

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - MESTRADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS
LINHA DE PESQUISA EM CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Ramon Gabriel Matos Cavalcante

JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E A RECOMENDAÇÃO Nº 31/2010 DO
CNJ: INSTRUMENTOS PARA UMA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ABERTA OU
SUPERAÇÃO DA (IN) CAPACIDADE INSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO?

Santa Cruz do Sul

2017

Ramon Gabriel Matos Cavalcante

JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E A RECOMENDAÇÃO Nº 31/2010 DO
CNJ: INSTRUMENTOS PARA UMA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ABERTA OU
SUPERAÇÃO DA (IN) CAPACIDADE INSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO?

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, Linha de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Mônia Clarissa Hennig Leal

Santa Cruz do Sul

2017

Ramon Gabriel Matos Cavalcante

JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E A RECOMENDAÇÃO Nº 31/2010 DO CNJ: INSTRUMENTOS PARA UMA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ABERTA OU SUPERAÇÃO DA (IN) CAPACIDADE INSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO?

Esta dissertação foi submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, Linha de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Pós-Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal
Orientadora –UNISC

Dr. Raimar Rodrigues Machado
Professor examinador

Maria Oderlandia T. Leite
Professor examinador

Santa Cruz do Sul
2017

Aos meus pais, filhos, a minha esposa Júlia e ao Rômulo.

AGRADECIMENTOS

Esse trabalho é o fruto de muitas renúncias, desafios, crescimentos e por que não, muita ajuda durante esses dois últimos anos. Deus é um grande aliado na minha vida, sempre senti a sua presença e sua mão me protegendo para que as coisas, mesmo dando errado, pudessem se organizar a seu tempo e há sua hora, seu tempo não falha e por mais que as coisas deem erradas, ao final com seu apoio tudo pode ser alcançado, muito obrigado, meu Senhor.

Há pessoas por este caminho que devemos agradecer de um modo especial, primeiramente a meus filhos por existirem, cada um pelo seu modo de ser e suas particularidades, vocês são minha inspiração e meu incentivo principal em sempre buscar seguir em frente, amo-vos.

Agradecer também ao apoio de duas mulheres que sempre acreditaram em mim, minha mãe Zilma e minha esposa Julia. As duas cada uma de sua forma me deu a base e a segurança necessária para poder trilhar esse caminho, uma porque segurou a pancada com o que tenho de mais importante na minha vida, meus filhos, e a outra por sempre me incentivar e, mesmo em suas dificuldades, sempre ser um porto seguro para mim, amo-vos.

Há pessoas que em especial, para esse trabalho, devo manifestar o reconhecimento que sem elas ele não aconteceria, e nesse ponto gostaria de agradecer a Maria Amelha, tia Ieda e Dalvinha e a meu primo Fabiano e Amiltom Junior, todos em especial deram uma gigantesca contribuição que sem ela, não poderia ter terminado esse trabalho, vocês fazem valer todo o sentido das palavras famílias família e fraternidade, muito obrigado por tudo que fizeram por mim para que eu pudesse terminar esse trabalho.

Por último, gostaria de dar um agradecimento especial à Universidade Regional do Cariri – URCA e a Universidade de Santa Cruz – UNISC, além da minha orientadora, a professora Mônia. A URCA é minha segunda casa, sou o resultado do desenvolvimento regional proposto por essa universidade, a UNISC e a Professora Mônia veio complementar o que me faltava como professor e como estudioso do direito, podem ter certeza que nesse campo de minha vida saio outra pessoa depois de contar com o apoio dos professores dessa casa, e em especial a forma pela qual foi conduzida a orientação desse trabalho. Muito obrigado.

Que o Senhor volte os olhos para ti e te dê tua paz.
São Francisco de Assis

RESUMO

A pesquisa que ora se apresenta tem como tema a judicialização da saúde no Brasil. Seu objetivo é analisar, criticamente, a Recomendação nº 31/2010 do CNJ, no sentido de identificar se os instrumentos nela previstos possuem uma natureza mais voltada para a abertura da jurisdição ou para a superação de sua (in)capacidade institucional. Para tanto, utilizam-se como referencial as teorias de Peter Häberle e de Cass Sunstein e Adrian Vermule, respectivamente. Dessa forma, ela apresenta duas hipóteses: a adoção da teoria da sociedade aberta ou a da capacidade institucional. A Recomendação 31/2010 do CNJ é um instrumento voltado para a superação de dificuldades relacionadas ao processo de judicialização da saúde e é fruto da audiência nº 4, do STF, sobre esse processo no Brasil. Para o cumprimento deste objetivo, o trabalho está dividido em três partes: o panorama da judicialização do direito à saúde no Estado Constitucional brasileiro. A abertura da jurisdição e a superação da (in)capacidade institucional como possíveis “respostas” às principais críticas sobre a atuação do Poder Judiciário no âmbito da judicialização. E a Recomendação nº 31/2010 do CNJ e seus instrumentos como abertura e democratização da jurisdição constitucional ou superação de sua (in)capacidade institucional. A metodologia adotada quanto ao método de abordagem neste estudo é o método hipotético-dedutivo. O método de procedimento é o método histórico-crítico e as técnicas de pesquisas adotadas são a bibliográfica, documental, descritiva. Ao final, pretende-se contribuir para uma melhor compreensão acerca de como o Poder Judiciário, enquanto instituição, se organiza e compreende o seu papel no que concerne à judicialização da saúde no Brasil.

Palavras-chave: Judicialização da saúde. Recomendação 31/2010 do CNJ. Abertura da jurisdição. Capacidade institucional.

ABSTRACT

The research that is presented here has as a theme the judicialization of health in Brazil. Its purpose is to analyze CNJ Recommendation 31/2010 based on the work of Peter Häberle, that of Cass Sunstein and Adrian Vermule. For the first, the recommendation would contribute to the construction of an open constitutional jurisdiction, for the latter two would be aimed at overcoming the problem of its institutional capacity (in) the judiciary to solve complex issues such as health. In this way she presents two hypotheses: the adoption of the theory of open society or the institutional capacity. CNJ Recommendation 31/2010 is an instrument aimed at overcoming criticisms of the process of health judicialization and is the result of the hearing No. 4 of the STF on this process in Brazil and for the fulfillment of this objective the work is divided into three parts: the panorama of the judicialization of the right to health in the Brazilian constitutional state. The opening of the jurisdiction and the overcoming of (in) institutional capacity as possible "answers" to the main criticisms about the acting of the judiciary. And CNJ Recommendation No. 31/2010 and its instruments as tools for opening and democratizing constitutional jurisdiction or superseding institutional (in) capacity. A methodology adopted for the method of approach in this study and hypothetical-deductive method of Karl Popper. The method of procedure is the historical-critical method, and as research techniques adopted are a bibliographical, documentary, descriptive.

Keywords: Judicialization of the right to health. CNJ Recommendation 31/2010. Democratization of judicial review. Institutional capacity of Judiciary.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Tabela comparativa entre os instrumentos (considerações) da recomendação e a teoria que lhes fundamentou.....130-133

LISTA DE SIGLAS E ABREVIações

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgR – Agravo de Regimento
AGU – Advocacia Geral da União
ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária
ARE – Agrave Retido
CADE – Conselho Administrativo de Desenvolvimento Econômico
CF – Constituição Federal
CFF – Conselho Federal de Farmácia
CFM – Conselho Federal de Medicina
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
CONEP – Comissão Nacional de Ética em Pesquisas
CRF – Conselho Regional de Farmácia
FIOCRUZ – Fundação Oswaldo Cruz
INAMPS - Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social
MS – Ministério da Saúde
NOBS – Normas de Operação Básica do SUS
OMS - Organização Mundial de Saúde
RE – Recurso extraordinário
SAMU – Serviço de Atendimento Móvel de Urgência
SINPAS – Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social
STA – Suspensão de Tutela Antecipada
STF – Supremo Tribunal Federal
SUS – Sistema Único de Saúde
TJ – Tribunal de Justiça
TRF – Tribunal Regional Federal
UBS – Unidade Básica de Saúde
UNISC – Universidade de Santa Cruz do Sul
UPA – Unidade de Pronto Socorro
USP – Universidade de São Paulo.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	13
2	PANORAMA DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	17
2.1	A Constituição de 1988 e a saúde como um direito fundamental e dever do Estado.....	17
2.2	A judicialização como decorrência da evolução do Estado democrático de direito: uma análise do papel da jurisdição constitucional.....	26
2.3	A jurisprudencial do STF quanto ao processo de judicialização da saúde no Brasil: uma análise da aplicação das teorias estudadas.....	35
2.4	Principais críticas sobre a atuação do Poder Judiciário, como mecanismo do estado constitucional, na garantia dos direitos fundamentais através do processo de judicialização.....	45
3.	A ABERTURA DA JURISDIÇÃO E A SUPERAÇÃO DA (IN)CAPACIDADE INSTITUCIONAL COMO POSSÍVEIS “RESPOSTAS” ÀS PRINCIPAIS CRÍTICAS SOBRE A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.....	55
3.1	Fundamentos teóricos da jurisdição constitucional aberta: Peter Häberle e a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição.....	55
3.2	A sociedade aberta dos intérpretes como possível fator de superação às críticas da judicialização.....	65
3.3	Crítica da teoria da capacidade institucional de Sunstein e Vermule sobre a “melhor teoria da interpretação” como solução para questões da judicialização.....	75

3.4 A teoria da Capacidade Institucional de Sunstein e Vermule como mecanismo de superação das críticas à judicialização.....	85
4. A RECOMENDAÇÃO nº 31/2010 DO CNJ E SEUS INSTRUMENTOS: ABERTURA E DEMOCRATIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL OU SUPERAÇÃO DA (IN)CAPACIDADE INSTITUCIONAL?.....	96
4.1 A Audiência Pública nº 4 do STF e o contexto de criação da Recomendação 31/2010 do CNJ.....	96
4.2 A Recomendação 31/2010 do CNJ: entre a virada institucional e a abertura dos intérpretes.....	105
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	135
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	143

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa tem como tema a judicialização da saúde no Brasil, notadamente quanto aos fundamentos teóricos da Recomendação nº 31/2010 do CNJ. Esta cria procedimentos que visam auxiliar os juízes na solução de tais demandas. Nesse contexto, o problema da pesquisa é o seguinte: considerando o fenômeno da judicialização da saúde e os desafios à atuação do Poder Judiciário neste sentido, podem os instrumentos da Recomendação nº 31/2010 do CNJ ser percebidos como voltados à construção de uma jurisdição constitucional aberta? Ou são eles destinados mais à superação de sua (in)capacidade institucional?

O trabalho tem como objetivo analisar a Recomendação nº 31/2010 do CNJ, dentro de um contexto caracterizado pela judicialização da saúde e pela complexidade das demandas trazidas ao Judiciário, e se seus instrumentos têm como fundamento a construção de uma jurisdição constitucional aberta, tendo como referencial teórico a obra de Peter Häberle, ou se destinam a superar o problema de sua (in)capacidade institucional, tomando por base a obra de Cass Sunstein e Adrian Vermule.

A primeira hipótese é no sentido de que os instrumentos criados pela Recomendação nº 31/2010 do CNJ estão fundados na teoria da sociedade aberta dos intérpretes de Peter Häberle, baseada na construção de uma jurisdição constitucional aberta, sendo um mecanismo fundamental para a democratização e ampliação do rol dos intérpretes da Constituição. A segunda hipótese é a de que seus instrumentos adotam a teoria da capacidade institucional de Cass Sunstein e Adrian Vermule visando à superação dos limites estabelecidos pelo desenho institucional do Poder Judiciário, com a consequente ampliação de sua capacidade intrainstitucional e interinstitucional, visando reduzir o erro judicial e os efeitos dinâmicos negativos de sua decisão.

O tema é de bastante relevância, dado que a construção e o aperfeiçoamento da jurisdição constitucional emergem atualmente como uma necessidade do Estado democrático. Neste contexto, é fundamental uma análise sobre a participação dos

cidadãos e a criação de espaços destinados ao desenvolvimento do *status activus processualis* no âmbito do Judiciário. Da mesma forma, também é necessário que, diante do processo de judicialização, este mesmo Estado crie mecanismos de ampliação da capacidade do Judiciário para tratar de demandas que, por sua natureza complexa, necessitam de instrumentos capazes de absorver elementos importantes para a solução dos conflitos. Portanto, uma análise dos instrumentos da Recomendação nº 31/2010 liga-se ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado – da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) pela linha de pesquisa do constitucionalismo contemporâneo, na medida em que os mesmos se destinam a ser um mecanismo de operacionalização da jurisdição constitucional em face da judicialização do direito à saúde. A pesquisa ora proposta também se coaduna com a linha de pesquisa da orientadora, tendo em vista que a mesma tem trabalhado o constitucionalismo contemporâneo e as questões que envolvem a jurisdição constitucional, principalmente no tocante à cidadania como fundamento para a realização dos direitos fundamentais. Além do mais, ela desenvolve um projeto de pesquisa financiado pelo Ministério da Saúde e intitulado “Um remédio para o SUS” e que tem por finalidade o estudo do sistema de saúde e questões relacionadas à judicialização.

Para se alcançar o objetivo pretendido, no segundo capítulo, será descrito o panorama da judicialização do direito à saúde no Estado constitucional brasileiro. Nesta perspectiva, o subitem 2.1 analisará a saúde como um direito do cidadão e um dever do Estado, tomando-se por base a Constituição de 1988. A finalidade deste subitem é compreender a extensão do direito à saúde no patrimônio jurídico do cidadão, além do dever de efetivação por parte do Estado através do SUS (Sistema Único de Saúde).

No subitem 2.2, analisar-se-á a judicialização como decorrência da evolução do Estado de direito, partido o estudo desde o Estado liberal até sua atual conformação em Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, acentuar-se-á uma análise da formação e evolução da jurisdição constitucional e das questões ligadas ao processo de judicialização.

O subitem 2.3 destina-se à avaliação da jurisprudência do STF quanto ao controle de políticas públicas e à judicialização da saúde. Visando avaliar a aplicação dos elementos estudados no item anterior, como fundamento de suas decisões que se destinam à proteção do direito à saúde.

No último tópico, analisar-se-ão as principais críticas à judicialização, tomando por base principalmente o pensamento de Peter Häberle, Cass Sunstein, Adrian Vermule, além de outros. O tópico também servirá de ponto de partida para o capítulo 3.

O capítulo 3 trata da jurisdição constitucional através da perspectiva da abertura da jurisdição e da superação da (in)capacidade institucional como possíveis “respostas” às principais críticas à atuação do Poder Judiciário. Portanto, seu subitem 3.1 enfoca nos fundamentos teóricos da jurisdição constitucional aberta de Peter Häberle. Nesta perspectiva, será analisada a obra “A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição”, dentre outras, que trabalham o conceito de sociedade aberta e *status activus processualis*. Já o subitem 3.2 buscará analisar como a referida teoria poderia contribuir para a superação das críticas apresentadas no item 2.4.

O subitem 3.3 pretende estudar a teoria de Cass Sunstein e Adrian Vermule, a partir da crítica à capacidade institucional do Judiciário de realizar as interpretações construídas pelos principais teóricos do Direito. Para isso, será analisada, principalmente, a obra “Instituições e interpretação”, dentre outras dos autores. Já o subitem 3.4 buscará analisar como a referida teoria poderia contribuir para a superação às críticas apresentadas no item 2.4.

O capítulo 4 trata da Recomendação nº 31/2010 do CNJ. É uma análise sobre seu processo de construção contextualizado na Audiência Pública nº 4 do STF e visa chegar à conclusão de qual teoria, dentre as analisadas, teria fundamento em seus instrumentos. Para isso, ele se divide em dois subitens: o 4.1, que trabalha o contexto histórico, a organização, os principais argumentos e conteúdos debatidos na Audiência Pública nº 4 do STF. Este subitem destina-se a demonstrar a profunda relação entre a Recomendação e a audiência, sendo aquela uma resposta às demandas apresentadas por esta. O subitem 4.2 relaciona as necessidades apresentadas pela audiência com as teorias tidas como resposta, para ao final se chegar à conclusão de qual foi realmente adotada.

Quanto à metodologia, o método de abordagem neste estudo é o método hipotético-dedutivo de Karl Popper. O método constitui-se na construção de uma teoria provisória que deve ser aplicada às situações, a fim de se eliminarem erros. Isso constitui o processo de falseamento, que, uma vez feito, levará a novos

problemas (POPPER, 2008, p.186). Por sua vez, o método de procedimento é o método histórico-crítico, buscando-se a compreensão do fenômeno da judicialização e da Recomendação nº 31/2010 do CNJ a partir de sua inserção no contexto histórico. Por último, as técnicas de pesquisas adotadas são a bibliográfica e documental. Bibliográfica em razão do uso de várias matérias como livros, periódicos, ensaios, artigos, internet etc.; e documental ao utilizar documentos como a própria Recomendação, leis, Constituição, formulários, convênios, jurisprudência etc.

Por fim, o trabalho pretende contribuir para o melhor entendimento das teorias estudadas através da análise de seus conceitos, institutos, elementos formativos, aplicações etc. Além do mais, o trabalho fornece elementos para os magistrados decidirem casos judicializados, procedimentos, medidas a serem tomadas, qual a importância da utilização dos instrumentos da Recomendação e como eles podem decidir reduzindo ao máximo a possibilidade do erro judicial.

2. PANORAMA DA JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO ESTADO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

2.1. A Constituição de 1988 e a saúde como um direito fundamental e dever do Estado

A Constituição de 1988, no art. 1º, III, trata da dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos. Para Sarlet (2011, p. 147-148), sua atuação busca unidade de sentido e legitimidade à ordem constitucional fazendo da pessoa o fim da sociedade e do Estado.

A saúde está ligada à dignidade e foi elevada, na Constituição de 1988, à categoria de norma constitucional¹, como um direito fundamental social² de segunda dimensão.

