórica em torno da efetividade das normas. Tal abordagem esconde os verdadeiros obstáculos para a efetividade de tais direitos. A jurisdicização só é possível através de conceitos indeterminados que escamoteiam o conflito ideológico e não fornecem elementos necessários para a aplicação individual nos moldes de um processo judicial. Para ocultar o conflito ideológico, o legislador utiliza-se de expressões que dizem tudo sem dizer nada, inviabilizando sua aplicabilidade imediata e direta aos casos individuais.

A defesa da aplicabilidade direta e eficácia imediata de normas constitucionais veiculadoras de direitos sociais absolutiza-os, levando-se a crer que são garantidos independentemente das condições econômicas, financeiras e orçamentárias, bem, como dos interesses políticos defendidos pelos representantes do povo.

Na elaboração de uma política pública tais fatores são considerados, relativizando-os, respeitando-se as condições políticas, administrativas e financeiras, num dado momento - ano orçamentário. Estes direitos se efetivam e se efetivaram ao longo de um processo histórico de conquista, característica que os torna dependentes do fenômeno político.

A tese jurídica da eficácia imediata e aplicabilidade direta dos direitos sociais a partir das normas constitucionais, não se sustenta por desprezar o conflito ideológico escamoteado nas normas, ignorar o relativismo e a historicidade de tais direitos e desprezar a importância do fenômeno político.

Uma abordagem correta das normas constitucionais veiculadoras dos direitos sociais e mais especificamente do direito à saúde, deve, em um primeiro plano, abordar como o Estado realiza o dever de prestar o serviço público de saúde.

São princípios fundamentais da política pública de saúde: a universalização e a isonomia. A individualização da prestação precisa, necessariamente, atender ao critério da igualdade considerando o universo de todos os beneficiários da política e a possibilidade de sua universalização considerando o universo dos beneficiários,

a estrutura administrativa necessária para a sua implementação e a disponibilidade orçamentária.

Somente a partir da política é que pode especificar o que cada cidadão tem direito enquanto prestação de ação ou serviço efetivo de saúde pública. A formulação da política pública de saúde nos termos constitucionais é tarefa do Estado, dos três Poderes, com a participação da sociedade civil.

As leis orçamentárias, que dão efetividade à política pública, são precedidas de discussões em fóruns de participação popular e de iniciativa do chefe do Poder Executivo, o que torna o conteúdo das políticas públicas matéria a ser definida em processo com participação popular, conduzido por ele.

Aos Poderes Legislativo e Judiciário cabe o controle político e jurídico: político pelo poder legislativo, tendo como parâmetro os interesses e as aspirações levadas aos agentes políticos pelos seus respectivos eleitores, o que é feito no processo legislativo de elaboração das leis orçamentárias.

Cabe, essencialmente, ao Poder Judiciário analisar se as políticas regulamentadas pelas normas materiais entregues às estruturas administrativas e garantidas nos termos das leis orçamentárias, contemplam adequadamente as prioridades definidas na Constituição. Trata-se de controlar a constitucionalidade das políticas públicas. A interferência do Poder Judiciário se faz mais evidente ante à existência de omissão dos poderes políticos, diante de um mandamento constitucional.

Se a omissão de lei de iniciativa privativa do Chefe do Executivo, a interferência deve ter o caráter de recomendações com força moral e política indutora da iniciativa, viabilizando o diálogo institucional entre os responsáveis pela efetivação da Constituição.

Se a omissão é de medidas administrativas, o Poder Judiciário pode determinar o atendimento em prazo fixado, proferindo sentenças aditivas à política com efeitos pró-futuro.

O Poder Judiciário pode controlar, por fim, as omissões parciais da política, os critérios seletivos. A decisão aditará o conteúdo da política e terá efeitos pró-futuro para permitir ao chefe do Executivo a sua realização mediante modificações nas leis orçamentárias.

Referências Bibliográficas

- ABRAMOVICK**, Victor e **COURTIS**, Christian. *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*, 2005. In: www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/courtis.htm , Acesso em 14.04.2010;
- ACKERMAN**, Bruce. *A Nova Separação dos Poderes*. Tradução de Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. 2ª. Edição. Rio de Janeiro, Editora Mumen Júris, 2009;
- AFONSO DA SILVA**, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33ª edição. São Paulo, Malheiros, 2009;
- _____. *Aplicabilidade das normas Constitucionais*. SP, Malheiros 1999;
- _____. *Poder Constituinte e Poder Popular*. SP, Malheiros, 2000;
- AGUILAR**, Juan F. Lopes. *La Justicia y sus problemas en La Constitución*. Madrid, Tecnos, 1996;
- ALEX**, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. SP, Malheiros, 2008;
- _____. *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. 2ª. Edição, livraria do Advogado, 2008;
- ALMEIDA**, Guilherme de Assis e **PERRONE-Moisés**, Cláudia (Organizadores) *Direito Internacional dos Direitos Humanos: Instrumentos Básicos*, 2ª. edição, São Paulo, Atlas, 2007;
- AMARAL**, Gustavo e **MELLO**, Danielle. *Há direitos acima dos orçamentos?*. In: *Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm, Organizadores. 2ª edição revista e ampliada. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010;
- ANDRADE**, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra, Almedina, 2009;
- APOLINÁRIO**, Silvia Menicucci de Oliveira Selmi. *Os Procedimentos Especiais do Sistema de Direitos Humanos das Nações Unidas*. In *Direito Internacional dos Direitos Humanos: Instrumentos Básicos*, 2ª edição, Atlas 2007;
- ARANGO**, Rodolfo. *O Direito à Saúde na jurisprudência Constitucional Colombiana*. In *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Cláudio Pereira de Souza e Daniel Sarmento, Coordenadores, 2ª tiragem. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010;

- ARANTES**, Rogério Bastos. *Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: Sistema Político Brasileiro: uma introdução*. Organizadores: Lúcia Avelar e Antônio Octávio Cintra. 2ª. Edição, Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Editora UNESP, 2007;
- ARAÚJO**, Luiz Alberto David e **NUNES JÚNIOR**, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. SP, Saraiva, 2006;
- ATALIBA**, Geraldo. *República e Constituição*. SP, Malheiros, 2004;
- BANDEIRA DE MELLO**, Celso Antônio. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*. SP, Malheiros, 2009;
- _____. *Curso de Direito Administrativo*, 17ª edição, São Paulo, Malheiros, 2004.
- BARBOSA**, Rui. *Atos Inconstitucionais*. SP, Russel, 2003;
- BARCELLOS**, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. RJ, Renovar, 2002;
- _____. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm, organizadores. 2ª. Edição revista e ampliada, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2010;
- _____. *O Direito a Prestações de Saúde: Complexidades, Mínimo Existencial e o Valor das Abordagens Coletivas e Abstratas. In Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Rio de Janeiro, Editora Lumen Júris, 2010;
- BARROS**, Sérgio Resende de. *Contribuição Dialética para o Constitucionalismo*. Campinas/SP, Millennium, 2008;
- _____. *Direitos Humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003;
- _____. *Essência e aparência*. Texto enviado para aula de pós-graduação na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010;
- _____. *Estado de direito*. Texto enviado para aula de pós-graduação na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010;
- _____. *Estado de legalidade*. Texto enviado para aula de pós-graduação na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010;
- _____. *A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA* inserido no tema AS FUNÇÕES DO ESTADO do tomo I do livro em 2 tomos de Raymond Carré de Malberg, intitulado

- CONTRIBUTION À LA THÉORIE GÉNÉRALE DE L'ÉTAT, publicado em 1920, em Paris, pela LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL SIREY. A tradução foi feita pelo Prof. Sérgio Resende de Barros, do modo mais literal possível, especialmente para uso de seus alunos, na disciplina A NEGAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO PELO ESTADO DE LEGALIDADE, no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo;
- ____. *Raízes e matrizes da dialética*. Texto enviado para aula de pós-graduação na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010;
- BARROS**, Marcus Aurélio de Freitas. *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Parâmetros Objetivos e tutela coletiva*. RS, SAFEditor, 2008;
- BARROSO**, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, SP, Saraiva, 1998;
- ____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. RJ, Renovar, 5ª. Edição, 2001;
- ____ (Organizador). *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. RJ, Renovar, 2003;
- ____. *O Controle de Constitucionalidade*. SP, Saraiva, 2006;
- ____. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. In *Direitos Sociais, Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010;
- BASTOS, Celso Ribeiro**. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. SP, Celso Bastos Editor, 2002;
- ____. *Curso de Direito Constitucional*. SP, Saraiva, 2000;
- BELLO, Enzo**. *Cidadania e Direitos Sociais no Brasil: Um enfoque político e social*. *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel, Coordenadores. Lúmen Júris Editora, 2ª. Tiragem, Rio de Janeiro, 2010
- BINENBOJM**, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira, Legitimidade democrática e instrumento de realização*. RJ, Renovar, 2004;
- BLANCO DE MORAIS**, Carlos. *Justiça Constitucional*, tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 2005;