O conceito de saúde tem evoluído ao longo dos anos seguindo o avanço da pesquisa acadêmica da classe médica. Neste aspecto, é importante frisar que é o médico, através de seu conhecimento científico, quem está apto a definir o que é saúde, doença e tratamento adequado. Juridicamente, a definição de saúde, primeiramente, foi estabelecida pela carta da Organização Mundial de Saúde (OMS) como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade” (OMS, 1946, p. 1). Aqui, o conceito toma uma abordagem ampla e abstrata, considerando a saúde sobre vários aspectos da vida do ser humano, abordando um campo físico, psíquico e social. Contudo, na prática, torna-se utópico para o Estado trabalhar com um “completo bem-estar”, como se a vida humana não tivesse conflitos em sua complexidade.

Nas décadas de 70 e 80, na América Latina, surgiu um movimento sanitarista que, no Brasil, desencadeou a VIII Conferência Nacional de Saúde com o

¹Atualmente, a Constituição Federal (CF) de 1988 prevê direitos sociais por todo o texto constitucional, do art. 6 ao art. 11, no Título VIII (da ordem social), em seu capítulo II (da seguridade social), na seção II organiza sistematicamente o direito à saúde do Art. 196 ao 200.

²Silva (2005, p. 286) conceitua os direitos sociais como prestações positivas, reconhecidas por meio de normas constitucionais, e que devem ser proporcionadas pelo Estado com vistas à melhoria nas condições de vida dos mais fracos. Tais direitos buscam realizar igualização de situações sociais desiguais.

tema “Saúde direito de todos”, contando com ampla participação de entidades representativa da sociedade³. É nessa fase que a saúde é tratada como “[...] o resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso aos serviços de saúde” (BRASIL, 1986, p. 4). Diante do novo conceito, percebe-se uma evolução quanto ao firmado pela OMS, pois a saúde não é mais o fruto do “completo bem-estar físico e mental”, mas consequência de uma série de políticas públicas criadas pelo Estado. Ou seja, a saúde não é apenas uma consequência de questões internas do corpo humano, mas de uma série de fatores externos fundamentais que dependem de ações do Estado para o desenvolvimento do corpo e da mente.

O texto constitucional de 1988, em seu art. 196⁴, mostra a influência da Conferência ao adotar a saúde como um direito de todos, cumprido por meio de políticas sociais e econômicas como a moradia, o lazer, o meio ambiente equilibrado, a alimentação, o acesso à terra e aos serviços de saúde, que devem ser públicos e prestados pelo Estado. Para Serrano (2012, p. 108-109), os destinatários da norma são todos os brasileiros e estrangeiros, inclusive o nascituro através do pré-natal. O autor destaca ainda que alguns vetores sociais merecem uma proteção mais acentuada em face de sua vulnerabilidade, como o idoso, a criança e o adolescente.

A Constituição não define o conteúdo do direito à saúde, mas determina práticas no campo de políticas públicas ligadas à área social e econômica que tenham atuações prioritárias na saúde preventiva (prevenção de doenças e epidemias), assim como ações de promoção que busquem a melhoria da qualidade de vida e a recuperação (saúde curativa) daqueles alcançados pela doença.

Tomando por base as disposições constitucionais, Sarlet e Figueiredo (2008, p. 116-117) afirmam que o direito à saúde envolve um complexo permeado por posições jurídico-subjetivas diversas, mas que podem ser reconduzidas a dois

³Para Cruz (2009, p. 38) os principais temas debatidos foram: a) saúde como direito de todos; b) Reformulação do Sistema Nacional de Saúde; c) Financiamento do setor [...] os eixos de ação a serem implementados pelo Estado e postos no relatório final foram os seguintes: a) Instituição da saúde como direito de cidadania e dever do Estado; b) Compreensão da determinação social do processo saúde-doença; c) Reorganização do sistema de atenção, com a criação do Sistema Único de Saúde (SUS).

⁴ Art. 196 A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação

aspectos: o direito de defesa e o direito a prestações. O direito de defesa tem por finalidade a proteção da saúde individual e pública contra ingerências indevidas do Estado ou de particulares. Os autores identificam o direito à saúde num aspecto negativo como o dever de abstenção do Estado e da sociedade em desenvolver atividades que prejudiquem a saúde individual das pessoas ou da coletiva (grupos ou sociedade em geral). Como direito à prestação, os autores entendem que:

Impõe deveres de cunho organizatório e procedimental como a organização dos serviços de assistência à saúde, de formas de acesso ao sistema, da distribuição dos recursos financeiros e sanitários etc.; regulação do exercício dos direitos de participação e controle social do SUS; organização e controle da participação da iniciativa privada na prestação de assistência sanitária; estabelecimento de instituições e órgãos de promoção das políticas públicas de saúde, assim como de defesa dos titulares desse direito fundamental, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, dotando-os de instrumentos processuais para tanto (Sarlet; Figueiredo, 2008, p. 117).

Note-se que a proteção e promoção do direito à saúde encontram-se relacionadas com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o que demonstra seu caráter prestacional. Nesta perspectiva, para que se desenvolvam as atividades de efetivação do direito à saúde, a Constituição criou o Sistema Único de Saúde como instrumento garantidor da elaboração e implementação de políticas públicas destinadas a operacionalizar os serviços de saúde. Além disso, é dever de todos os entes federativos sua implementação.

O art. 200⁵ estabelece várias competências do sistema e seu financiamento: ele ocorre através da seguridade social prevista no art. 194⁶ como fundo destinado à saúde, à previdência social e à assistência social.

⁵Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

- I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
- II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
- III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
- IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
- V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015);
- VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
- VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
- VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

⁶Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Cabe ressaltar que, a prestação dos serviços de saúde (tratamentos, remédios, medicamento, exame, consultas) está ligada diretamente à necessidade de se definirem políticas públicas para sua implementação. Tais políticas devem levar em consideração a organização do serviço, o acesso por parte da população, orçamento público que a viabilize a criação de cargos e órgãos para sua promoção, a participação popular, as instâncias de controle etc.

Além de trabalhar o conceito básico de saúde e seus desdobramentos, o art. 196 também traz os princípios finalísticos que se referem à natureza do Sistema Único de Saúde: eles são a universalidade, a igualdade e a integralidade do Sistema de Saúde.

O princípio da universalidade opõe-se ao regime anterior que vinculava os serviços de saúde ao Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social – Inamps⁷, que tinha caráter contributivo e limitava o atendimento obrigatório a poucas pessoas. Para Teixeira (2011, p. 9), a universalidade consiste em levar a cobertura das ações de saúde a toda e qualquer pessoa que necessite de acesso a medicamentos e tratamentos pela rede pública de saúde independentemente de contribuição. Sendo assim, pode-se considerar que a universalidade vem atender a uma demanda antiga da sociedade brasileira, já que nunca o Estado assumiu como seu dever a promoção da saúde para toda a população. Além do mais, a universalidade é extremamente inclusiva, pois não há contrapartida financeira por parte da pessoa atendida pelo sistema. Portanto, os marginalizados do sistema anterior foram incluídos pela Constituição de 1988. É nesse contexto que Gomes (2013, p. 3-4) vem a afirmar que a universalidade garante a gratuidade e o atendimento em todos os níveis de assistência vedando qualquer espécie de discriminação preconceituosa. Entretanto, é importante ressaltar que determinadas ações podem ser implementadas para determinados grupos face a patologias específicas. Nesse caso, não ocorrem discriminações preconceituosas, mas objetivamente fundamentadas em diagnósticos e dados cientificamente comprovados a exemplo de tratamentos para a população indígena, a profissionais do sexo, a obesos etc.

⁷Esse órgão estava vinculado ao Ministério da Previdência e Assistência Social (SINPAS), criado pela lei 6.439/77 e que atuava na área da saúde. Para esse sistema, apenas os trabalhadores com carteira assinada ou contribuintes podiam ter acesso aos serviços de saúde, e a população mais carente estava à margem do sistema, sendo atendida por entidades filantrópicas mediante trabalho de cunho caridoso.

A gratuidade é a principal porta de entrada da universalidade, o serviço de saúde é de prestação obrigatória por parte do Estado e — analogicamente à prestação do serviço de educação previsto na Constituição art. 206, IV⁸ — deve ser necessariamente gratuito, apesar de não exclusivo, já que pode ser prestado, complementarmente, pela iniciativa privada sob as diretrizes do Sistema Único de Saúde⁹. Nesta hipótese, poderá a iniciativa privada cobrar pela prestação dos serviços e dos insumos utilizados para o atendimento ao paciente.

Para Serrano (2012, p. 112-113), a gratuidade é uma forma de garantir a equidade no serviço, pois a cobrança poderia restringir o serviço a uma determinada parcela da população; logo, tornam-se autoexcludentes onerosidade e universalidade. A universalidade aponta que a saúde é um bem necessário a todos, independentemente de outra condição que não humana.

Outro aspecto importante da universalidade é que ela se liga necessariamente à igualdade. Qualquer tipo de tratamento diferencial que priorize uns em detrimento de outros fere o princípio da universalidade bem como o da igualdade, que é sintetizada pela máxima: “a mesma situação clínica deve merecer a mesma atenção em saúde” (SERRANO, 2012, p.113). Pode-se dizer que a igualdade na saúde decorre do princípio da igualdade do art. 5º e da vedação à União, aos Estados e ao Distrito Federal de criarem distinções entre brasileiros ou preferências entre si. Isso significa que o sistema de saúde deve realizar tratamentos idênticos para situações clínicas idênticas, ou fornecer os mesmos remédios ou as mesmas próteses para aqueles que tenham as mesmas necessidades. Tal preceito está diretamente relacionado também ao princípio da imparcialidade da administração pública no trato com os administrados inscrito no art. 37 Caput da CF, que afirma que a mesma não deve privilegiar uns em detrimento de outros.

⁸Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: IV - gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais.

⁹Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

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

§ 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Definido o conceito adotado e os princípios que delimitam a abrangência do direito à saúde, a Constituição passa a tratar das ações e serviços públicos de saúde. Nesse aspecto, o art. 198¹⁰ trata do Sistema Único de Saúde (SUS) como “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta” (BARROSO, 2007, p.14). Ao reconhecer o dever do Estado na concretização do direito à saúde, a CF/88 determina que os entes políticos da federação realizem essa atividade por meio de sua estrutura administrativa, seja pela Administração Pública direta e indireta ou de forma complementar pela iniciativa privada.

Para Dallari e Nunes Junior (2006, p. 77-78), a ideia de sistema pressupõe que todos os meios de atuação do Estado (ações, equipamentos, serviços etc.) devem ser destinados ao atendimento integral da saúde. Sendo assim, pode-se afirmar que todos os recursos materiais e humanos devem estar ligados às ações do sistema único. Neste aspecto, a participação dos entes políticos no sistema é automática e compulsória, e por isso não pode um município excluir-se e deixar de repassar recursos obrigatórios para o SUS. Ou deixar de atender aos munícipes de municípios vizinhos que não têm estrutura adequada para o tratamento destes.

O ponto debatido acima pelos autores demonstra a correlação do SUS com o federalismo por cooperação. Nesta, a atuação administrativa deve ser desenvolvida através do compartilhamento entre os entes federativos, e a exclusão de um impõe um aumento na demanda dos outros. Logo, a federação impõe uma obrigação “ombreada” entre os entes federativos, não há subordinação entre eles na execução direta do serviço, não cabendo a um ente interferir na ação do outro, exceto em casos previstos na Constituição e nas leis¹¹.

Na prestação dos serviços de saúde, é fundamental uma análise dos princípios estratégicos ou diretrizes de atuação do SUS. Estas orientam a atuação política, organizativa e operacional do sistema e são encontrados na Constituição.

¹⁰Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

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

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

III - participação da comunidade.

¹¹ Nessa mesma perspectiva, Cury (2010, p.153) analisa a questão do federalismo por cooperação brasileiro e afirma que “O federalismo de cooperação busca um equilíbrio de poderes entre a União e os Estados-membros, estabelecendo laços de colaboração na distribuição das múltiplas competências por meio de atividades planejadas e articuladas entre si, objetivando fins comuns”.

São eles: a integralidade, a descentralização, a regionalização, a hierarquização, a participação social.

A integralidade, na concepção de Dallari e Nunes Junior (2010, p.75), significa que o direito à saúde não pode sofrer limitações, mitigações, sendo um direito individual e coletivo, e por isso deve ter uma abordagem assistencial completa, envolvendo todos os aspectos a ele relacionados. Dessa forma, só se pode pensar no tratamento de doenças infectocontagiosas como, por exemplo, a tuberculose, se os pacientes forem individualmente tratados. Nesse contexto, prevenção, tratamento, integração ou reintegração social, evolução tecnológica são faces do mesmo bem jurídico que precisam ser levados em consideração quando se fala em tratar o indivíduo atingido pela doença.

As medidas preventivas e reparatórias devem ser disponibilizadas, pois um sistema íntegro consiste numa ação abrangente do Estado na promoção da saúde em todos os níveis de atenção. O modelo de atenção integral à saúde contempla o conjunto de ações de promoção, prevenção de riscos e agravos, assistência e recuperação. Assim, deve-se, primeiramente, evitar que ocorra a doença; em segundo lugar, deverá ser dada assistência ao paciente e sua família, tanto no combate da doença quanto na recuperação. Isso pode ser feito através do fornecimento de condução ao hospital, visita domiciliar de profissionais como médicos e enfermeiros, concessão de remédios que evitem o retorno da doença etc.

A regionalização consiste na divisão do sistema em subsistemas criados e organizados em regiões¹². Partindo da constatação de que o sistema é único, verificam-se que as regiões são unificadas a nível de direção. Dessa forma, o Ministério da Saúde gere o SUS em nível federal, aplicando a Política Nacional de Saúde; e em nível estadual e municipal, a gestão cabe às secretarias de saúde, que aplicam as políticas regionais e locais. Serrano (2006, p. 116) explica que há uma organização entre as regiões de saúde quanto ao atendimento. Assim, o serviço público deve criar uma rede referenciada e contrarreferenciada em matéria de saúde.

A descentralização complementa a regionalização e encontra-se regulamentada pela Lei 8.080/90 e pelo Decreto 7.508/11. Serrano (2006, p. 117) avalia que ela é um processo dinâmico no qual a União e os estados-membros paulatinamente transferem a gestão de suas ações e recursos para os municípios.

¹² Decreto 7.508/11, artigo 2º, I – cria e define as regiões de saúde.

Para a autora, esses devem ser capacitados a assumirem os serviços de saúde visando à implementação da integralidade, inclusive através do repasse de recursos necessários e apoio técnico para a efetivação do atendimento adequado. Por se tratar de um processo, é fundamental ter em conta que pode haver progresso e retrocesso em sua implementação. Sendo assim, caso o gestor municipal não assuma suas funções adequadamente, cabe ao gestor estadual a sua reassunção, isso pelo sistema ser único, o que envolve responsabilidade solidária de todos os entes federativos (SERRANO, 2006, p. 118). Outra questão é que, pelo fato de o sistema ter diretrizes nacionais e atuação descentralizada, não há hierarquia entre os entes, mas distribuição de competência de modo que cada estado e município desenvolva sua política de saúde, porém de forma concatenada e com responsabilidade solidária perante a população. A atuação coordenada dá-se através dos fóruns de negociação que são: o Conselho Municipal de Saúde, a Comissão de Intergestores Bipartite em nível estadual e a Comissão de Intergestores Tripartite em nível federal, além dos conselhos de saúde. A regionalização é fundamental, pois torna o sistema mais próximo e de fácil acesso ao cidadão, sendo definida a competência de atuação dos entes por suas bases territoriais, além de orientar as ações de saúde como campanhas para erradicação de doenças em regiões localizadas. (SERRANO, 2006, p. 119)

A hierarquia, segundo Dallari e Nunes Júnior (2010, p. 78-79), determina a organização do sistema em diferentes níveis de complexidade com a finalidade de otimizar e sistematizar os recursos. Sendo assim, são criados três diferentes níveis de atenção: o primário, que responde pela pequena complexidade, a exemplo de um curativo, uma aplicação de soro ou remédio injetável; o atendimento secundário, que trata de uma complexidade intermediária como uma pequena cirurgia, engessamento, exames de média complexidade etc.; e o terciário, que é o mais complexo e trata de casos como ponte de safena, combate a uma infecção generalizada, quimioterapia etc. A hierarquização também se fundamenta no sistema de referência e contrarreferência. Sendo assim, as unidades de atendimento primário constituem a entrada no sistema, que poderá realizar o atendimento ou referenciar (encaminhar) para um mais complexo (secundária ou terciária). Feito o atendimento, ocorrerá a contrarreferência para a unidade primária a fim de se acompanhar o paciente em sua recuperação. A finalidade do sistema é dar

economia à grande demanda primária e garantir a seletividade do acesso ao setor secundário e terciário pelos seus altos custos.

Por fim, o princípio da participação social é uma forma de democracia direta na qual o povo participa da formulação das políticas de saúde. Considerando que as ações de saúde são de relevância pública, conforme o art. 197¹³ da CF, elas se destinam a satisfazer o interesse público da sociedade. Logo, nada mais natural que a participação da população na formulação das políticas públicas. A Conferência de Saúde e os conselhos de saúde, dentre outros, são instrumentos utilizados para a efetivação desse princípio e estão regulados pela Lei 8142/90¹⁴.

Partindo dessa análise inicial do texto constitucional, percebe-se que a Constituição busca a operacionalização do direito à saúde mediante um exercício integrado entre o Poder Executivo, o Legislativo e a sociedade. Ao primeiro, cabe a formulação de políticas públicas destinadas à prestação de serviços e entrega de remédios, próteses, exames, dentre outros bens ligados a esse direito. Quanto ao segundo, cabe-lhe a criação de normas, como a Lei do SUS, a que regula a participação nos conselhos, ou outras que visem munir, com diretrizes de atuação e fiscalização, os serviços de saúde. Já a sociedade deve atuar, através do exercício da cidadania participativa de cada um de seus membros, na formulação de políticas públicas mais concretas e correlacionadas com suas necessidades reais, além de buscar exercer uma maior fiscalização na atuação dos órgãos públicos executores das políticas públicas de saúde.