- ____. *As Sentenças com Efeitos Aditivos. In: As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional. Estudos Luso-Brasileiros de Direito Público.* AAFDL – Alameda da Universidade, Lisboa, 2009:13/115.
- BOBBIO**, Norberto. *A Era dos Direitos.* Trad. Carlos Nelson Coutinho. RF, Campus, 2004;
- ____. *O futuro da democracia.* Trad. Marco Aurélio Nogueira, 9ª. Edição, SP, Paz e Terra, 2000;
- ____. *Da Estrutura à Função. Novos Estudos de Teoria do Direito.* Trad. Daniela Beccaria Versiani. Barueri, SP, Manole, 2007;
- BONAVIDES**, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* SP. Malheiros, 2004;
- ____ e LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Constituição e Democracia. Estudos em homenagem ao Professor J.J. Gomes Canotilho.* SP, Malheiros, 2006;
- BONTEMPO**, Alessandra. *Direitos Sociais. Eficácia e Acionabilidade à Luz da Constituição de 1988.* PR, Juruá, 2008;
- BREUS**, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional.* Belo Horizonte, Fórum, 2007;
- BRASIL JUNIOR**, Samuel Meira e **CASTELO**, Juliana Justo Botelo. *O cumprimento coercitivo das decisões judiciais no tocante às políticas públicas.* In: **GRINOVER**, Ada Pellegrini e **WATANABE**, Kazuo (Organizadores). *O controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, Rio de Janeiro, Forense, 2011;
- BRITO**, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição.* RJ, Forense, 2003;
- BUCCI**, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas.* SP, Saraiva, 2002;
- ____. *O Conceito de Política Pública em Direito* in **BUCCI**, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: Reflexões sobre o Conceito Jurídico.* São Paulo: Saraiva, 2006.
- ____. *Notas para uma Metodologia Jurídica de Análise de Políticas Públicas.* In: *Políticas Públicas: possibilidades e limites.* FORTINI, Cristiana e Outros. Belo Horizonte, Fórum 2008;
- BULOS**, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*, SP, Saraiva, 2008;
- ____. *Mutação Constitucional.* SP, Saraiva, 1997;
- CAMPANHOLE**, Adriano e Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*, 6ª. Edição. São Paulo, Atlas, 1983;

- CANELA JUNIOR**, Oswaldo, *Controle Judicial das Políticas Públicas*, São Paulo, Saraiva 2011;
- CANEL**, Regina Célia e **CASTRO**, Cláudio Gastão Junqueira de. *A advocacia em saúde como uma estratégia para a promoção da saúde*. Revista de. Direito Sanitário. v.9 n.1 São Paulo mar/jun. 2008;
- CANOTILHO**, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra, Almedina, 1998;
- _____. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra, Coimbra Editora, 2001;
- _____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra, 2004;
- _____. *O Direito Constitucional como ciência de direcção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização da sociedade (contributo a reabilitação da força normativa da “constituição social”)*. In: *Direitos Fundamentais Sociais*, 2010;
- CAPPELLETTI**, Mauro. *Juízes Legisladores?* RS, SAFEditor, 1999;
- _____. *Juízes irresponsáveis?* RS, SAFEditor, 1989;
- _____. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. RS, SAFEditor, 1999;
- CARRÉ DE MALBERG, R.**, *Teoria General Del Estado*. Prefácio de Hector Gros Espiel. Tradução de José Lion Depetre. Facultad de Derecho/UNAM – Fonde de Cultura Económica. México, 2001;
- CARRETI**, Paolo. *Il Diretti Sociali nella Costituzione Italiana e gli Istrumenti di garanzia*. In: *A Eficácia dos Direitos Sociais*, SACFF, Fernando Facury (Organizador), São Paulo, Quartier Lantim, 2010;
- CARVALHO, José Murilo**. *A Cidadania no Brasil – O longo caminho*. RJ, Civilização Brasileira, 2007;
- CASAGRANDE**, Cássio. *Ministério Público e a Judicialização da Política. Estudo de Casos*. PA, SAFEditor, 2008;
- CASSEB**, Paulo Adib. *O Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal Brasileiro Casos Concretos*. In: *As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional. Estudos Luso-Brasileiros de Direito Público*. AAFDL – Alameda da Universidade, Lisboa, 2009;
- CICCONETTI**, Stefano Maria. *Os Direitos Sociais na Jurisprudência Constitucional Italiana*. In *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Cláudio Pereira de Souza e Daniel Sarmento, Coordenadores, 2ª tiragem. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010;

- CHIMENTI**, Ricardo Cunha, **CAPEZ**, Fernando, **ROSA**, Márcio F. Elias e **SANTOS**, Marisa F., *Curso de Direito Constitucional*. SP, Saraiva, 2006;
- CHRISTIANSEN**, Eric. C., *Decidindo sobre direitos não-justicializáveis: direitos socio-econômicos e a Corte Constitucional Sul-Africana*. In: *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em espécie*, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, Coordenadores, 2ª tiragem. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010;
- CLÉVE**, Clémerson Merlim. *A fiscalização abstrata da Constitucionalidade no direito brasileiro*. SP, RT, 2000;
- COMPARATO**, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. III Edição, SP, Saraiva, 2003;
- _____. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. In Revista de Informação Legislativa, a. 35 n. 138 abr./jun. Brasília: 1998;
- CONTI**, José Maurício. *A Autonomia Financeira do Poder Judiciário*. São Paulo: MP Editora, 2006;
- CORTEZ**, Luís Francisco Aguilar. *Outros limites ao Controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. In GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo (Organizadores). *O controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, Rio de Janeiro, Forense, 2011:287/307;
- COURTIS**, Christian. *Critérios de Justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: uma Breve Exploração*. In: *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Rio de Janeiro, Editora Lumen Júris, 2010;
- DALLARI**, Sueli Gandolfi. *Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari – Organizadora. *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo, Saraiva, 2006;
- ____ e **NUNES JUNIOR**, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*, Editora Verbatim. São Paulo, 2010;
- ____. e /outros (Rosemary Barber-Madden, Marília de Castro Torres-Fernandes, Nur Shuqaira Mahmud Said Abdel Qader Shuqair e Helena Akemi Watanabe). *Advocacia em saúde no Brasil contemporâneo*. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, ano 30, v. 6, p. 592-601, 1996;
- DAHL**, Robert. A., *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. DF, UNB, 2009;

- DERBLI**, Felipe. *A Aplicabilidade do Princípio da Proibição de Retrocesso Social no Direito Brasileiro. In Direitos Sociais: Fundamentos, Justiciabilidade e Direitos Sociais em Espécie, Rio de Janeiro*, Editora Lúmen Júris, 2010;
- DI PIETRO**, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 22ª. Edição. São Paulo, atlas, 2009.
- DINIZ**, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. SP. Saraiva, 1998;
- DIMOULIS**, Dimitri e **MARTINS**, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009;
- DAURTE**, Clarice Seixas. *Direito público subjetivo e políticas educacionais*. In: **BUCCI**, Maria Paula Dallari – Organizadora. *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo, Saraiva, 2006;
- DWORKIN**, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo SP, Martins Fontes, 2003;
- _____. *Levando os direitos a sério*. Trad. De Nelson Boeira. SP, Martins Fontes, 2002;
- ESCOREL**, Sarah, **NASCIMENTO**, Dilene Raimundo do e **EDLER**, Flavio Coelho. *As origens da Reforma Sanitária e do SUS*. In: *Saúde e Democracia: História e perspectiva do SUS*. Rio de Janeiro, Editora Friocruz, 2005:59/81.
- ____ e **BLOCH**, Renata Arruda de. *As Conferências Nacionais de Saúde na Construção do SUS*. In: *Saúde e Democracia: História e perspectiva do SUS*. Rio de Janeiro, Editora Friocruz, 2005:83/119;
- FAGUNDES**, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. RJ, Forense, 2006;
- FAORO**, Raymundo. *Os donos do poder. Formação do patronato político brasileiro*. 3ª. Ed. SP, Globo, 2001;
- FAVOREU**, Louis. *As Cortes Constitucionais*. SP, Landy, 2004;
- FRANCISCO**, José Carlos. *Dignidade Humana, Custos Estatais e Acesso à Saúde*. In: *In: Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Rio de Janeiro, Editora Lúmen Júris, 2010;
- FREIRE JUNIOR**, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. SP, RT, 2005;
- FERRARI**, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. SP. RT, 2004;