Muitas vezes, por diversos fatores, o cidadão acaba recorrendo ao Poder Judiciário na busca por uma pretensa efetivação do seu direito à saúde. Esse é o fenômeno que ficou conhecido como “judicialização da saúde”¹⁵. Para que se possa

¹³ Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

¹⁴ A conferência está no art., 1º, §º1 tem um caráter esporádico: reunindo-se a cada 4 anos, a participação popular ocorre com vários segmentos sociais. Sua finalidade é a formulação de políticas públicas pela própria sociedade, sendo homologada pelo chefe do setor constituído. O conselho de saúde está no art. 1º, § 2º com um caráter permanente e deliberativo, conta com a participação de diversos setores da sociedade, além do governo, e tem por finalidade formular estratégias na política da saúde, além do controle da execução de seus programas e ações. (BRASIL, 1990).

¹⁵ As causas do fenômeno da judicialização da saúde não se resumem apenas à questão das falhas no sistema de saúde. Dentre outras, CARLINI (2011, p. 92-93) avalia que o processo de judicialização no Brasil também está associado a uma nova visão pós-88, na qual os cidadãos se veem como sujeitos de direitos e não apenas de deveres; além do mais, há outros fatores como uma maior credibilidade do Poder Judiciário como instância capaz de solucionar questões que são colocadas em pauta pela sociedade, como a questão da saúde. Associado a essas questões encontra-se o

entender este fenômeno, torna-se fundamental compreender o contexto no qual ele se encontra inserido. Por isso, é importante uma análise do fenômeno da judicialização como consequência da evolução do Estado Democrático de Direito.

2.2. A judicialização como decorrência da evolução do Estado democrático de direito: uma análise do papel da jurisdição constitucional

O tema jurisdição constitucional está relacionado necessariamente com o Estado de Direito. Dessa forma, torna-se fundamental uma análise de sua evolução para o entendimento do papel da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito. Para Böckenförde (1993, p.18-21), o Estado de Direito é guiado pela razão, e seus princípios guiam a vida dos homens; ele não é fruto da vontade divina, mas deve ser uma comunidade a serviço dos indivíduos. Sendo assim, a obrigação estatal é com a viabilização da liberdade, igualdade, autodeterminação e a conquista dos objetivos de vida de seus componentes. É esse o fundamento que o legitima.

A primeira modalidade de Estado de Direito foi o Estado liberal. Este se desenvolveu a partir das revoluções americana e francesa contra o absolutismo¹⁶, visando à construção de uma democracia burguesa¹⁷.

Grimm (2006, p. 158) avalia que o Estado liberal americano nasceu do descontentamento das colônias com a alta carga de impostos criada pelo parlamento inglês. Isso porque a carga tributária criada por lei poderia ser alterada a qualquer momento, sem o aval dos representantes das colônias. Assim, estas reivindicaram, fundadas no direito natural de autodeterminação proposto por Locke, o rompimento com a metrópole¹⁸. Saliente-se que as colônias desfrutavam de uma ordem social liberal que pouco sofria interferências da metrópole, daí deve-se

descrédito com os outros poderes em face de sucessivas denúncias de corrupção, improbidade e quebra do decoro apresentadas pela mídia e pelas investigações das comissões parlamentares de inquérito.

¹⁶ Zagrebelsky (2011, p. 10) observa que a soberania constituía a incomensurabilidade do poder do Estado frente a qualquer outro sujeito e, portanto, na impossibilidade de manter relações jurídicas com ele. Dessa forma, a única relação possível é a sujeição.

¹⁷ Leal (2007, p. 8) afirma que o Estado burguês é gerido pelos interesses da Burguesia com base nos princípios da racionalidade e do antropocentrismo sendo o homem anterior ao Estado e por isso gerando uma perspectiva na inversão da garantia dos direitos do cidadão e deveres do Estado.

¹⁸ Locke reconhece o direito natural dos homens fundado na liberdade e que esta pertence ao indivíduo em estado de natureza, e é levado na passagem para a sociedade civil. O Poder Legislativo é visto como um instrumento de regulamentação dos direitos na sociedade civil e legítimo limitador da liberdade.

considerar que a Revolução Americana buscou uma mudança no poder político e não social.

A Revolução Francesa nasceu fruto da luta contra o absolutismo, da desigualdade entre os três estados, da necessidade da burguesia de se organizar politicamente e de uma necessária alteração no contexto social impulsionada pelos ideais de liberdade e igualdade (GRIMM, 2006, p. 158-165). A base filosófica da Revolução Francesa concentra-se em Rousseau, Locke e no Abade de Sieyès. Rousseau (2002, p. 23-24) parte da ideia de que a sociedade civil é formada por um contrato social necessário para a criação de uma ordem social não fundada na natureza. Assim, na passagem do estado natural para a sociedade civil, o homem abre mão de sua liberdade, como direito ilimitado, em troca da liberdade civil e proteção da propriedade¹⁹. Percebe-se que, para Rousseau, a vontade geral criadora de direitos positivos pelo Estado sobrepõe-se a pretensos direitos naturais criando o primado da lei.

Quanto a Locke, este trabalha a importância da lei como elemento ordenador dessa sociedade pois “o grande objetivo dos homens quando entram em sociedade é desfrutar de sua propriedade pacificamente e sem riscos, e o principal instrumento e meios de que se servem são as leis estabelecidas nesta sociedade” (LOCKE, 1994, p. 152). O primeiro instrumento criado é o Poder Legislativo que, por via representativa, cria as leis da comunidade²⁰. Estas são um instrumento atemporal, abstrato e universal próprio para a implementação do princípio da igualdade formal defendido pela revolução. Para o capitalismo, é fundamental que todos tenham direito de celebrar contratos, devendo a lei garantir segurança às relações sociais. O Estado liberal nasceu para garantir essa igualdade formal,

¹⁹ Rousseau (2002, p. 25-26) afirma que esse pacto se torna necessário na medida em que, num hipotético estado de natureza, o homem encontra-se limitado, não podendo criar forças, mas apenas unificar as que ele já tem para a construção de uma sociedade civil que garanta a proteção da pessoa e dos bens de cada associado, e pela união de todos não obedeça, portanto, senão a si mesmo, e pertença tão livre como anteriormente. Sendo assim, a vida em sociedade pressupõe a renúncia de uma liberdade natural em face de uma liberdade convencional. É preciso destacar que a alienação de todos os direitos em favor da convenção é pressuposto de sua validade, pois não gera ônus para ninguém. Sendo assim, se cada um de nós, sua pessoa, sua autoridade ao supremo comando da vontade geral, recebemos em conjunto cada membro como parte indivisível do todo. Os associados coletivamente chamam-se povo e particularmente cidadãos na qualidade de participantes nas decisões e vassalos quando sujeitos à lei do Estado.

²⁰[...] ele permanece sagrado e inalterável nas mãos de quem a comunidade um dia o colocou; nenhum edito, seja de quem for sua autoria, a forma como tenha sido concebido ou o poder que o subsidie, tem a força e a obrigação de uma lei, a menos que tenha sido sancionado pelo Poder Legislativo que o público escolheu e nomeou” (LOCKE, 1994, p. 152).

retirando as barreiras do antigo regime ao desenvolvimento das relações privadas (como o fim dos privilégios de classe), assegurando a liberdade de contratar.

O fim dos privilégios de classe foi o principal tema tratado por Sieyes. O autor analisou que a classe aristocrática (formada pela toga, pela espada e pela igreja) tomava medidas que apenas buscavam manter seus privilégios em detrimento do terceiro estado, que detinha obrigações sem qualquer representatividade nos Estados Gerais. Dessa forma, seria necessário criar um Estado que pusesse fim aos privilégios e o reconhecesse de direitos a nação (terceiro estado). (SIEYES, 1985, p. 29-31)

Quanto ao Direito, a diferença entre os modelos americano e francês gerou uma forte influência em sua interpretação, e, por conseguinte, na atuação do Judiciário. A invocação de direitos naturais gerou sua maior independência face ao Legislativo, podendo, inclusive, o mesmo desde cedo realizar controle de leis²¹. Além disso, o Judiciário americano encontra-se associado ao sistema *common law* e o *stare decisis*, no qual o juiz pode aplicar diretamente princípios gerais necessários para decidir o caso tendo uma maior atuação na construção do conteúdo do direito ao aplicar normas não positivadas pelo legislador²².

Na França, em razão do primado da lei, da supremacia do parlamento e da desconfiança em relação ao Judiciário, o juiz tornou-se um mero aplicador da lei, não podendo ter qualquer atividade criativa de participação da construção do Direito. Neste contexto, ele se limitava, via subsunção, a um processo silogista de aplicação da letra da lei²³ (juiz boca da lei). Nesse período, tem grande destaque a escola exegética²⁴, para a qual a interpretação é um ato de conhecimento, devendo o juiz

²¹ Caso "Marbury vs. Madison" foi decidido em 1803 pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

²² Conforme Belaunde (2011, p. 2-4), esses princípios aplicados concretamente na decisão de um caso e, quando absolutamente necessário, tornam-se a *ratio decidendi*. É importante salientar que o tribunal julga casos concretos, mas que, em casos semelhantes, poderá aplicar o *ratio decidendi*, como um precedente, tornando assim o direito constante, equilibrado e estável. Este é o sentido de a *common law* ser um direito comum e aplicado a todos num sentido de levar justiça para o caso concreto e com base nos princípios comunitários. É importante salientar que o precedente não vincula o tribunal, podendo ele decidir de forma diferente.

²³ Secondat (2000, p. 87) já afirmava isso quando dizia que "Nos Estados despóticos, não há lei: o juiz é ele mesmo sua própria regra. Nos Estados monárquicos, existe uma lei: e onde ela é precisa, o juiz segue-a; onde ela não o é, ele procura seu espírito. No governo republicano, é da natureza da constituição que os juizes sigam a letra da lei. Não há cidadão contra quem se possa interpretar uma lei quando se trata de seu bens, de sua honra ou de sua vida.

²⁴ Para Herkenhoff (2008, p. 23), as razões históricas, políticas, econômicas e psicológicas explicam o positivismo legal acentuado a que chegou a Escola da Exegese: a legislação sobre a qual se ergueu foi produto da burguesia, classe recentemente chegada ao poder e ciosa de que seu direito explicitava o próprio direito natural; a legislação napoleônica vinha de ser editada e, como sempre ocorre, tendem os códigos a ser tidos, pela época em que surgem, como obra completa e acabada; o

meramente conhecer a lei produzida pelo parlamento (a vontade do legislador). Logo, não podia o Judiciário imprimir qualquer aspecto volitivo em sua decisão, sob pena de invadir a esfera legislativa, sendo necessário tolher qualquer interferência sua no processo revolucionário.

Bonavides (2016, p. 165-175) afirma que o principal problema da crise do Estado liberal foi a questão da liberdade. Para ele, os conceitos formulados por Locke, Montesquieu e Rousseau foram utilizados num enfoque puramente individualista. Isso gerou na sociedade uma série de problemas, como as questões relacionadas ao trabalho e ao aumento das desigualdades sociais. Nesse contexto, não bastava a garantia de uma mera igualdade formal; seria necessário que o Estado incluísse como um de seus objetivos a garantia dos direitos sociais e econômicos voltados para uma maior igualdade fática. Partindo desses pressupostos, nasceu o Estado social.

Na teoria do direito constitucional, o Estado social trouxe vários elementos em oposição ao direito liberal. Aqui destaca-se a teoria material da Constituição que, além dos elementos necessários à estrutura do Estado e a regulamentação dos poderes, afirma que a norma constitucional deve normatizar os valores capazes de integrar a sociedade (teoria integracionista de Rudolf Smend)²⁵ e os elementos frutos das decisões políticas fundamentais da comunidade (teoria política de Carl Schmitt)²⁶, além de buscar, através de objetivos e programas, intervir nas relações

racionalismo do século XVIII, que alcançou o século seguinte, gerou o amor da simetria, da construção lógica que, no Direito, encontra sua expressão maior nos códigos. A doutrina da irrestrita separação dos poderes (o juiz é o porta-voz da lei - Montesquieu), fruto da desconfiança do homem burguês, tornava intolerável que penetrasse o Judiciário na esfera do Legislativo através de uma interpretação das leis que não fosse rígida, literal.

²⁵Para Smend (2005, p. 4-7), o Estado não é uma soma de elementos desagregados, mas uma unidade individual, uma totalidade que se faz determinada pela concretização de valores substantivos em situações históricas determinadas. Os direitos fundamentais teriam uma singular relevância, pois são uma síntese de valores, bens e sistemas culturais, dão um caráter nacional a esses valores pela sua universalidade, dão significado a vida do Estado estabelecida pela constituição, sendo necessária a transformação desses valores em normas que, em seu conteúdo material, legitime o Estado como um valor integrador, incluindo os valores das minorias. Por fim, o autor afirma que a constituição, ao tratar desses valores, está guardando os valores espirituais mais importantes da comunidade e do povo, inclusive mediante o relativismo diante de uma falta de homogeneidade social e espiritual da comunidade, perde-se a univocidade de proteção a estes valores supremos que constam dos direitos fundamentais. Torna-se necessária uma unidade através do direito que venha garantir os valores materiais da comunidade.

²⁶ Para Schmitt (2003, p. 29-44), a constituição é ato do poder constituinte que manifesta sua vontade ao criá-la e age na totalidade da unidade política. A constituição é uma decisão consciente da unidade política, através do titular do poder constituinte, adota por si mesma de forma concreta a existência política. Todas essas decisões são decisões políticas concretas que terminam, de forma concreta, o modo de ser do povo alemão e pressuposto básico para todas as posteriores normas, inclusive as leis constitucionais. Toda validade de qualquer norma somente acontecerá se estiver de

sociais visando a um maior nivelamento quanto ao aspecto da igualdade. Quanto à jurisdição constitucional desse período, destaca-se o debate entre Carl Schmitt e Hans Kelsen sobre a legitimidade para a realização do controle de leis.²⁷

Apesar das críticas apresentadas, Silva (2004, p. p. 135-137) aponta que as Constituições do Estado social trabalharam de forma minuciosa a regulamentação de direitos individuais; em contraposição, trataram de forma genérica e imprecisa a regulamentação das normas referentes aos direitos sociais. Isso teria comprometido a aplicação e eficácia de suas normas, por exemplo, a quando tais constituições preveem a necessidade de providências infraconstitucionais posteriores para a aplicação de vários institutos, retirando o caráter vinculante dos mesmos.

O terceiro modelo de Estado de direito é o Estado Democrático. Melo (2004, p. 84-85) avalia que este deslocou o Direito da soberania parlamentar e da lei para um sistema diversificado, abrangente e expansivo de direitos fundamentais. Entretanto, torna-se fundamental lembrar que, apesar da mudança prescrita, a lei continuou sendo a referência central do Estado de Direito, mas com uma maior pluralidade de direitos fundamentais reconhecidos.

Nesse contexto, torna-se necessária a efetivação dos direitos fundamentais com a correlata transformação da realidade comunitária. Não basta apenas a mera previsão de o Estado atender às demandas sociais, mais uma efetiva ação estatal para uma mudança nas estruturas sociais. Para isso, ele busca, através de novos instrumentos, a transformação do *status quo*. Na tentativa de sistematizar um conteúdo característico desse novo modelo apresentado, os professores Streck e Bolzan (2003, p. 93) identificam os seguintes princípios vinculados à sua organização:

- a) Constitucionalidade – vinculação do Estado Democrático de Direito a uma constituição como instrumento básico de garantia jurídica;
- b) Organização democrática da sociedade;
- c) Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos – [...] assegurando autonomia do indivíduo diante dos poderes públicos, [...] o Estado antropologicamente amigo respeita os direitos à dignidade da

acordo com essas decisões. É preciso lembrar que tais determinações não têm o caráter de simples declarações, mas o caráter vinculante para a legislação posterior.

²⁷ Lorenzetto (2009, p. 1925) afirma que “O debate entre Schmitt e Kelsen sobre quem deve ser o guardião da Constituição pode ser sintetizado em poucas linhas. Enquanto Kelsen acredita na prevalência de um Tribunal de Justiça Constitucional, Schmitt afirma que cabe ao Presidente do Reich a tarefa de salvaguardar a Constituição (em nome do povo)”. Do ponto de vista histórico, a ideia de Kelsen foi bastante difundida. Mas, é importante que se entenda que o referido tribunal estaria vinculado ao Poder Legislativo atuando como um legislador negativo e que apenas retiraria do ordenamento normas inconstitucionais atuando em complementação ao Poder Legislativo.

pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, justiça e solidariedade

- d) Justiça social como mecanismo coletivo das desigualdades;
- e) Igualdade não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa;
- f) Divisão de poderes e funções;
- g) Legalidade que aparece como medida do Direito, isto é, um meio de ordenação racional, vinculadamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência;
- h) Segurança e certeza jurídica.

O Estado Democrático tem sua base no constitucionalismo, nos direitos fundamentais e na democracia, e busca como finalidade a justiça social e o primado da igualdade no contexto de uma sociedade mais justa. A lei passa a atuar como meio racional de exclusão de qualquer tipo de arbítrio contra os direitos fundamentais, sendo um instrumento voltado à realização da justiça social.

O constitucionalismo contemporâneo vincula o Estado de Direito a uma Constituição eminentemente jurídica, isto é, dotada de normatividade em seu texto e não apenas em meros programas a serem desenvolvidos pelo Estado (Estado social) ou como instrumento de manutenção do *status quo* a serviço da classe dominante (Estado liberal).