- _____. *Normas Constitucionais Programáticas. Normatividade, Operatividade e Efetividade*. SP, RT, 2001;
- FERRAZ**, Anna Cândida da Cunha. *Conflito entre poderes: O Poder Congressional de sustar os atos normativos do poder executivo*. SP, RT, 1994;
- FERRAZ Jr.**, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, decisão, dominação*. SP, Atlas, 2003.
- _____. *Estudos de Filosofia do Direito: Reflexões sobre o Poder., a Liberdade, a Justiça e o Direito*. SP, Atlas, 2003;
- _____. *Função Social da Dogmática Jurídica*. SP, Max Limonad, 1998;
- FERREIRA FILHO**, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 32ª. Edição, revista e ampliada São Paulo, Saraiva, 2006;
- _____. *Direitos Humanos Fundamentais*. 11ª edição, São Paulo, Saraiva, 2011;
- _____. *Estado de Direito e Constituição*, 3ª. Edição, revista e ampliada. São Paulo, Saraiva, 2004;
- _____. *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 2009;
- _____. *Do Processo Legislativo*. 5ª. Edição, revista, ampliada e atualizada. São Paulo, Saraiva, 2002;
- _____. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*, 2ª edição. SP, Saraiva, 2009;
- FLEISCHACKER**, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. Trad. Álvaro de Vita. SP, RT, 2006;
- GARCIA DE ENTERRIA**, Eduardo. *La Constitución como norma y El Tribunal Constitucional*. Madrid, Civitas, 2001;
- GARGARELLA**, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls. Um breve manual de filosofia política*. Alonso Reis Freire. SP, Martins Fontes, 2008;
- GORENDER**, Jacob. *Introdução: O Nascimento do materialismo histórico*, In: *A Ideologia Alemã*. Tradução de Luis Cláudio de Castro e Costa, 3ª. Edição, São Paulo, Martins Fontes, 2007 (clássicos);
- GRAU**, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. 2ª edição. SP, RT, 1991.
- _____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7ª. Edição revista e ampliada. São Paulo, Malheiros, 2008;

- GRINOVER**, Ada Pellegrini e **WATANABE**, Kazuo (Organizadores). *O controle Jurisdicional de Políticas Públicas*, Rio de Janeiro, Forense, 2011;
- HÄBERLE**, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. RS, SAFEditor, 1997;
- HARADA**, Kiyoshi. *Direito Financeiro e tributário*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2006
- HAMILTON**, Alexandre. **MADISON**, James e **JAY**, John. *O Federalista*. SP, Russel, 2005;
- HESSE**, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. RS, SAFEditor, 1998;
- _____. *A força normativa da constituição*. RS, SAFEditor, 1991;
- _____. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Colehos, SP, Saraiva, 2009;
- HORTA**, Raul Machado. *Direito Constitucional*. MG, Delrey, 2003;
- JORGE NETO**, Nagibe de Mello. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas. Concretizando a Democracia e os Direitos Sociais Fundamentais*. BA, Juspodivm, 2008;
- LAFER**, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos. Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo, Companhia das Letras, 1988;
- LEIVAS**, Paulo Gilberto Cogo. *Estrutura Normativa dos D Direitos Fundamentais Sociais e o Direito Fundamental ao Mínimo Existencial*. In: *Direitos Sociais, Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. São Paulo, Lúmen Júris, 2010:279/312.
- LOEWENSTEIN**, Karl. *Teoria de La Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Bracelona, Editorial Ariel S.A., 1986.
- LOPES**, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei. Direitos, ordem e justiça na historia do pensamento moderno*. SP, Editora 34/Edesp, 2004;
- _____. *Direitos Sociais – Teoria e Prática*. SP, Método, 2006
- _____. *Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O dilema do Judiciário no Estado Social de Direito e Crise da Norma Jurídica e a Reforma do Judiciário*. In: *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, FARIA, José Eduardo (Organizador), SP, Malheiros, 2005;