No Estado Democrático, a separação dos poderes não visa à sobreposição de um poder sobre o outro; os três poderes (funções) são responsáveis pela efetivação dos direitos fundamentais. Neste cenário, à medida que se aprofunda o processo de constitucionalização dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário passa a ter um caráter central na busca pela efetivação desses direitos.²⁸ Saldanha e Soares (2009, p. 211-213) afirmam que a Constituição vincula todos os poderes públicos nesta função, sendo que o Judiciário, ao realizar o controle de constitucionalidade, torna-se responsável pela concretização da carta magna, o que seria um esboço do Estado Constitucional, ou seja, um Estado limitado pela Constituição. Nesta perspectiva, diante da falibilidade na elaboração e implementação das políticas públicas pelos outros poderes, surge o Judiciário provocado pelas demandas, como mais um espaço da efetivação destas. É importante entender que a judicialização não está vinculada à ideia de um simples controle de constitucionalidade como no sentido tradicional, mas sim na

²⁸Nesse sentido reforça Leal; Gervasoni (2013, p. 33-34) [...] o Estado Democrático de Direito pode ser facilmente associado ao desenvolvimento da sociedade, do recrudescimento das noções de constituição e dos direitos fundamentais, trançando os contornos que hoje definem a atuação da jurisdição constitucional.

potencialização da atuação do Judiciário de forma bem mais ampla e que abrange um sentido quantitativo (aumento das demandas judiciais) e qualitativo (novos instrumentos, institutos, novas formas de atuação como o ativismo judicial e a abertura da jurisdição etc.). Dito isso, alguns elementos que estão envolvidos diretamente com o processo de judicialização, devem ser analisados por serem indissociáveis na busca de sua melhor compreensão. São eles: a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a teoria substancialista da jurisdição constitucional, o ativismo judicial e a jurisprudência dos valores.

O ativismo judicial aparece, diante da crescente judicialização, da necessidade de que o Judiciário busque novos meios de atuação para a solução das demandas que lhes são apresentadas.²⁹ Neste cenário, Citadino (2004, p. 105-110) destaca que há uma maior independência do juiz face à criação jurisprudencial do Direito nos países de tradição anglo-americana. Quanto aos países do sistema continental, à criação das novas constituições incorporam princípios, estabelecem objetivos e fundamentos para o Estado, asseguram um espaço para interpretações construtivistas sendo possível falar no direito judicial em contraponto ao legal. Leal (2012, p. 432-433) reforça afirmando que na Europa, após o segundo pós-guerra, passou a se delinear uma perspectiva construtiva e criativa assentada na necessidade de concretização dos princípios inscritos nos textos constitucionais.

Outra questão que se relaciona com a judicialização é a teoria substancialista da jurisdição constitucional. Na Europa, esta pode ser encontrada em alguns casos da jurisprudência do Tribunal Constitucional federal alemão. Nos

²⁹ É preciso deixar claro que o ativismo é um fenômeno independente da judicialização, mas que tem sido um recurso que tem ficado cada vez mais em evidência diante dos crescentes casos de judicialização. Quanto às diferenças entre ativismo e judicialização, Leal (2012, p. 435-437) afirma que a judicialização está dividida entre a judicialização da política e do direito. A primeira refere-se à relação do Judiciário com os demais poderes. Neste aspecto, há uma possível intervenção nas competências do Executivo (ex: controle judicial de políticas públicas) e do Legislativo (definição de direitos e criação de normas). A segunda refere-se ao *judge made law* como sendo um direito jurisprudencial criado em contraponto ao Legislativo (especificação do conteúdo e extensão do direito no caso concreto). Diferentemente da judicialização, o ativismo judicial tem um caráter mais interno vinculado à atuação do Poder Judiciário na realização de suas competências, sendo identificado por uma postura proativa do julgador. Por fim, o ativismo encontra-se relacionado com a judicialização por ser uma ação construtiva e criativa, assentada na necessidade de concretização dos princípios e direitos fundamentais inscritos nos textos constitucionais, onde figuram como sentenças interpretativas (utilização de recursos hermenêuticos para a manutenção da norma no ordenamento) e manipulativas (criação da própria norma pelo tribunal ao alterar a norma originalmente criada pelo legislador), assim como os recursos e instrumentos hermenêuticos que viabilizaram sua realização.

Estados Unidos, pode-se destacar vários de seus elementos na obra de Ronald Dworkin³⁰.

O substancialismo pode ser entendido como um sistema de direitos criado para ampliar a relação entre o Estado e o indivíduo, através do reconhecimento de bens, valores e interesses humanos a serem tutelados como normas constitucionais. Logo, a ideia de substantividade ou materialidade reside na função de blindagem de tais valores através de sua transformação em normas constitucionais. Streck (2003, p. 269) afirma que, para essa corrente

[...] o Poder Judiciário pode contribuir para o aumento da capacidade de incorporação do sistema político, garantindo a grupos marginais, destituídos dos meios para acessar os poderes políticos, uma oportunidade para a vocalização das suas expectativas e direito no processo judicial.

Do ponto de vista da doutrina alemã, destaca-se a jurisprudência dos valores como marco fundamental para a construção da teoria substantiva. Neste aspecto, Alexy (2015, p. 153) destaca que as teorias valorativas se iniciaram desde a Constituição de Weimar e que teóricos como Rudolf Smend³¹ relacionam a importância da criação, num sentido substancial, de um catálogo de direitos fundamentais normatizando uma série substantiva de valores capazes de conferir um certo grau de unidade constitucional, vinculando-a a um sistema cultural. Alexy (2015, p. 154) ainda afirma que, na Alemanha, a teoria dos valores ingressou de forma intensa na jurisprudência constitucional, principalmente, após a decisão do caso Lüth. Neste caso, o tribunal reforça a ideia de direitos de defesa, mas acrescenta que a Constituição não pretende ser uma ordem axiológica neutra.

³⁰ O substancialismo não se resume a Dworkin. Levar isso em consideração seria reducionista. O autor foi escolhido como representante deste pensamento (que tenta explicar a judicialização) por ser o foco das críticas de Cass Sunstein e Adrian Vermule na construção de sua teoria institucionalista. Além do mais, representa bem essa corrente no pensamento jurídico americano.

³¹ Para Smend (2005, p. 8-12) a constituição não é mais um direito legislativo que deva ter uma interpretação meramente formal com base em formalismos técnicos como uma simples lei que garante apenas uma igualdade e liberdade formal, mas, acima disso, ela guarda os valores mais fundamentais para a integração social. Sendo assim, sua interpretação destoa da mera aplicação da lei, devendo o intérprete buscar a luz de um sistema cultural de valores por uns direitos em relação a outros e estimando o valor de cada direito em conjunto. Um exemplo é o da liberdade de expressão, que se relaciona com a vida moral do indivíduo, com a participação deste na formação da opinião pública, que tem conexão com a publicidade e com a vida social, os partidos políticos, interpretação de leis gerais, situações de restrições a depender da circunstância. Esta interpretação é muito avançada diante de uma empobrecida interpretação jurídico-positivista-formalista da letra da lei e que reduzia a nada os direitos fundamentais. Esta interpretação conduz a realidade constitucional externa ao direito levando o direito constitucional à categoria de espaço e tempo adquirindo uma dimensão histórica e concreta frente à metafísica do positivismo, leva os direitos fundamentais a se relacionarem e desemboca na ponderação ao considerar variados pontos de vistas.

Os direitos fundamentais, como ordem objetiva de valores, encontram seu centro no livre desenvolvimento da personalidade humana. Tais valores nascem da comunidade social e devem ser aplicados sobre todos os ramos do direito. A ordem de valores é qualificada como uma hierarquia de valores no qual um sopesamento se faz necessário (ALEXY, 2015, p. 155). Aqui o autor analisa que os elementos principais dessa teoria foram apresentados: valor, ordem de valores, hierarquia de valores, sistema e valores e sopesamento. Cittadino (2004, p. 224) afirma que, para os adeptos da jurisprudência dos valores, a Constituição seria uma “ordem simbólica que expressa a identidade e a forma de vida de uma determinada comunidade”. Para a autora, a jurisprudência dos valores encontra-se calcada numa cidadania ética ao equiparar os direitos fundamentais a valores inscritos nas tradições constitutivas de uma comunidade. Esta cidadania ética atuaria no sentido de concretizar a Constituição como força normativa da vontade política da comunidade. A Constituição é uma ordem concreta de valores que traduz uma autocompreensão ético-normativa da sociedade, devendo as cortes constitucionais aproximarem-na de realidade histórica constitutiva. Contudo, tal concepção nega a norma constitucional como sistema de regras e princípios e a identifica como um conjunto de valores históricos compartilhados pela comunidade, devendo ser concretizada com a aplicação dos valores arraigados num consenso social (CITTADINO, 2004, p. 225).

Já nos Estados Unidos, a construção da teoria substancialista pode ser observada, a título de exemplo, na construção de alguns elementos da teoria de Ronald Dworkin (2002, p. 36) que trabalha o conceito de princípio como uma exigência da equidade, da justiça ou outra dimensão da moralidade sem se preocupar com objetivos gerais da sociedade. Dessa forma, ele aproxima o princípio a uma dimensão substantiva, devendo ser preenchido por valores morais ou outra “dimensão da moralidade”.

Na obra “O império do direito”, Dworkin cria o conceito de integridade partindo de vários pressupostos como os ideais ligados à virtude política da equidade, justiça e do devido processo legal adjetivo. A integridade política “exige que o governo tenha uma só voz e aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, para estender a cada um dos padrões fundamentais de justiça e equidade que usa para alguns” (Dworkin, 1999, p. 201). Para Dworkin, ao aceitar a integridade, o juiz realiza a interpretação dos casos submetidos à sua decisão e, ao mesmo tempo, fornece fonte de interpretação para

outros casos que posteriormente deverão ser decididos. Frise-se que as decisões judiciais devem ser coerentes e tomadas dentro da mesma matriz política e não de forma isolada, sob pena de se cometerem injustiças com aqueles que estiverem fora do posicionamento geral do magistrado. Mello (2004, p. 91-93) afirma que a leitura moral da Constituição proposta por Dworkin é um método correto de interpretação constitucional, pois o texto constitucional é portador de uma moralidade interna que deve ser compreendida e construída com base no critério da integridade, que impõe uma interpretação sistemática e coerente dos preceitos constitucionais, inclusive considerando interpretações judiciais passadas.

Outro aspecto que está relacionado com o processo de judicialização é a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Esta se relaciona diretamente com a formação do Estado Democrático e a assunção das constituições do pós-guerra de um catálogo de direitos fundamentais. Sarlet (2001, p.142-143) identifica a dimensão objetiva dos direitos fundamentais na jurisprudência do tribunal constitucional alemão, notadamente a partir do caso Lüth, que reconheceu os direitos fundamentais como valores de natureza jurídico-objetiva constitucional, com eficácia por todo ordenamento jurídico. O autor concorda com Pérez Luño (1995, 20; *apud* Sarlet, 2001, p. 143) de que “os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais”.

Por fim, após esta básica abordagem sobre a judicialização como decorrência da evolução do Estado Democrático de Direito, pode-se concluir que o processo de judicialização é fruto da evolução do Estado de Direito, onde, no Estado Democrático através de uma visão material (substancialista), os valores mais importantes da comunidade política passam a ser tutelados através de um processo de constitucionalização. Tais valores, tendo ou não um caráter normativo (a depender da corrente), passam a exigir uma ação positiva dos três poderes no sentido de buscar sua efetividade perante o cidadão, e dessa forma o Judiciário passa a atuar em áreas onde historicamente estavam circunscritas aos demais poderes através do processo de judicialização. Nesse contexto, o ativismo judicial potencializa suas competências buscando desenvolver sua missão de tutelar os direitos fundamentais. Logo, ativismo e judicialização não são fenômenos

dependentes, mas complementares, num contexto de busca pela efetivação dos direitos fundamentais.

Quanto à judicialização da saúde, o Judiciário tem atuado na perspectiva de implementar as políticas públicas formuladas pela Constituição, assim como aquelas definidas pelos demais poderes e não efetivadas. Os debates referentes à judicialização da saúde podem ser observados pela análise das decisões do STF, que vem aplicando as questões ora trabalhadas. O subitem seguinte tem por objetivo analisar tal processo.

2.3 A jurisprudencial do STF quanto ao processo de judicialização da saúde no Brasil: uma análise da aplicação das teorias estudadas

Dentro da linha de raciocínio da pesquisa ora proposta, o subitem 2.1 tratou do estudo dos art. 196 ao 200 da CF como regras e princípios básicos organizativos do direito à saúde. No subitem 2.2, analisou-se a evolução da jurisdição constitucional como decorrência do Estado de Direito, inclusive avaliou-se a atuação do Judiciário na tutela de direitos fundamentais, em colaboração com os demais poderes. O presente subitem propõe-se a estudar a judicialização do direito à saúde, através de uma análise dos fundamentos das decisões do STF que reforçam o Judiciário³² como um instrumento de acesso ao sistema de saúde.

Inicialmente, dentro do universo que envolve o tema, há dois pontos importantes a serem tratados. O primeiro é sobre os direitos fundamentais sociais e sua exigibilidade, numa dimensão subjetiva. E a outra, relacionada à possibilidade de atuação do Judiciário em face das eventuais escolhas dos poderes políticos quanto à realização ou não de políticas públicas relacionadas à saúde.

A questão dos direitos fundamentais sociais e sua exigibilidade numa dimensão subjetiva, passa pela possibilidade ou não da judicialização do direito à saúde. Essa questão, no direito brasileiro, envolve o debate sobre a eficácia da

³² Neste contexto, reforça Barroso (2007, p. 21- 22) que “O papel do Poder Judiciário, em um Estado constitucional democrático, é o de interpretar a Constituição e as leis, resguardando direitos e assegurando o respeito ao ordenamento jurídico. Em muitas situações, caberá a juízes e tribunais o papel de construção do sentido das normas jurídicas, notadamente quando esteja em questão a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e de princípios. Em inúmeros outros casos, será necessário efetuar a ponderação entre direitos fundamentais e princípios constitucionais que entram em rota de colisão, hipóteses em que os órgãos judiciais precisam proceder a concessões recíprocas entre normas ou fazer escolhas fundamentadas [...] onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção”.

norma constitucional que regulamenta a matéria, se seria de eficácia plena ou limitada de caráter programático³³.

Num primeiro momento, o art. 196 da CF estabelece que a saúde é realizada mediante políticas sociais e econômicas. Para aqueles que defendem sua eficácia limitada de conteúdo programático, estas políticas seriam uma limitação à norma, pois deveriam ser implementadas como um programa. No entanto, levando-se em consideração a norma constitucional, pode-se afirmar que há um aspecto fundamental quanto ao direito à saúde que é o seu caráter prestacional. Para Schwartz e Bortolotto (2008, p. 259-260), a Constituição, ao estabelecer um sistema prestacional através do SUS, gera no cidadão o direito subjetivo de exigir do Estado a correspondente prestação, e que, por isso, ao se deparar com uma omissão dos poderes públicos, deve dispor de meios processuais para buscar sua efetivação. Neste aspecto, nascem as ações constitucionais como o mandado de injunção e mandado de segurança.

A consequência lógica para o cidadão é o reconhecimento do direito à saúde como um direito subjetivo. Barroso (2007, p.6) afirma que “em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos [...] são eles, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais”. Numa visão mais restrita, Canotilho, na primeira fase de seu pensamento, considerava os direitos sociais como “autênticos direitos subjetivos inerentes ao espaço existencial do cidadão, independentemente da sua judicialidade e exequibilidade imediatas” (CANOTILHO, 1993, p.666).

Quanto ao aspecto objetivo dos direitos fundamentais, este tem uma operacionalidade prática diferente dos direitos de primeira dimensão por sua estrutura normativa, que é modelada de duas formas:

- (1) imposições legiferastes, apontando para a obrigatoriedade de o legislador actuar positivamente, criando as condições materiais e institucionais para o exercício desses direitos [...];
- (2) fornecimento de prestações aos cidadãos, densificadoras da dimensão subjectiva essencial

³³ Essa classificação é adotada por Silva (2004, p. 88), que classifica as normas de eficácia plena como de aplicabilidade imediata, sem a necessidade de uma norma posterior que lhe devolva os efeitos positivos previstos na Constituição. Já quanto às normas de eficácia limitada de caráter programático, o autor afirma que estas estabelecem programas de ação futura próprio das sociais democracias, isso no que diz respeito a normas referentes a direitos sociais e econômicos que são dotadas de grande imprecisão comprometendo sua eficácia e aplicabilidade imediata, requerendo providências ulteriores para incidir concretamente, dado que precisam de uma integralização por parte do legislador ordinário. (SILVA, 2004, p. 135)

destes direitos e executoras do cumprimento das imposições constitucionais. (CANOTILHO, 1993, p.667).

A sua efetividade começa pelo legislador ao criar leis infraconstitucionais que produzam os efeitos previstos na Constituição, e continuam através da ação da Administração Pública com a estruturação do serviço público. Cabe ressaltar, que num segundo momento de seu pensamento, o autor defende que os tribunais devem, através de um momento “interpretativo concretizador”, buscar dar um conteúdo concreto aos direitos sociais. (CANOTILHO, 1993, 667-668)

Já no sistema constitucional de 1988, Silva (2004, p. 164-165) observa que o art. 5º, § 1º da CF se aplicaria a todas as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais. No entanto, não é bem assim que funciona, já que, em alguns casos, a própria Constituição determina legislação infraconstitucional posterior necessária a devolver a eficácia de algumas normas de direitos sociais. Logo, qual efeito seria o efeito do art. 5º, § 1º da CF face às normas de eficácia limitada? O autor responde que:

Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes. (SILVA, 2004, p. 165)

Bonavides (2004, p. 565) reforça o entendimento ao afirmar que os direitos fundamentais de segunda dimensão “tendem a tornar-se tão justificáveis quanto o da primeira, pelo menos essa é uma regra que já não mais poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada [...]”. Sendo assim, partindo-se de pressupostos discutidos por autores como Canotilho, Bonavides, José Afonso dentre outros, pode-se afirmar que os direitos fundamentais sociais, partido de seu caráter prestacional, são de aplicação imediata, garantindo-se o acesso por parte do cidadão às instâncias judiciais em caso de descumprimento. Tal posicionamento é confirmado pela jurisprudência do STF, como a STA 175 AgR/CE, que afirma não haver “distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I do Título II) e os direitos sociais (capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, § 1º, CF/88).”