- _____. *Judiciário, democracia, políticas públicas*, Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 31, no. 122, 1994.
- KELSEN**, Hans. *Jurisdição Constitucional*. SP, Martins Fontes, 2003;
- _____. *O que é justiça?* SP, Martins Fontes, 1998;
- KRELL**, Andréas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre, SAFABRIS Editor, 2002;
- MARX**, Karl e **ENGELS**, Friedrich, *A Ideologia Alemã*. Tradução de Luis Cláudio de Castro e Costa, 3ª. Edição, São Paulo, Martins Fontes, 2007 (clássicos);
- LIMA**, Nísia Trindade, **FONSECA**, Cristina M.O., e **HOCHMAN**, Gilberto. *A Saúde na Construção do Estado Nacional do Brasil: reforma sanitária em perspectiva histórica*. In: *Saúde e Democracia, História e Perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro, Editora Friocruz, 2005:27/58;
- MAFFETONR**, Sebastiano e **VECA**, Salvatores (Organizadores). *A idéia de justiça de Platão a Rawls*. Trad. Karina Jannini. SP, Martins Fontes, 2005;
- MANCUSO**, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: Conceito e legitimidade para agir*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004;
- _____. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada*. SP, RT, 2006;
- MARMELSTEIN**, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. SP, Atlas, 2008;
- MAUÉS**, Antonio Moreira. *Problemas da Judicialização do Direito à Saúde no Brasil*. In *A Eficácia dos Direitos Sociais*, 2010;
- MEDAU**, Odete. *O direito administrativo em evolução*. SP, RT, 2003;
- MEDEIROS**, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade*. Lisboa, Universidade Católica Editora, 1999;
- MENDES**, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. SP, Saraiva, 2005;
- _____. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. SP, Celso Bastos Editor, 1999;
- MENDONÇA**, Jacy de Souza. *Iniciação à filosofia política: O homem e o Estado*. São Paulo, Ridiel, 2010;
- _____. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*. SP, Celso Bastos Editor, 2000;
- _____. **COELHO**, Inocência Mártires e **BRANCO**, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. SP, Saraiva, 2008;

- MIRANDA, Jorge.** *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV: Direitos Fundamentais, Coimbra: Editora Coimbra, 2000;
- _____. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI: *Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição*. Coimbra, Editora Coimbra, 2001;
- _____. *Contributo para uma teoria da Inconstitucionalidade*. Coimbra, 1996;
- MONTELOBO, Sofia.** *A tutela das omissões relativas geradas pela violação do princípio da igualdade através do controlo de constitucionalidade por acção*. In: *As Sentenças Intermédias da justiça Constitucional*. AAFDL – Alameda da Universidade, Lisboa, 2009:166/323;
- MONTESQUIEU, Carles de Secondat, Baron de, 1689-1755.** *O Espírito das Leis: as formas de governo, a federação, a divisão dos poderes* / Montesquieu; introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. 9ª. Edição. São Paulo, Saraiva, 2008;
- MONTORO, André Franco.** *Introdução à Ciência do Direito*. SP, RT, 2005;
- MORAIS, Carlos Blanco de.** *Justiça Constitucional*, Tomos I e II, Coimbra, 2006;
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo.** *Mutações do Direito Administrativo*. RJ, Renovar, 2004;
- _____. *Direito da participação política*. RJ, Renovar, 1992;
- _____. *Teoria do Poder*. SP, RJ, 1992;
- _____. *Apontamentos Sobre o Controle Judicial de Políticas Públicas*. In: *Políticas Públicas: possibilidades e limites*. FORTINI, Cristiana e Outros. Belo Horizonte, fórum 2008:49/66;
- MÜLLER, Friedrich.** *Teoria Estruturante do Direito – I*. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. SP. RT, 2008;
- _____. *O Novo Paradigma do Direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes do direito*. Tradução de Peter Naumann e Outros. SP, RT, 2007;
- _____. *Fragmento (sobre) o Poder Constituinte do Povo*. Tradução de Peter Naumann. SP. RT, 2004;
- _____. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Tradução de Peter Naumann. SP, Max Limonad, 2000;
- _____. *Quem é o Povo: A questão central da democracia*. 6ª. Edição, revista e atualizada. Tradução de Peter Naumann; revisão da tradução de Paulo Bonavides. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011;
- NEVES, Marcelo.** *A constitucionalização simbólica*. SP, Martins Fontes, 2007;

- _____. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. SP, Martins Fontes, 2006;
- NOVAIS**, Jorge Reis. *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra, Coimbra Editora, 2010;
- _____. *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra, Coimbra Editora, 2006;
- _____. *Os princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra, Coimbra Editora, 2006;
- NUNES**, António José Avelã e **SCAFF**, Fernando Facury. *Os Tribunais e o Direito à Saúde*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2011;
- NUNES JUNIOR**, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988. Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. SP, Editoria Verbatim, 2009;
- OLIVEIRA**, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*, 3ª. Edição, revista e atualizada. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.
- OLIVEIRA**, Farlei Martins Riccio de. *Controle de Legitimidade das Políticas Públicas: Limites e Possibilidades*. Revista de Direito Administrativo 247. São Paulo, Atlas, 2008;
- OLIVEIRA NETO**, Francisco José Rodrigues de (organizador e outros. *Constituição e Estado Social: Os obstáculos à concretização da Constituição*. SP, RT, 2008;
- PIOVESAN**, Flávia C. *Proteção Judicial contra omissões legislativas*. ST. RT, 1995;
- _____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7ª. Ed. SP, Saraiva, 2006;
- QUEIROZ**, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra, Coimbra Editora, 2006;
- _____. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra, Coimbra Editora, 2006;
- RAMOS**, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo, Saraiva, 2010;
- _____. *Controle de Constitucionalidade no Brasil: Perspectivas de Evolução*. São Paulo, Saraiva, 2010;
- RAWLS**, John. *Uma teoria da Justiça*. Tradução de Jussara Simões, SP, Martins Fontes, 2008;
- _____. *Justiça como Equidade*. Uma reformulação. Tradução de Claudia Berliner. SP, Martins Fontes, 2003;

- ROMBOLI**, Roberto. *Il Diritto alla Salute nel'Ordinamento Costituzionale Italiano*. In: *A Eficácia dos Direitos Sociais*, SCAFF, Fernando Facury (Organizador), São Paulo, Quartier Latim, 2010:214/254.
- SÁ**, Fátima. *Omissões Inconstitucionais e Sentenças Aditivas*. In: *As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional*. AAFDL, Alameda da Universidade, Lisboa, 2009:409/473.
- SÁNCHEZ**, José Acosta. *Formación De La Constitución y Jurisdicción Constitucional. Fundamentos de La democracia constitucional*. Madrid, Tecnos, 1998;
- SÁNCHEZ**, Miguel Revenga. *Los Derechos Sociales (Instrumentos de garantia em La Constitution Española*. In: *A Eficácia dos Direitos Sociais*. SCAFF, Fernando Facury, Organizador. São Paulo, Quartier Latim, 2010:43/52.
- SANTANA**, Izaías José de. *Controle Concreto de Constitucionalidade: Efeitos das decisões e Vinculação do Poder Judiciário*. RS, SAFEditor, 2008;
- SANTOS**, Lenir. *SUS: Contornos da Integralidade da Atenção à Saúde*. In: *As Ações Judiciais no SUS e a Promoção do Direito à Saúde*. Organizado por Tânia Margarete Mezzomo Keinert, Silvia Helena Bastos de Paula e José Ruben de Alcântara Bonfim. São Paulo, Instituto de Saúde, 2009;
- SANTOS**, Marília Lourindo dos. *Interpretação Constitucional no Controle Judicial das Políticas Públicas*. RS, SAFEditor, 2006;
- SARLET**, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 10ª. Ed. RS, Livraria do Advogado, 2009;
- ____ e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, *Algumas Considerações sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988*. In: *As Ações Judiciais no SUS e a Promoção do Direito à Saúde*. Organizado por Tânia Margarete Mezzomo Keinert, Silvia Helena Bastos de Paula e José Ruben de Alcântara Bonfim. São Paulo, Instituto de Saúde, 2009;
- ____ e LEITE, George Salomão (Organizadores). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em homenagem a J.J. Gomes Canotillho*. SP, RT, 2009;
- SCAFF**, Fernando Facury. *A Efetividade dos Direitos Sociais no Brasil*. In *A Eficácia dos Direitos Sociais – I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália*. Fernando Facury Scaff, Roberto Romboli e Miguel Revenga – Coordenação. São Paulo: Quartier Latin, 2010;