Definida a primeira questão, a segunda trata sobre a possibilidade de atuação do Judiciário sobre os poderes políticos quanto a realização ou não de políticas públicas. Neste aspecto, Saldanha e Soares (2009, p. 213) afirmam que é fundamental uma análise sobre a forma pela qual a Administração Pública realiza ou deveria realizar a elaboração e execução de políticas públicas em matéria de saúde. Na prática, há uma forte oposição da agenda neoliberal às determinações constitucionais, e isso se torna mais evidente diante da crise do Estado social. Diante de um Executivo cada vez mais omissivo, não pode o Judiciário atuar sob uma matriz liberal abstencionista; ao invés, deve realizar intervenções necessárias à implementação das políticas públicas vinculadas ao direito à saúde. Dito isto, torna-se necessário saber até onde vai a atuação da Administração Pública sem a intervenção do Judiciário, e onde começa seu espaço de intervenção. Saldanha e Soares (2009, p. 213) relacionam a questão de tais limites ao conceito de política pública que, para eles, constitui-se num programa de ação governamental formado por um conjunto de medidas articuladas que visa movimentar a máquina do Estado tendo em vista a concretização de um direito constitucional assegurado. Logo, os autores concluem que cabe ao Judiciário verificar a compatibilidade de tais políticas perante a Constituição. Dessa forma, ele poderá intervir tanto na elaboração quanto na execução de políticas públicas constitucionais. Quanto a essa questão, a ementa abaixo resume bem o entendimento do STF:

EMENTA: AMPLIAÇÃO E MELHORIA NO ATENDIMENTO DE GESTANTES EM MATERNIDADES ESTADUAIS – DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA MATERNO-INFANTIL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, INCLUSIVE AOS ESTADOS-MEMBROS – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO-MEMBRO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191-197) – o papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo poder público – a fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Estado – a teoria da “restrição das restrições” (ou da “limitação das limitações”) – caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde (CF, arts. 196, 197 e 227) – a questão das “escolhas trágicas” – 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 – controle jurisdicional de legitimidade da omissão do estado: atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso) – doutrina – 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) – possibilidade jurídico-processual de utilização das “astreintes” (CPC, art. 461, § 5º) como meio coercitivo indireto – existência, no caso em exame, de relevante interesse social – Ação Civil Pública: instrumento processual adequado à proteção jurisdicional de direitos revestidos de metaindividualidade – legitimação ativa do Ministério Público (CF, art. 129, III) – a função institucional do ministério público como “defensor do povo” (CF, art. 129, II) – doutrina – precedentes – recurso de agravo improvido. (Re 581352 AGR, Relator: Min. Celso de Mello, segunda turma, julgado em 29/10/2013, acórdão eletrônico DJE-230, divulgado em 21/11/2013, publicado em 22/11/2013).

Diante de uma simples análise da ementa, percebe-se que o STF reconhece e reforça que o Estado deve elaborar e implementar a política pública (de base constitucional) de atendimento às gestantes em hospitais estaduais. A ementa pode ser dividida em dois aspectos: o primeiro trata do reconhecimento de um conteúdo mínimo destinado à proteção dos direitos fundamentais; e o segundo que trata da possibilidade de judicialização das políticas públicas e de proteção da norma constitucional pelo Poder Judiciário.

É fundamental o reconhecimento pelo STF da política de saúde como imposição constitucional. O Estado tem como dever a efetivação da norma constitucional através da criação e implementação do sistema de saúde. O STF reconhece que a insuficiência no atendimento constitui uma omissão inconstitucional, e, sendo a saúde um direito exigível de imediato perante os poderes públicos, tal omissão fere a norma constitucional. Diante disto, percebe-se a força do conteúdo material/substancial da Constituição e de como ele está presente nas considerações iniciais do STF, servindo como fundamentação para a atuação do órgão. Sendo assim, a ementa ressalta a importância desse conteúdo mínimo constitucional e a impossibilidade de se recorrer à teoria da reserva do possível³⁴

³⁴A referida teoria teve como caso paradigmático a decisão do Tribunal Constitucional alemão, de 18 de julho de 1972, que julgou o BVerFGE 33, 303263. No caso em questão, discutia-se o direito a livre profissão e lugar de formação reconhecido pelo Estado alemão, em face de leis regionais da Bavária que limitavam o número de vagas ao curso de medicina. A decisão, levou em consideração a reserva do possível ao “no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha pelo legislador em sua própria responsabilidade” (MARTINS, 2005, p. 663). Sendo assim, para o tribunal não seria racional exigir do Estado que garantisse a cada indivíduo, que, por uma liberdade constitucional, escolhesse um curso “x” ou “y”. Isso porque, muitas das vezes, os indivíduos podem escolher os cursos mais caros o que,

“sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico (material) que qualifica o mínimo existencial³⁵”. Essa afirmação reforça a teoria substancialista na medida em que ela prevê conteúdos mínimos necessários previstos pela Constituição para a garantia dos direitos fundamentais.

A segunda parte da ementa reconhece “o papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo poder público”. Com isso, ela afirma a competência do Judiciário na garantia do direito à saúde e no controle das políticas públicas formuladas pela Constituição. A importância desta postura é a de que, diante da incapacidade dos outros poderes de realizarem a concretização das demandas do SUS, surge o Judiciário como um polo de promoção e efetivação desse direito. Nesse sentido, percebe-se uma ação ativista na medida em que o STF se socorre da “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”. Dessa forma, reafirma-se uma postura mais proativa por parte dos juízes no sentido de uma ação necessária como órgão colaborador no preenchimento do conteúdo (vago) do direito através do seu processo de aplicação.

Para o exercício do ativismo e a realização do que ele chama de “atividade de fiscalização judicial” o STF recorre a princípios (parâmetros) materiais implícitos e explícitos na Constituição, como na concepção de Dworkin, que são “a proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso”. Essa “baliza constitucional” legitima a atuação do STF no controle das políticas públicas e evita que ele extrapole seu desenho constitucional que, destinado à proteção da Constituição e efetiva tutela dos direitos fundamentais. Morais e Brum (2016, p. 91) afirmam que este padrão é utilizado com muita

por sua vez, poderia inviabilizar a manutenção desse direito pela coletividade, o que não se coadunaria com a proposta do Estado de social. Sendo assim, a reserva do possível representa limitações de ordem orçamentária e jurídica, aqui também entra a necessidade de editar normas integradoras em alguns enunciados constitucionais de eficácia limitada, que restringem a plena realização dos direitos de segunda dimensão.

³⁵O princípio do mínimo existencial [...] “corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público” (BARROSO, 2007, p.10). São, portanto, o mínimo necessário para uma existência digna, como por exemplo acesso ao ensino fundamental que o próprio Estado torna obrigatório, acesso a tratamento e medicamentos para doenças, alimentação, vestuário e abrigo para os menos favorecidos e democratização da justiça na solução dos conflitos. A questão de se definir um conteúdo mínimo não é pacífica, ele varia de acordo com o local e o momento histórico.

frequência pelo STF ora de forma mais retórica, ora mais comedida, mas que é o núcleo das razões de decidir quando se trata de controle de políticas públicas.

Outra ementa comum no STF, quanto ao controle de políticas públicas, está representada abaixo.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. POLÍTICAS PÚBLICAS. SEGURANÇA PÚBLICA. DETERMINAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. LIMITES ORÇAMENTÁRIOS. VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DOS PODERES. INOCORRÊNCIA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A jurisprudência desta Corte entende ser possível ao Poder Judiciário determinar ao Estado a implementação, em situações excepcionais, de políticas públicas previstas na Constituição sem que isso acarrete contrariedade ao princípio da separação dos poderes. II – Quanto aos limites orçamentários aos quais está vinculado o recorrente, o Poder Público, ressalvada a ocorrência de motivo objetivamente mensurável, não pode se furtar à observância de seus encargos constitucionais. III – Agravo regimental a que se nega provimento. (RE 768.825 AGR, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, segunda turma, julgado em 12/08/2014, acórdão eletrônico DJE-161, divulgado em 20/08/2014, publicado em 21/08/2014).

A ementa trata da possibilidade de o Poder Judiciário determinar que os outros poderes implementem as políticas públicas definidas pela Constituição. Neste caso, poderia ele atuar em situações excepcionais em face de políticas públicas determinadas pela Constituição. Tal visão vai em direção ao constitucionalismo contemporâneo que busca um sentido colaboracionista na atuação dos poderes, onde todos convergem para a efetivação dos direitos fundamentais.

A segunda parte trata da impossibilidade de alegar a reserva do possível, como a limitação orçamentária, para a implementação das políticas públicas definidas pela Constituição. Nesse sentido, torna-se esclarecedor trecho do voto do Rel. Min. Celso de Mello no AI 598.212-ED/PR:

“Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público criar obstáculo artificial que revele – a partir de indevida manipulação sua atividade financeira e/ou político-administrativa – o arbitrário, ilegítimo e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência e de gozo de direitos fundamentais (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF nº 345/2004), a significar, portanto, que se revela legítima a possibilidade de controle jurisdicional da invocação estatal da cláusula da ‘reserva do possível’, considerada, para tanto, a teoria das ‘restrições das restrições’, segundo a qual – consoante observa LUÍS FERNANDO SGARBOSSA (‘Crítica à Teoria dos Custos dos Direitos’, vol. 1/273-274, item n. 2, 2010, Fabris Editor) – as limitações a direitos fundamentais, como o de que ora se cuida, sujeitam-se, em seu processo hermenêutico, a uma exegese necessariamente restritiva, sob pena de ofensa a determinados parâmetros de índole constitucional, como, p. ex., aqueles fundados na proibição de retrocesso social, na proteção ao mínimo existencial (que deriva do princípio da dignidade da pessoa humana), na

vedação da proteção insuficiente e, também, na proibição de excesso. Cumpre advertir, desse modo, na linha de expressivo magistério doutrinário (OTÁVIO HENRIQUE MARTINS PORT, “Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública”, p. 105/110, item n. 6, e p. 209/211, itens ns. 17-21, 2005, RCS Editora Ltda., v.g.), que a cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando dessa conduta governamental negativa puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Cabe referir, ainda, neste ponto, ante a extrema pertinência de suas observações, a advertência de LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN, ilustre Procuradora Regional da República (‘Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público’, p. 59, 95 e 97, 2000, Max Limonad), cujo magistério a propósito da limitada discricionariedade governamental em tema de concretização das políticas públicas constitucionais assinala: ‘Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer. Como demonstrado no item anterior, o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social. Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração. As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional’ (grifei)” (AI 598212 / PR Relator: Min. Celso de Melo, segunda turma, julgado em 23/05/2014).

Observe-se que a jurisprudência da Suprema Corte passa a analisar a questão orçamentária de forma objetiva e balizada pelos princípios constitucionais. Dessa forma, o orçamento não poderá ser uma arma fictícia, manipulável pelo gestor no ato de elaboração da proposta orçamentária. Dessa forma, o STF controla a aplicação da reserva do possível por meio de uma interpretação que leve em consideração a máxima efetividade dos direitos fundamentais. Nesse contexto, deve ser utilizada uma exegese com parâmetros que proíbam o retrocesso social, e garantam a proteção ao mínimo existencial. Entretanto, esse entendimento do STF não é absoluto. Ele encontra limite diante de um “justo motivo objetivamente aferível” que o Judiciário deverá avaliar no caso concreto. Assim, não sendo caso de manipulação orçamentária e tendo as prioridades constitucionais observadas, poderá se restringir à política pública constitucional. Contudo, deverá haver uma

extrema cautela nesse sentido, já que o administrador não poderá invocar de forma dolosa “para se eximir do cumprimento de suas obrigações constitucionais”.

Quanto ao fundamento constitucional para a atuação do STF no controle de políticas públicas, o voto entende que não há discricionariedade do administrador público sobre a implementação de políticas públicas definidas pela Constituição. Logo, ele deve buscar meios (orçamentários e administrativos) para a implementação dessas políticas, não podendo se omitir diante desse imperativo, pois está vinculado à Constituição na busca pelo “bem-estar do cidadão”. Ao Poder Judiciário, cabe “[...] dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional” diante da não concretização ou da implementação insuficiente por parte da Administração Pública, a jurisdição constitucional assume a função de tutela dos direitos fundamentais determinando ao poder público que realize a ação desejada sob pena de responsabilização do administrador público.

Diante dessa análise jurisprudencial, percebe-se que o tribunal tem tratado a questão do controle de políticas públicas debatendo as questões acima levantadas. A saúde como um direito social fundamental reconhecido pelo Estado brasileiro tem sido objeto de várias demandas na busca pela sua efetivação na esfera particular do cidadão ou de uma coletividade. Com este posicionamento, o STF tem buscado efetivar às políticas ligadas à saúde e os julgados abaixo demonstram isso.

O ARE 745745 AgR, de 02/12/2014, posicionou-se no sentido de que é dever do Município a manutenção da rede de assistência à saúde à criança e do adolescente. Logo, constitui-se inércia desse ente político sua não implementação cabendo ao Judiciário efetivar tais políticas constitucionais. Por isso que a ementa afirma que 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”. Esta criação jurisprudencial do direito é fruto de sua judicialização, e cabe ao Judiciário trabalhar uma exegese dentro da hermenêutica constitucional que seja capaz de efetivar o direito à saúde da criança e do adolescente. Este não é um novo direito criado pelo tribunal, mas uma construção interpretativa da norma constitucional, dado o caráter vago da formulação de seu dispositivo.

No caso do ARE 727864 AgR, de 04/11/2014, trata-se do dever dos Estados membros com o custeio as operações do SAMU que foram encaminhadas para os hospitais particulares, dada a falta de vagas nos leitos de hospitais públicos.

O RE 985435/SC, de 24/08/2016, pede que seja liberada a substância fosfoetanolamina para o uso terapêutico de pessoas com câncer em estado terminal. Há de se observar que a substância ainda não é medicamento, pois não passou pelos testes técnicos na Anvisa, e não há estudos que comprovem sua eficácia em humanos. A decisão limita a atuação do Poder Judiciário, pois esta “se dá apenas nos casos em que a negativa do Estado em dar a prestação de saúde ou o medicamento (e não qualquer substância a qual atribuída sem prova característica curativa) se caracterizar como ilegal ou violadora de princípio ou norma constitucional”. Tal limite se relaciona à comprovação científica dos efeitos do remédio ou tratamento e a autorização da Anvisa, do contrário, “abriria ensejo à concessão de toda e qualquer substância com potencial responsabilização do Estado” o que tornaria inviável o sistema de saúde. Reforçando esse entendimento, a ADI 5501 deferiu liminar para suspender a eficácia da Lei nº 13.269/2016 que autorizava a comercialização da fosfoetanolamina sem passar pelos testes de laboratório. A decisão afirma que a comercialização de remédios somente se dá após a aprovação de órgãos da Administração Pública comprometidos com o dever constitucional de implementar políticas públicas voltadas a garantir a saúde da população. O fornecimento de medicamentos ou substâncias sem a devida passagem pelos protocolos científicos e apenas através de ato legislativo geral e abstrato desvirtua o preceito constitucional que atribui à realização de tais políticas a prática de atos administrativos concretos destinados a tal fim.

Diante das questões expostas, percebe-se que a saúde é um direito público subjetivo, tendo, de um lado, o dever do Estado de prestação do serviço público, e do outro, a expectativa do cidadão, criada pela Constituição, de ter esse direito efetivado pelo Estado. Dessa forma, torna-se possível a intervenção do Judiciário, diante da omissão dos demais poderes na implementação desse direito, e a análise das decisões do STF reforçam que essa intervenção poderá ser tanto na elaboração quanto na implementação de políticas públicas de base constitucional. Isso ficou demonstrado nos casos acima estudados.

No entanto, apesar do entendimento firmado no presente subitem, há várias críticas empreendidas por diferentes autores ao processo de judicialização. O

subitem seguinte propõe-se a estudar tais críticas visando utilizá-las como referência para a análise das propostas de superação de alguns problemas apresentados pela judicialização e que serão desenvolvidas no capítulo 3.

2.4. Principais críticas sobre a atuação do Poder Judiciário no contexto do processo de judicialização

No subitem 2.2, foi analisado que a judicialização é fruto da evolução do Estado de direito. Também se demonstrou que ela se correlaciona com outros temas importantes, como o ativismo judicial, a teoria substancialista da jurisdição constitucional, a jurisprudência dos valores, dimensão objetiva dos direitos fundamentais etc. A aplicação de tais elementos foi observada no subitem 2.3, quando se analisou a judicialização da saúde pelos fundamentos das decisões do STF, ocasião em que se percebeu uma base substancialista em suas decisões, com força no conteúdo normativo (material/substancial) da Constitucional. Isso ficou mais claro ante a análise da aplicação de princípios como a proibição do retrocesso social, a proteção ao mínimo existencial, a vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso, verificando-se uma aplicação da teoria da integralidade de Dworkin.

Da análise do processo de judicialização, pode-se observar que ele nasce de diversas causas, assim como também gera várias consequências. Entretanto, vários autores têm criticado o referido processo, passando o presente subitem à análise de seus principais questionamentos.

Diante do contexto apresentado, a primeira crítica é a de que a atuação do Judiciário diante do processo de judicialização, na busca pela proteção dos direitos fundamentais, seria paternalista. Essa é a reflexão apresentada por Maus, na qual afirma que uma sociedade órfã de maneira paradoxal promove a infantilização do sujeito. Assim, “indivíduo e coletividade, transformados em meros objetos administrados, podem ser facilmente conduzidos por meio da reificação e dos mecanismos funcionais da sociedade industrial moderna” (MAUS, 2010, p. 185). Nesse contexto, paternalisticamente, destaca-se uma ampliação da função da Justiça através da interpretação, de institutos processuais, do crescimento do controle de constitucionalidade, além de uma “evolução uma representação da Justiça por parte da população que ganha contornos de veneração religiosa”

(MAUS, 2010, p. 185). A título de exemplo, destaca a autora que na “República Federal da Alemanha [...] Qualquer crítica sobre a jurisdição constitucional atrai para si a suspeita de localizar-se fora da democracia e do Estado de direito, sendo tratada pela esquerda como uma posição exótica” (MAUS 2010, p. 185).

Para ilustrar o retorno da ideia de pai, a autora ainda cita a jurisdição constitucional americana, onde, “nesse país, que já desenvolvera um modo original de controle judicial da constitucionalidade desde o começo do século XIX, tal retorno é indicado pelo surgimento de uma vasta literatura a respeito de biografias de juízes”. Neste país “a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana apresenta-se como obra das marcantes personalidades de juízes que fizeram sua história constitucional os quais aparecem como “profetas” ou deuses do Olimpo do direito”³⁶ (MAUS, 2010, p. 185).

Na Alemanha, a autora trata da transferência do superego da sociedade alemã, órfã de uma figura paterna, que já foi exercida pela figura imperial, para a figura da Justiça. Sendo assim

A Justiça exigida pelo preceito de igualdade é, para Kaufmann, muito mais uma ordem superior que se apresenta tanto para a ética como para a “consciência jurídica”, revelada mediante o “receptáculo puro” que é o juiz. A “excepcional personalidade de jurista” criada por uma “formação ética” atua como indício da existência de uma ordem de valores justa: “uma decisão justa só pode ser tomada por uma personalidade justa”. Nesta fuga da complexidade por parte de uma sociedade na qual a objetividade dos valores está em questão, não é difícil reconhecer o clássico modelo de transferência do superego. (MAUS, 2010, p. 186)

³⁶ Pode-se dizer que no Brasil pós-88, com a nova realidade constitucional, o Judiciário, em particular o STF, passou a gozar de um status semelhante ao da Suprema Corte dos Estados Unidos num sentido de ter seus ministros como “celebridade” e em várias ocasiões sido levados à categoria de heróis, principalmente em atividades voltadas ao combate à corrupção e a defesa da moralidade pública como nos casos do mensalão e da Operação Lava Jato. Neste sentido, várias matérias na imprensa nacional têm dado destaque a essa nova situação como nos exemplos a que seguem: 1) Mader (2012, p.1) “A imagem de um homem com uma grande capa preta sobre as costas imediatamente remete à figura de um super-herói. A foto do ministro Joaquim Barbosa, relator do mensalão, andando pelo plenário do Supremo Tribunal Federal com uma longa e esvoaçante toga virou sucesso na internet, associada a frases que comparam o magistrado com personagens como Batman ou Super-homem. Depois de condenar nove réus do mensalão, em votos considerados duros, Barbosa virou herói na internet. Apesar da grande notoriedade gerada pelo julgamento, o ministro já declarou que não se empolga com a fama e garantiu não ter nenhuma pretensão política [...]“Superam é para os fracos. Meu herói é negão e usa toga preta”, diz o texto sob uma foto do relator do mensalão, já compartilhada por milhares de usuários do Facebook. 2) Oliveira (2017, p.1) O juiz Sérgio Moro, que comanda a Operação Lava Jato, se disse “perplexo” com a morte do ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Teori Zavascki, na tarde desta quinta-feira. Moro descreveu o magistrado como um “herói brasileiro” e afirmou que, “sem ele, não teria havido a Operação Lava Jato”. Zavascki era relator da operação e trabalhava na análise das 77 delações de executivos da Odebrecht.

Em seguida, a autora traça críticas à aproximação do direito com a moral personificada nas lições de Dworkin. Para ela

A razão pela qual tal teoria — a despeito de suas melhores intenções — é capaz de encobrir moralmente um decisionismo judicial situa-se não só na extrema generalidade da ótica da moral, em oposição às normas jurídicas, mas também na relação indeterminada entre a moral atribuída ao direito e as convicções morais empíricas de uma sociedade. Assumindo o pressuposto explícito de que nenhum grupo social possui mais do que os juízes a capacidade moral de argumentação, Dworkin está convencido de que se pode resolver o dilema fazendo do próprio entendimento do juiz acerca do que seja o conteúdo objetivo da moral social ("community morality") o fator decisivo da interpretação jurídica. Deste modo, porém, a moral que deve dirigir a interpretação do juiz torna-se produto de sua interpretação (MAUS, 2010, p. 186)

Maus critica esse processo por considerar que a “moral” que direciona a interpretação do juiz é produto de sua própria interpretação. Para ela, a inclusão da moral imuniza a jurisdição contra a crítica de que ela deveria se tornar mais acessível. Ao invés disso, ela tem sempre um conceito de direito ampliado por suas próprias ponderações morais. Se a própria Justiça se eleva a essa condição de instância moral superior da sociedade, ela deixa de estar ao alcance de mecanismos de controle social que todos os aparelhos estatais num Estado democrático deveriam se submeter. Dessa forma, “no domínio de uma Justiça que contrapõe um direito "superior", dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social.” (MAUS, 2010, p. 186-187).

Outras críticas são apresentadas pela corrente procedimentalista da jurisdição constitucional e que encontra vários adeptos como Habermas, Ely Hart, Peter Häberle etc. O procedimentalismo não é uma vertente unificada, mas é dotada de várias formas de manifestação. Assim, Leal (2012, p. 445-446) afirma que, dentre os diferentes procedimentalismos, há elementos comuns que os unem que é a limitação interpretativa do Poder Judiciário no que concerne à proteção e realização dos conteúdos constitucionais fundamentais. Dessa forma, esvazia-se a competência em se realizar uma valoração de conteúdos constitucionais, e isso se opera de duas formas: a) pelo reforço do sistema representativo como único capaz de fazer a valoração de conteúdos fundamentais para a sociedade (Hart Ely); e, b) na ótica apresentada por Häberle y Habermas propõem um processo mais aberto

de participação política a partir de uma compreensão mais integrativa, ativa e aberta do cidadão nas decisões mais fundamentais da sociedade.

Cittadino (2004, p. 221-225) avalia que Habermas defende a troca da visão substantiva de democracia constitucional por uma procedimentalista. Para ele, Dworkin estabelece a visão de comunidade de princípios, a de continuidade histórica quando pede que o juiz ajuste a interpretação “às práticas e a história americana e ao resto da Constituição”. Ela afirma que, na concepção de Habermas, Dworkin tem dois séculos de desenvolvimento constitucional, e enquanto liberal, ele tem uma visão muito otimista dessa história. Isso quer dizer que a interpretação dworkiana construída a partir de princípios substantivos só é possível graças à confiança nas tradições e práticas constitucionais americanas. No entanto, em contextos históricos em que o constitucionalismo cívico ou uma comunidade de princípios não compartilha de tradições e valores históricos e culturais comuns, a visão da democracia substantiva deve ser substituída por uma procedimental. Nesse sentido, quando não é mais possível se apoiar na confiança antropológica das tradições, deve-se apelar para um patriotismo constitucional, ou seja, um compromisso com as instituições do Estado Democrático de Direito e com a democracia radical. O patriotismo constitucional não tem seu conteúdo ligado aos valores compartilhados ou a conteúdos substantivos, mas consiste no modo de disputa pública, discursiva em torno da interpretação da Constituição concretizada em cada caso e condições históricas em que vivemos. Assim, torna-se necessário que o Estado crie procedimentos que garantam a formação democrática da opinião e da vontade, através de uma identidade política, não ancorada na noção de cultura, mas de cidadãos.

Nos Estados Unidos, um dos principais procedimentalistas foi John Hart Ely. Leal (2007, p. 152-155), que afirma que sua principal contribuição foi a construção do *representation reinforcement theory*, no qual o autor trabalha a relação ou compatibilidade da atuação da Suprema Corte com o sistema democrático americano, sua principal defesa é do reforço ao sistema representativo e do aspecto procedimental da Constituição. Ele busca uma solução através do reforço ao sistema representativo como fundamento para sua legitimação e harmonização. Logo, é função da corte assegurar o funcionamento da máquina democrática através do debate político e da participação de forma permanente e aberta. Não deve ela determinar quais os valores substantivos são mais importantes ou fundamentais,

sendo que eles devem ser determinados pelo processo político, principalmente numa democracia representativa em que não é função dos tribunais determinar a interpretação valorativa da Constituição e quais são os direitos substantivos; estes são determinados numa instancia política e não jurídica.

Em resumo do que se pode extrair de autores procedimentalistas como Hart Ely e Habermas é que não cabe aos tribunais criarem ou ampliarem direitos já existentes, pois estes devem garantir a legalidade dos procedimentos democráticos, e que, através do debate político, poderá haver a proteção dos direitos fundamentais. Nesta perspectiva, pode-se chegar à conclusão de que a judicialização seria um recurso anômalo da democracia, uma falha no sistema, algo que mais prejudicaria o desenvolvimento dos direitos fundamentais, pois estaria limitado ao entendimento dos tribunais do que seriam esses direitos.

Dentro dessa matriz procedimentalista, surge Peter Häberle, que se concentra na questão dos intérpretes da Constituição. Para ele, os intérpretes são muitos e deveriam ser levados em consideração pela teoria da interpretação. Esta sempre foi vinculada a uma sociedade fechada de intérpretes, extremamente concentrada à interpretação dos juízes. Sendo assim, o autor propõe que, no processo de interpretação constitucional, estejam vinculados todos os cidadãos e demais grupos sociais. A interpretação realizada até o momento é unicamente vinculada às corporações e aos participantes formais do processo constitucional. No entanto, ela deveria ser fruto de uma sociedade aberta onde todas as potências públicas e participantes materiais do processo pudessem participar como um aspecto resultante desta sociedade aberta e seu elemento formador. (HÄBERLE, 1997, p. 11)

Häberle concentra suas críticas à visão substantiva e se aproxima do procedimentalismo ao defender procedimentos de abertura da jurisdição e aproximação desta da comunidade em que está inserida. Assim, os tribunais constitucionais teriam várias tarefas que não apenas a proteção de um conjunto de valores, mas dentre outras atividades como

As concretas tarefas de uma jurisdição constitucional resultam da Constituição positiva ou de suas regulações complementares. Mas, atrás disso, está "o geral": a tarefa de limitação do poder, assim como a Constituição em conjunto também é restrição do poder (não só "norma e tarefa", "estímulo e barreira": U. Scheuner e R. Smend); logo, a proteção dos cidadãos, especialmente ali onde há acesso direto ao tribunal constitucional (o recurso de amparo), por isso se diz que tribunal

constitucional é um "tribunal cívico" *par excellence*; outra tarefa é a integração dos órgãos constitucionais, em qualquer controvérsia; ademais a proteção das minorias, que, nos Estados federais, frequentemente se alcança através dos conflitos ou controvérsias federais, corresponde a isso (cf. artigo 93.1, números 2 e 3 da Lei Fundamental de Bonn). (HÄBERLE, 2004, p. 220)

Percebe-se que o autor busca analisar os objetivos gerais da jurisdição constitucional. Ou seja, além daqueles inscritos na Constituição, a jurisdição constitucional deve buscar a limitação do poder do Estado, regular os processos políticos, proteger o cidadão e as minorias. A outra questão seria a capacidade do tribunal constitucional de, diante de uma controvérsia constitucional, realizar a integração dos órgãos constitucionais criados pela Constituição, visando à solução do problema. Aqui, o autor retoma aos ensinamentos de Rudolf Smend³⁷.

A principal crítica do autor aos métodos tradicionais é justamente a falta de democracia no momento da interpretação da norma constitucional, ou seja, apesar do sistema representativo (participação democrática na criação da norma), o momento de sua interpretação e aplicação pelo Judiciário este se encastelando em seus conceitos e não abre espaço para que os vivem a norma no dia a dia possam se manifestar. É por isso que, mais adiante, Häberle (1997, p. 13) afirma que seria necessária uma ampliação do rol dos intérpretes ou cointérpretes, pois, a participação de qualquer indivíduo constitui uma forma de atualização da Constituição através de sua visão. Dessa forma, pode-se inserir o aspecto democrático no exercício da jurisdição constitucional. Logo, diante dos desafios do Estado Democrático de Direito, há a necessidade de uma interpretação constitucional num sentido mais amplo que envolva cidadãos, grupos, órgãos estatais, sistema público e opinião pública, representantes das forças produtivas, de interpretação.

O modelo interpretativo do autor divide a interpretação constitucional em dois grupos de intérpretes: o primeiro nos quais se encontram os já citados na categoria de intérpretes em sentido lato que realizam uma pré-interpretação. E a jurisdição

³⁷ CAMAZANO (2005, XXI-XXII) Explica que Sendo viveu num período de muita conturbação política durante a República de Weimar, sendo assim, o autor desenvolveu a teoria integracionista do direito voltada para uma maior harmonia entre os poderes constitucionais diante das crises da democracia e do sistema representativo parlamentarista alemão. Assim, em sua obra "Constitución y derecho constitucional", numa proposta antipositivista, o autor estabelece uma integração entre a realidade e o direito estabelecido quanto ao aspecto interpretativo, neste aspecto surgiria um princípio de fundo e não positivado da lealdade federal, dotado de força normativa, e que era capaz de dar coerência e harmonia integradora na interpretação constitucional. Percebe-se com isso, um paralelo entre essa visão integrativa de Smend e Peter Häberle ao identificar o Tribunal como elemento integrativo dos órgãos constitucionais diante de uma controvérsia constitucional.

constitucional como intérprete definitivo e que tem a última palavra sobre interpretação. O fundamento é que todo aquele que vive a norma constitucional tem condições de ser direta ou indiretamente seu intérprete, já que é o destinatário de sua aplicação. Neste sentido, Silva; Gontijo (2008. p. 5009) afirmam que

A interpretação constitucional aberta de Häberle encontra um importante reforço no conceito de cultura de Habermas, o qual tem como cultura o acervo do saber em que os participantes da ação comunicativa se alimentam de interpretações para compreender algo sobre o mundo. Este conceito constitui um reforço para a interpretação aberta porque esta, ao invés de fragmentar ou criar tensões, busca a coesão. A interação dos intérpretes ocorre dentro de um marco cultural provido por instrumentos homogêneos de interpretação. Isto representa uma garantia mínima para manter a identidade cultural do conjunto, sem limitar a liberdade de cada um dos agentes da interpretação. A teoria de Häberle conta, portanto, com uma base sólida que permite aplicá-la com as reservas de circunstância espacial e temporal nos diversos âmbitos culturais.

Essa ligação entre o autor e Habermas demonstra que sua grande preocupação não é identificar valores ou princípios materiais e buscar protegê-los através da constitucionalização. Mas, ao contrário, é garantir o acesso do cidadão ao diálogo construtivo desse direito tendo como base uma linguagem comum, que é a cultura produzida pela sociedade. Dessa forma, percebe-se a influência habermasiana no “processo cooperativo de comunicação” sobre o pensamento de Häberle. Para a sociedade aberta, é necessário que os intérpretes sejam livres para expor seu ponto de vista e que existam meios capazes de garantir esse diálogo. A intenção não é a busca pela fragmentação das opiniões, mas é achar um ponto comum capaz de conduzir as experiências vividas pelos mais diferentes contextos. Percebe-se que a interpretação constitucional para os dois autores é um viés integrativo.

Ao processo de judicialização ainda pode ser aplicada às críticas dos americanos Cass Sunstein e Adrian Vermule, principalmente quanto à interpretação constitucional desenvolvida durante o processo de busca pela realização da Constituição e dos direitos fundamentais. É importante esclarecer que enquanto as críticas de Peter Häberle estão focadas na falta de democracia na aplicação da norma; as de Sunstein e Vermule encontram-se focadas nas questões institucionais relacionada à interpretação judicial. Nesse sentido, lançam críticas ao modelo dominante de interpretação constitucional adotado por vários autores como Jeremy Bentham, H.L.A. Hart, Ronald Dworkin, Henry Hart etc. A crítica torna-se mais direcionada a Dworkin, que é classificado como perfeccionista. Bolonha, Eisenberg,

Rangel (2011, p. 290) avaliam que os perfeccionistas, pela classificação de Sunstein, buscam uma plena efetivação dos direitos constitucionais e defendem uma postura ativista de sua atuação. Contudo, tal postura ignora limites relevantes de cunho institucional e os efeitos sistêmicos/dinâmicos de sua atuação. Dessa forma, percebe-se que a crítica de Sunstein ao substancialismo, em particular ao perfeccionismo, é no sentido de que este, ao buscar a efetivação de direitos atua de forma incompleta, pois não considera os elementos externos ao direito, como a capacidade do Poder Judiciário, e não se sabe até que ponto o Judiciário está apto a tratar com tais matérias.

A crítica do autor, numa forma mais ampla, filia-se à corrente do pensamento jurídico americano chamado de teoria das instituições. Ela discute a capacidade institucional não apenas no Judiciário, mas de qualquer instituição ligada a uma ordem deliberativo-democrática. O ponto central do pensamento do autor é que os autores padecem de uma cegueira na qual ao se referirem à interpretação não levam em consideração à questão institucional e outros elementos que deveriam ser levantadas pelos juizes (SUNSTEIN; VERMULE, 2002, p. 5). Dessa forma, ele traz à discussão um novo elemento fundamental à interpretação constitucional, que é a capacidade da instituição em realizar avaliações que muitas vezes devem considerar elementos estranhos à sua rotina institucional.