- ____. *Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível*. In: *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm, organizadores. 2ª. Edição revista e ampliada, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2010;
- SILVA**, Cecília de Almeida. *Diálogos institucionais e ativismo* / Cecília de Almeida Silva, Francisco Moura, José Guilherme Berman, José Ribas Vieira, Rodrigo de Souza Tavares, Vanice Regina Lírio do Valle / 1ª edição. Curitiba, Juruá, 2011.
- SILVA**, Virgílio Afonso da (Organizador). *Interpretação Constitucional*. SP, Malheiros, 2005;
- ____. *Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. SP, Malheiros, 2009;
- ____. *A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. SP, Malheiros, 2008;
- SÓLON**, Ari Marcelo. *Ética, Cidadania e Direito à Saúde*. In *As Ações Judiciais no SUS e a Promoção do Direito à Saúde*. Organizado por Tânia Margarete Mezzomo Keinert, Silvia Helena Bastos de Paula e José Ruben de Alcântara Bonfim. São Paulo, Instituto de Saúde, 2009;
- SOUZA**, Celina. *Políticas Públicas: uma revisão da literatura, Sociologias*. Porto Alegre, ano B no. 16 jul/dez de 2006, p. 20/45;
- TAVARES**, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. SP, Saraiva, 2003;
- ____. *Teoria da Justiça Constitucional*. SP, Saraiva, 2005;
- ____. *Fronteiras da Hermenêutica Constitucional*. SP, Método, 2006;
- ____. *Direito Constitucional Brasileiro Concretizado*. SP, Método, 2006;
- ____. *Tribunal e Jurisdição Constitucional*. SP, Celso Bastos Editor, 1998;
- TEIXEIRA**, J. H. Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. Texto organizado e atualizado por Maria Garcia. RJ, Forense, 1991;
- TOCQUEVILLE**, Alexis de. *A Democracia na América*. Livro 1 – Leis e Costumes. Tradução Eduardo Brandão; prefácio, bibliografia e cronologia François Furet. – 2ª. Ed. – São Paulo, Martins Fontes, 2005;
- TORRES**, Ricardo Reis. *O Direito ao Mínimo Existencial*. 2ª tiragem, Rio de Janeiro, Renovar, 2009;
- THOMPSON**, John B. *Ideologia e Cultura Moderna*. Teoria Social crítica na era dos meios de comunicação de massa. Tradução do Grupo de Estudos sobre ideologia,

- Comunicação e Representações Sociais da PUCPS. Petrópolis, RJ, Vozes, 2009;
- TRINDADE**, André. *Os direitos fundamentais em uma perspectiva autopoiética*. PA, Livraria do Advogado, 2007;
- TRINDADE**. José Damião de Lima. *História Social dos Direitos Humanos*. SP, Peirópolis, 2002;
- VILLEY**, Michel. *Filosofia do Direito. Definições e fins do direito. Os meios do direito*. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. SP, Martins Fontes, 2008;
- ____, *O Direito e os direitos humanos*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. SP, Martins Fontes, 2007;
- ____, *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Cláudia Berliner. SP, Martins Fontes, 2005;
- VITA**, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. SP, Martins Fontes, 2007;
- XAVIER**, Taciana. *A tutela das omissões relativas (geradas pela violação do princípio da igualdade) através do controle de constitucionalidade por ação, no sistema jurídico brasileiro*. In: *As Sentenças Intermédias da Justiça Constitucional*. AAFDL, Alameda da Universidade, Lisboa, 2009:325/408.
- WATANABE**, Kazuo. *Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – “Mínimo Existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo (Organizadores). *O controle Jurisdicional de Políticas Públicas*. Rio de Janeiro, Forense, 2011:213/224.