Para exemplificar a situação, Sunstein; Vermule (2002, p. 2-3) citam o exemplo de uma lei que proíbe adicionar uma determinada quantidade de corante em certos alimentos industrializados. Isso porque tais aditivos provocam câncer se consumidos por humanos. Suponha que, com o passar do tempo, novas tecnologias descubrem que outros tipos de corantes são capazes de produzir câncer, mas numa proporção bem menor, caso uma empresa pretenda introduzir um determinado corante em alimentos, mesmo num risco menor (quase zero) do que o estabelecido pela lei. Nesse caso, poderia o governo afirmar que a lei deve ser interpretada literalmente, e que todos os aditivos que "causam câncer" devem ser banidos? Como deve o tribunal resolver a disputa?

As críticas dos autores concentram-se nas modernas teorias da interpretação e afirmam que elas não conseguem fornecer uma adequada estrutura interpretativa, pois focam num alto nível de abstração debatendo temas como a democracia, legitimidade, autoridade, constitucionalismo etc. A título de exemplo, toma-se a visão dworkiana de que "a sentença de qualquer juiz é, em si, uma peça

de filosofia do direito, mesmo quando a filosofia está oculta, e o argumento visível é dominado por citações e listas de fatos” (Dworkin, 1999, p.113). Vê-se que, para o autor, o juiz deve atuar a um nível filosófico em discussões extremamente abstratas, nas quais deve ser o conhecedor da moralidade da sociedade e que, através disso, possa realizar a interpretação constitucional, por meio do processo argumentativo, e com base nos princípios e valores consagrados pela comunidade política.

A tese central de Dworkin é combatida por Sunstein por considerar que o juiz não tem o preparo, o conhecimento, as habilidades e a prática filosófica de Hércules no seu dia a dia. Tal fato decorre pelo fato de que os casos em que trabalha, em regra, são limitados a particularidades e questões pontuais não exigindo discussões num campo mais abstrato da filosofia ou da moral. Paschoalini (2015, p. 11-20) reforça que, para Sunstein, a teoria dworkiana tem um ponto cego que é a indiferença quanto à capacidade institucional e aos riscos de erro que podem ser cometidos pelos juízes quando eles tentam realizar interpretações extremamente abstratas sobre “temas filosóficos e complexos”. Ele afirma, ainda, que o ponto cego desqualifica toda a teoria dworkiana, já que o problema da capacidade institucional fundamentaria um ceticismo moral que inutilizaria o critério de correção moral da teoria interpretativa de Dworkin.

Diante da questão colocada, os autores avaliam que se torna complicada uma determinação da expressão “causa câncer”. Os autores têm como objetivo demonstrar que os ideais abstratos são limitados, como métodos interpretativos, para a solução de conflitos que envolvam questões complexas como a apresentada. Isso porque negligenciam duas questões fundamentais. A primeira se refere à capacidade das instituições, já que não há como haver interpretação jurídica sem que se firmem parâmetros de avaliação para se definir o nível de interpretação, e a instituição deve ter instrumentos necessários a balizar sua interpretação, sendo assim, o foco não é “como, em princípio, deve ser interpretado um texto?”, mas sim “como devem certas instituições, com suas habilidades e limitações distintas, interpretar alguns textos?”. A segunda questão envolve os efeitos sistêmicos, ou seja, sobre quem recairão os resultados da interpretação, sejam agentes públicos ou privados, cidadãos, instituições etc. Diante do caso em tela, o literalismo poderia ser uma boa proteção aos consumidores diante das falhas que porventura tenham os juízes, além de ser muito sensato para negar exceções a casos que envolvam riscos triviais. Mas o mais importante para os autores é levar em consideração a

capacidade institucional e os efeitos dinâmicos como aspectos fundamentais para a realização da interpretação pelos tribunais.

Sunstein (2015, p. 55-56) traz um outro exemplo da capacidade institucional e dos efeitos sistêmicos no caso *Roe versus Wade*, no qual há o reconhecimento da Suprema Corte do direito da mulher a fazer um aborto. Depois dessa decisão, surgiram outras complicações, que, num primeiro momento, o Poder Judiciário por limitações institucionais, não havia dimensionado. A questão é que, ao reconhecer o direito da mulher ao aborto, a Constituição também obriga o Estado a pagar o aborto com fundos públicos? Diante dessa questão, várias mulheres procuraram o poder público a fim de ter o aborto autorizado, o que, de pronto, lhes foi negado. Logo, buscaram, no Judiciário, a efetivação de seu “direito”, tendo a Suprema Corte decidido que, não sendo o governo quem criou essa situação (de aborto), não cabe a este arcar com suas custas, e isso não viola o direito dessa mulher a realizá-lo. Há uma distinção crucial entre o Estado permitir uma atividade e estimulá-la. O Estado financia o parto, mas, no caso do aborto, seria uma outra demanda orçamentária, não prevista ou priorizada pelo Estado, diante da escassez de recursos, o que gera uma insuficiência de numerário para financiar todas as outras variantes de eleição protegidas, ou seja, não há como financiar tudo ao mesmo tempo. Logo, uma coisa é a proteção ou aceitação da conduta, outra é o reconhecimento de um benefício, ou seja, o reconhecimento da liberdade em questão não implica direito substancial a recursos estatais.

Sunstein avalia este último caso pela óptica dos efeitos sistêmicos das decisões do Judiciário. A decisão reconhece o direito ao aborto, mas não leva em consideração suas consequências para a estrutura do Estado: condições objetivas (órgãos, materiais médicos, profissionais) e subjetivas (preparo dos profissionais para atender as demandas). Além de que, ela tenta transformar uma realidade social das mulheres em vários aspectos, sem uma devida política pública (que o Judiciário não tem condições técnicas de elaborar) formulada. A consequência foi que isso gerou outras demandas por aborto que retornaram ao Judiciário diante da recusa ao atendimento pela Administração Pública (SUNSTEIN, 2015, p. 57-59).

Por fim, diante das críticas abordadas, vê-se que há várias questões quanto à judicialização que precisam ser superadas. A presente pesquisa busca, diante da teoria de Peter Häberle, Sunstein e Vermule, encontrar suas respostas. Nesse sentido, o capítulo 3 visa a uma análise das teorias dos referidos autores, assim

como uma abordagem de possíveis estratégias de superação a tais críticas, através da aplicação das teorias abordadas. A finalidade é fornecer subsídios para a análise, no capítulo 4, da Recomendação 31/2010, sobre qual teoria teria sido adotada por esta como estratégia de superação às falhas apresentadas no processo de judicialização da saúde debatidas e identificadas por ocasião da Audiência Pública nº 4

3. A ABERTURA DA JURISDIÇÃO E A SUPERAÇÃO DA (IN)CAPACIDADE INSTITUCIONAL COMO POSSÍVEIS “RESPOSTAS” ÀS PRINCIPAIS CRÍTICAS SOBRE A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

3.1 Fundamentos teóricos da jurisdição constitucional aberta: Peter Häberle e a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição

O presente subitem pretende trabalhar a teoria da sociedade aberta de Peter Häberle. Sua finalidade é identificar elementos capazes de dar resposta às críticas apontadas ao processo de judicialização da saúde.

Para a compreensão da teoria de Peter Häberle, inicialmente, é importante a compreensão de seu conceito de Estado Constitucional. Para o autor, este é fundamentado na cultura de um povo (*“Kulturstaat”*) e surge como uma conquista da cidadania através da democracia participativa. Ele é formado por vários elementos como a dignidade da pessoa humana, o pluralismo político, a soberania, a divisão dos poderes, a garantia dos direitos fundamentais, a independência dos tribunais etc. Todos esses elementos o descrevem como uma democracia plural e aberta (HÄBERLE, 2003, p. 1-5). Como consequência lógica, a Constituição torna-se aberta e constituída por um processo público capaz de absorver os acontecimentos de sua época sem perder o sentido. Dessa forma, ele adota um conceito amplo de Constituição como o documento que organiza não apenas o Estado, mas também a sociedade e suas estruturas fundamentais, tais como a relação entre os grupos sociais e entre estes e o cidadão, a eficácia objetiva dos direitos fundamentais, os preâmbulos das Constituições e seu conteúdo pedagógicos. Tudo isso contribui para a chamada sociedade aberta³⁸. Neste contexto, a abertura da Constituição à sociedade, numa última análise, a transformaria num estágio da cultura, pois

³⁸ Peter Häberle toma por base a sociedade aberta na concepção formulada por Karl Popper para quem a sociedade aberta contrapõe-se à fechada por centrar-se no racionalismo e na capacidade de

La protección de los bienes culturales, las libertades culturales especiales, las cláusulas expresas sobre el “patrimonio cultural” y los artículos generales sobre el Estado de cultura no constituyen sino las manifestaciones particulares de la dimensión cultural general de la Constitución. (HÄBERLE, 2003, p. 5)

O autor enfatiza que a Constituição visa à proteção da identidade cultural da sociedade. Assim, ela não deve ser objeto de estudo, interpretação e análise apenas por parte dos juristas, mas também pelos cidadãos como expressão de um estágio de desenvolvimento cultural do povo ante a si mesmo, espelho de seu patrimônio cultural e fundamento de suas esperanças. Cavalheiro (2011, p. 148) assevera que esta noção de direito constitucional cultural busca concretizar os valores da população, tomados como cultura, e a Constituição seria um “instrumento cultural concretizador”.

Ao identificar a Constituição como processo cultural e aberto (fruto de uma sociedade aberta), o autor busca ampliar os espaços de atuação da cidadania como no caso da jurisdição. Neste aspecto, a interpretação constitucional que deve levar em consideração o tema “Constituição e realidade constitucional” e incorporar as ciências sociais, as jurídico-formais, os métodos de interpretação voltados para o bem-estar e, dessa forma, buscar uma maior aproximação dos agentes conformadores da realidade constitucional. Num sentido contrário, temos a “sociedade fechada”, na qual o processo interpretativo restringira-se à interpretação dos magistrados e aos processos meramente formais de atuação da jurisdição (HÄBERLE, 1997, p.11-13). No Estado Democrático, é preciso trabalhar com um processo aberto, porque no

“Processo de interpretação estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer um elemento cerrado ou fixado em *numerus clausus* de intérpretes da Constituição” (HÄBERLE, 1997, p. 13).

Nesta perspectiva, é natural que aqueles que vivem a realidade constitucional participem da definição do conteúdo e extensão da norma

discutir seus tabus com base na inteligência e na argumentação das pessoas que lhe compõe. O autor afirma que a transposição de uma sociedade fechada para uma aberta se dá quanto se reconhece que as instituições são feitas pelos seres humanos e sendo assim, estas devem estar à disposição destes para possíveis alterações em suas estruturas, partindo-se dos novos entendimentos que seus componentes venham a ter. (POPPER, 1974, p. 219-322)

constitucional não podem ficar de fora tanto o espaço público através dos órgãos da Administração Pública como os grupos intermediários da sociedade como sindicatos, associações, empresas, bem como o cidadão, que tem seu cotidiano totalmente vinculado às disposições constitucionais.

Por tais aspectos analisados, pode-se afirmar que a democracia é o elemento central na tese de Häberle. Levando-se em consideração o contexto democrático, ele reinventa o conceito de interpretação constitucional, que passa a ter dois sentidos: o ampliado e o estrito. Este seria “a atividade de forma consciente e intencional dirigida à compreensão e à explicação da norma” (HÄBERLE, 1997, p. 14). Atua por meio do método hermenêutico à medida que se tenta compreender e explicar o sentido e o alcance de uma norma constitucional. No entanto, ele desconsidera um elemento-chave, que é o desenvolvimento da norma no tempo quando esta se aproxima da realidade constitucional vivida pela sociedade (mutável por natureza). É neste cenário que surge o conceito ampliado dividindo a interpretação quanto aos sujeitos realizadores do processo. Neste aspecto, temos os intérpretes em sentido lato e os intérpretes em sentido restrito. Os primeiros seriam os responsáveis por aproximar a Constituição da realidade constitucional por ser justamente os que vivem seus efeitos no dia a dia, eles são “os cidadãos, grupos e órgãos, estatais, o sistema público e opinião pública [...] e atuam como pré-intérpretes [...], portanto é impensável uma interpretação constitucional sem o cidadão ativo e as potências públicas mencionadas” (HÄBERLE, 1997, p. 14). Já os últimos são os detentores da palavra final em matéria de interpretação constitucional. A relação entre esses dois desdobramentos dá-se de maneira que o primeiro se torna um auxiliar do segundo, da mesma maneira que os técnicos e *experts* vinculados aos poderes Legislativo e Judiciário prestam um serviço auxiliar à elaboração da lei e no momento de sua aplicação. Observando esse fenômeno, Leal (2007, p. 117) avalia que:

o alargamento do círculo interpretativo aparece como consequência da incorporação da realidade à interpretação, isto porque os intérpretes em sentido lato [...] constituem uma parte desta mesma realidade, principalmente quando se reconhece que a norma não é uma decisão prévia, pronta e pré-determinada, que impescinde de desenvolvimento.

Definida a ideia de democratização da interpretação constitucional baseada na noção de Constituição cultural e de sociedade aberta, Häberle passa, num

segundo momento, a tratar mais diretamente dos participantes do processo. Quanto às questões da definição de quem são os participantes, ele acredita que “tal pergunta deve ser formulada num aspecto puramente sociológico da ciência da experiência” (HÄBERLE, 1997, p. 19). Nesta perspectiva, ele cria um catálogo sistêmico, provisório e aberto de quem deveria interpretá-la, dividindo conforme o espaço que cada um ocupa na sociedade e que, de forma resumida, são³⁹: 1) as funções estatais: a corte constitucional com sua decisão vinculante, órgãos estatais com poder de decisão vinculante (passível de revisão): jurisdição, legislativo, órgãos do Executivo (especialmente na pré-formulação do interesse público; 2) participantes das decisões no item 1 e os que não são órgãos do Estado: autor e réu no recurso constitucional, outros participantes no processo, pareceristas e *experts* (de comissões), peritos e representantes em audiências públicas do parlamento, associações, partidos políticos, grupos de pressão organizados, requerentes (processo administrativo de caráter participativo); 3) opinião pública democrática e pluralista e processo político através da mídia (através do diálogo entre os meios de comunicação e os espectadores), cidadãos, associações, partidos fora do seu âmbito de atuação organizada, igrejas, teatros, editoras, escolas, pedagogos, associações de pais etc. (HÄBERLE, 1997, p. 20-22).

Com este “catálogo sistemático” o autor tenta demonstrar que o processo de interpretação constitucional não está adstrito apenas ao Estado, mas a todas as forças da “comunidade política”. Dessa forma, ele aproxima a Constituição de sua realidade constitucional reduzindo a distância entre elas. A primeira nasceu para conformar a segunda, mas também sofre sua ação ao tentar acompanhar o processo de mutação social. Neste ponto, o autor busca criar uma opinião pública

³⁹Coelho (1998, p. 189) avalia que “Comparando-se os diversos “agentes conformadores da realidade constitucional”, da extensa lista de Häberle, com os poucos “fatores reais de poder” apontados por Lassalle, talvez se possa dizer que ela constitui uma especificação daquele núcleo inicial ou uma determinação histórica decorrente do desenvolvimento social e do aprimoramento do regime democrático – tendencialmente pluralizante e individualizado –, em tudo semelhante ao processo de conscientização dos direitos humanos, em cujo âmbito a evolução consiste, precisamente, na especificação de novos direitos a partir de um núcleo essencial que, dialeticamente, vai se adensando e se expandindo em sempre renovadas especificações [...] esses indivíduos e grupos desempenham, simultaneamente, quer a função de agentes conformadores da realidade constitucional, quer a de forças produtoras de interpretação, não seria exagerado dizermos que, por essa forma, eles interagem com a Constituição, cuja essência se manifesta na experiência da sua aplicação [...] parece-nos evidente a influência das reflexões de Lassalle também sobre as ideias de Peter Häberle acerca da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. É que, apesar das diferenças de enfoque e das preferências por nomes, tanto o velho militante socialista quanto o jovem constitucionalista liberal condicionam a eficácia das constituições à manutenção da sintonia entre o seu texto e a realidade que elas pretendem conformar”

qualificada capaz de reduzir a discricionariedade do judiciário e legitimar ainda mais suas decisões do ponto de vista democrático. Ribeiro (2014, p. 76) fala que o “processo democrático de interpretação daria mais consistência ao resultado, uma vez que envolveria a comunidade, além dos atores formais estabelecidos no processo judicial, ampliando a base de discussão”. Além disso, o autor ainda avalia que a democratização da sociedade passa pela sua participação na discussão e fixação das normas de direitos fundamentais, podendo essa visão servir de base para o julgamento (RIBEIRO, 2014, p. 77).

Ainda quanto aos intérpretes em sentido lato, Häberle afirma que mesmo aqueles que não são afetados pela decisão são legitimados para realizar o processo interpretativo, pois sua abertura é proporcional ao grau de abertura democrática da sociedade, assim como também é proporcional ao círculo de quem pode realizar o processo de interpretação. A unidade da Constituição para Häberle estaria

na conjugação desses diferentes tipos de intérpretes constitucionais. A própria abertura da constituição demonstra que não apenas o constitucionalista participa desse processo de interpretação, a unidade surge da conjugação do processo e das funções de diferentes intérpretes (HÄBERLE, 1997, p. 32-33).

É dessa maneira que o autor demonstra que o princípio da unidade constitucional não é comprometido pelo processo de abertura dos intérpretes constitucionais, mas, ao contrário, reforça ainda mais essa unidade, pois um número maior de visões foi considerado para que se chegasse a um posicionamento final. Desse modo, eliminam-se várias visões que, de forma contrária, não participariam do processo e que continuariam a ser propagadas no interior da sociedade, justamente por não terem sido levadas em consideração num processo democrático de discussão e não terem sido descartadas de uma vez por todas mediante o debate público. Hesse (1998, p. 40) reforça o posicionamento do autor quando afirma que

[...] deve a Constituição, enfim, ficar imperfeita e incompleta, porque a vida que ela quer ordenar, é a vida histórica, e, por causa disso, está sujeita a alterações históricas. Essa alheabilidade caracteriza, em medida especial, as condições de vida reguladas pela Constituição, só em medida limitada e só pelo preço de modificações constitucionais frequentes, deixa-se especificar, tornar evidente e calculável de antemão. Se a Constituição deve possibilitar o vencimento da multiplicidade de situações problemáticas que se transformam historicamente, então, seu conteúdo deve ficar necessariamente ‘aberto para dentro do tempo’. Essa abertura e amplitude da Constituição naturalmente não significa dissolução em uma dinâmica total, na qual a Constituição não estaria em condições de dar à vida da

coletividade apoio dirigente. A Constituição deixa não só aberto, senão ela também determina com obrigatoriedade o que não deve ficar aberto.

A legitimação das forças sociais para o processo de interpretação constitucional, numa perspectiva da teoria constitucional, fundamenta-se na afirmação de que estas “forças representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição, não podendo ser tomadas como fato bruto, mas como elementos que se colocam dentro do quadro da Constituição” (HÄBERLE, 1997, p. 33). Mais uma vez, o aspecto democrático vem à tona, pois a Constituição não regula o Estado e a vida das pessoas da sociedade como se estes fossem apenas objetos sem vida e vontade própria. A Constituição aberta visa justamente incluir a “*res publica*” nesse processo que é de seu interesse, pois

uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública, dispondo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-los ativamente enquanto sujeitos. (Häberle, 1997, p. 33)

Uma constituição democrática de uma sociedade pluralista deve estruturar vários setores como o Estado, o espaço de debate e participação pública, os espaços de atuação da sociedade e, vários aspectos da vida dos indivíduos e suas relações com o meio em que vivem e com a totalidade da sociedade. (HÄBERLE, 1997, p. 33-34). Logo, o conceito de Democracia não está vinculado apenas à democracia representativa como única forma de atuação do regime democrático, pois há outras alternativas como a reflexão científica sobre os institutos e perspectivas constitucionais adotadas pela sociedade. Neste aspecto, o povo é bem mais do que o titular do poder que delega sua execução para seus representantes de forma a legitimar o processo político⁴⁰, mas o “povo também é um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como um partido político, como a opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão” (HÄBERLE, 1997, p. 37). Com isso, o autor

⁴⁰ Ao analisar essa questão Diego Valdés afirma que “A manera de respuesta a Rousseau, cuando al señalar las deficiencias del sistema representativo aduce que el pueblo (británico) únicamente es libre en el breve momento en que emite su voto (Discours..., III, xv), el profesor Häberle afirma (“La sociedad...”, p. 33) que “el pueblo no es precisamente una majestad unitaria que emana sólo el día de las elecciones... El pueblo como majestad pluralista no es menos presente y legitimador para las interpretaciones en el proceso constitucional...”. De ahí que los participantes en la función interpretativa de la Constitución sean los órganos estatales, los “participantes” (VALDÉS, 2003, p. XXXV)

reforça a tese que o povo e a sociedade não são apenas meros objetos de regulação da Constituição, mas são sujeitos capazes de realizar a sua interpretação no sentido de desenvolver o seu conteúdo. A competência para o desenvolvimento desta capacidade participativa decorre da Cidadania⁴¹ como um direito reconhecido pelo Estado, tendo nos direitos fundamentais “a base de legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado quanto no que diz respeito ao círculo de participantes” (HÄBERLE, 1997, p. 37).

Ao trabalhar o conceito de cidadão como aquele que vive a Constituição no seu dia a dia e participa de seu processo de interpretação num sentido lato, Häberle entra numa discussão com Rousseau, para quem o conceito de povo era algo abstrato e separado da realidade do Estado, mas o autor alerta que essa inicial contradição dos termos fica apenas no campo da aparência e que povo pode atuar em diferentes níveis, por diferentes formas e por variadas razões, inclusive na realização cotidiana dos direitos fundamentais (HÄBERLE, 1997, p. 38).

Logo, percebe-se que enquanto o conceito de cidadão, para Häberle, está vinculado ao indivíduo que vive a norma constitucional no seu dia a dia, tem seus direitos constitucionais violados, busca sua efetividade, sofre a influência das disposições constitucionais em todas as áreas de sua vida, é dotado de vontade e consciência crítica sobre os destinos do Estado. Ou seja, não é o conceito abstrato no sentido rousseaniano de democracia popular, onde o povo realizou um contrato (fundado na noção de vontade geral), num determinado momento histórico, o qual não se tem ideia de quando e como isso aconteceu. (HÄBERLE, 1997, p. 38-39).

O ponto de referência da Constituição democrática para o autor é a liberdade fundamental (pluralismo em que as pessoas, calcadas em seus direitos fundamentais, passam a ter espaços deliberativos de atuação), e essa liberdade de atuação e participação, que é própria de uma democracia baseada no cidadão, é o fator legitimador da participação do mesmo através do processo de desenvolvimento interpretativo das normas constitucionais. Sendo assim, “a sociedade é livre e aberta

⁴¹ Carli (2014, p. 286) avalia que “o termo Constituição não significa única e exclusivamente ordenamento jurídico para juristas, que terão a incumbência de interpretá-la seguindo as regras exegéticas. Ela serve também de norte para todo o cidadão. A Constituição não se limita somente a ser um conjunto de textos jurídicos ou um mero compêndio de regras normativas, ela é mais do que isso, a Constituição é a expressão de uma autorrepresentação própria de todo um povo, espelho de seu legado cultural e fundamento de suas esperanças e desejos”. Sendo assim, cabe ao cidadão realizar a atualização da Constituição considerando o aspecto de tempo e espaço no sentido de que ela sempre esteja de acordo com os anseios e expectativas da realidade que tenta conformar.

a partir que se amplia o círculo dos intérpretes da Constituição em sentido lato” (HÄBERLE, 1997, p 39-40).

Staffen; Abreu (2012, p. 75) explicam que a noção de Cidadania se agrega à noção de *status activus processualis*, que se preocupa com o processo de inclusão e de participação do cidadão no processo jurisdicional. Para eles, essa categoria foi criada pelo autor visando suprir uma crise de efetividade dos direitos fundamentais diante da ineficiência dos conceitos tradicionais da teoria do processo:

Assim, pode-se atribuir a noção de *status activus processualis* a função de realização dos direitos, dotada de uma dimensão além da tradicional ideia de caráter negativo (de defesa), haja vista sua destinação promocional de inclusão e participação no processo. Destarte, desempenha um importante papel teórico-dogmático de realização e consolidação da democracia, numa perspectiva participativa e interessada na *res publica*. A participação dos titulares dos Direitos Fundamentais nos procedimentos públicos de decisão que interferem no conteúdo destes direitos se convertem em instrumento de abertura da Constituição, promovendo, portanto, a integração da Sociedade Civil com a Constituição (Staffen; Abreu, 2012, p. 75)

Häberle defende uma legitimação democrática daqueles que, apesar de não serem diretamente legitimados do ponto de vista da vinculação constitucional, mas vivem uma práxis diária de aplicação da norma, sendo fundamental a consideração dessa práxis do ponto de vista do processo de formação da norma constitucional (levando-se em consideração que a norma não é uma decisão prévia do constituinte), o juiz também participa desse processo já que ele é um interprete da Constituição na “esfera pública e na realidade”, as influências que ele recebe da sociedade no seu dia a dia, e sua absorção é uma forma de aproximar o texto constitucional da realidade, e isso deve ser levado a efeito como elemento legitimador de suas decisões. A consequência direta da teoria da Democracia, da Constituição e da interpretação de Häberle foi a relativização da interpretação constitucional. Essa se baseia em dois motivos: o primeiro é que o juiz constitucional não é o único a realizar a interpretação e, em segundo lugar, antes da interpretação definitiva do juiz, vários pré-intérpretes realizam uma interpretação em sentido lato na qual trarão suas vivências, sendo que o conceito de participante do processo se relativiza na medida em que se amplia o círculo dos que participam da interpretação. Os intérpretes em sentido estrito realizam a interpretação posteriormente utilizando impressões deixadas por aqueles, atualizando, dessa forma, o sentido público da norma (HÄBERLE, 1997, p. 41).

As interpretações que sobreviveram ao processo de purificação do debate público e da avaliação técnica dos juízes constitucionais, devem “no caso concreto, oferecer soluções e justificativas diversas e variadas, ou ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais” (HÄBERLE, 1997, p. 42). A premissa estabelecida pelo autor vem estabelecer uma conexão entre uma interpretação mais abrangente e a ampliação dos legitimados. É aqui que se encontra o sentido de uma sociedade aberta, sendo esta justamente aquela em que

todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação composicional. A interpretação constitucional jurídica traduz a pluralidade da esfera pública e da realidade, as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a ele. A teoria da interpretação tem a tendência sempre de superar o significado do texto (HÄBERLE, 1997, p. 43).

Ao final, o que vai decidir sobre o conteúdo da interpretação através da aplicação dos diferentes métodos interpretativos é a jurisdição constitucional. Não obstante, a essa realidade e anteriormente a ela, vários procedimentos realizados no âmbito do Estado ou fora dele precedem a decisão final. Aqui encontramos os debates parlamentares por ocasião de criação da lei, as decisões sobre o mérito administrativo de aplicação da lei, os embates ocorridos para a formação da opinião pública, os processos deliberativos das associações e dos sindicatos, as opiniões dos cidadãos dadas em praças, ruas, logradouros etc. O autor avalia que toda essa gama de material produzido pelo processo interpretativo deve ser avaliada pelos métodos de interpretação constitucional através da jurisdição constitucional onde tais métodos terão nova finalidade que funciona como “filtros sobre os quais a força normalizadora da publicidade atua e ganha conformação. Eles disciplinam e canalizam as múltiplas formas de influência dos diferentes participantes do processo” (HÄBERLE, 1997, p. 43-44).

A pluralidade dos intérpretes é fundamental para as cortes constitucionais, que têm sua legitimidade indireta oriunda de outro órgão. Isso porque os tribunais devem ser cautelosos diante do processo de controle de constitucionalidade de leis. Se determinadas leis que têm sua materialidade constitucional questionada passaram por um processo democrático de formação e aperfeiçoamento, discussões e embates no parlamento ou em audiências públicas até o resultado do seu texto final, e que provocaram grandes controvérsias, essa legitimação constitucional

deverá ser considerada pelos cortes, já que teve a participação de vários segmentos da sociedade (HÄBERLE, 1997, p. 45).

A questão das consequências para o direito processual constitucional é tratada pelo autor. Este defende que os instrumentos de informação para os juízes devem ser ampliados e aperfeiçoados de forma gradativa para viabilizar a participação do cidadão e representantes da sociedade no processo constitucional (audiências e intervenções). Sendo assim, o direito processual é parte do direito de participação democrática, a corte deve aplicá-lo de forma mais flexível, visando à questão jurídica material e as partes afetadas (HÄBERLE, 1997, 46-48).

Como conclusão do presente tópico, pode-se fazer um resumo da análise sobre a sociedade aberta de Peter Häberle como uma teoria da democracia cidadã. Neste aspecto, o Estado Constitucional Democrático é fruto de uma sociedade aberta, fundada na racionalidade, na capacidade de transformação e atualização de suas instituições. O cidadão é o protagonista em todos os segmentos, pois ele é aquele que vive a Constituição em todos os seus aspectos e, por isso, deve participar da tomada de decisões do Estado.

No âmbito do Poder Judiciário e da Jurisdição Constitucional, não é diferente, espaços de atuação do cidadão na interpretação da norma constitucional devem ser criados e é nesse cenário que o autor amplia a figura dos intérpretes constitucionais em sentido lato. É necessária a inclusão da participação do cidadão, assim como de vários órgãos da sociedade e do Estado nesta tarefa, pois o princípio da democracia não é aplicado apenas por ocasião da construção da norma, mas também no âmbito de sua aplicação.

A finalidade do estudo da teoria aqui abordada é buscar respostas a algumas críticas realizadas ao processo de judicialização. Nesse sentido, estudar-se-á, no próximo tópico, sua aplicação no referido contexto. Além do mais, no último capítulo, será analisado se tais respostas se tornaram fundamento para os instrumentos da Recomendação nº 31/2010, que é objetivo principal da presente pesquisa.

3.2 “A sociedade aberta dos intérpretes” como possível fator de superação às críticas da judicialização

O presente item busca demonstrar como a teoria da sociedade aberta e do *status activus processualis* podem ser possíveis fatores de superação às críticas ao processo de judicialização identificadas no item 2.4 deste trabalho.

As críticas, já identificadas, atribuídas ao processo de judicialização, podem ser resumidas nos seguintes tópicos: 1) atuação paternalista do Judiciário; 2) aproximação entre o direito e a moral (decisionismo); 3) a falta de legitimidade democrática do Judiciário; 4) a violação do princípio da separação dos poderes em razão da politização do Judiciário ao tratar de temas que seriam de competência do Legislativo/Executivo, inclusive atuando como legislador positivo.

A primeira crítica é quanto ao caráter paternalista do Poder Judiciário. Como visto no capítulo anterior, Maus atribui alguns fatores determinantes para a ocorrência desse paternalismo e percebe-se que eles estão ligados ao que Häberle chama de “sociedade fechada dos intérpretes”. A “sociedade fechada”, identificada por Popper como uma comunidade tribal, é aquela que não há uma abertura do grupo para o desenvolvimento do uso da razão. Dessa forma, o poder encontra-se fechado num pequeno grupo “guia” da sociedade. Este pode ser comparado ao Judiciário quando toma ares religiosos transcendentais como se fosse o único capaz de solucionar os problemas da sociedade, o único capaz de manipular os institutos do direito processual destinados à solução da causa, o único capaz de realizar o controle constitucional, só ele que tem o conhecimento suficiente para realizar a interpretação da Constituição.

Esses atributos da sociedade fechada (de Popper) e que Häberle transfere para o Judiciário é a doutrina dominante no que se refere ao conceito de interpretação constitucional. Visando à superação deste paradigma, o autor propõe a sociedade aberta, não movida por uma energia mística, mas pela razão, pela abertura dos processos democráticos ao novo, pela contribuição de toda sociedade formada pelos cidadãos.

Ribeiro Filho (2014, p. 75) aponta que “Peter Häberle defende, uma autêntica democratização da sociedade. Para tanto, o dogma da linguagem deve ser quebrado, e isto é bem popperiano, posto que o dogma se põe a serviço do poder, assim como a linguagem e seu uso exclusivo”. A presente pesquisa identificou vários dogmas criados pelo/sobre o Judiciário. Para a desconstrução e superação desta ação paternalista, é necessário que ele saia de sua cláusula “tribal” de sociedade

fechada e absorva os elementos da sociedade aberta, pois, na lição de Ribeiro Filho (2014, p. 75)

A sociedade aberta fundada na democracia, constitui um mal menor, posto que deve estar voltada para o diálogo, a crítica, sendo o oposto de “sociedades tribais”, fechada, e sujeitas ao totalitarismo, sendo este o mote de sua obra Política, a denúncia dos regimes autoritários e totalitários

A fundamentação para essa mudança é o Estado Democrático de Direito associado à democracia participativa. Ao reconhecer direitos fundamentais baseados numa cidadania ativa, o Estado deve criar espaços de exercício deliberativo do cidadão. Sendo assim, a velha máxima rousseauiana de que o povo é soberano que este delega a seus representantes o exercício do poder, para o autor, é trocado pela máxima de que o cidadão é soberano e deve participar ativamente da vida política da comunidade a qual pertence. Vargas (2004, p. 133) avalia que “a esperança constitucional háberleniana encontra sede na relação intersubjetiva. É nessa interação que o ser e o dever ser constitucional se conectam, abrindo espaço para a concretização do futuro”. É através do diálogo intersubjetivo entre os sujeitos do processo interpretativo que se dilui o poder das mãos do Judiciário e se divide com a sociedade a responsabilidade pela tomada de decisões que irão afetar diretamente a vida da sociedade. Com a abertura é bem provável que tais decisões estejam mais em consonância com as necessidades reais da população em face de uma aproximação da “Constituição e realidade constitucional”.

A segunda crítica de Maus está relacionada com a aproximação do direito com a moral. Para a autora, esta relação favorece o decisionismo judicial, pois, na desculpa de aplicar uma “leitura da Constituição” sob a ótica de uma moral consagrada na sociedade, o juiz pode aplicar simplesmente uma moral/interpretação pessoal sua e, assim, cair no velho e conhecido caminho da discricionariedade positivista. Neste ponto, a teoria de Peter Häberle vem contribuir através da bifurcação dos intérpretes, conforme o apontado por Streck (2014, p. 4), segundo quem

A tese lançada por Häberle em seu *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten* (A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição) possui uma indiscutível relevância democrática na medida em que procura estabelecer meios de contenção do trabalho interpretativo realizado pelo Tribunal Constitucional através da diluição da atividade interpretativa em todo o tecido social

Ou seja, os intérpretes em sentido amplo realizam um trabalho de pré-compreensão sobre o tema, através de seus valores, dos fatores históricos de formação da comunidade, por meio de elementos culturais como a religião, música, artes, tudo isso que, ao final, compõe um processo coletivo de construção da moral. Häberle relativiza a figura do Hércules como sendo um ser de total conhecimento e o traz para baixo do Olimpo, para onde os homens são falhos, e suas falhas devem ser postas à prova, numa concepção popperiana. Neste contexto, Häberle busca, com isso, reduzir a discricionariedade aplicando a moral da comunidade construída em espaços democráticos. Se tal moral representa os valores formativos de uma dada sociedade, é natural que as “forças produtivas de interpretação” a atualize, pois, “passagem do tempo” é determinante para a atualização dos valores da comunidade e esta só pode ser averiguada quando se busca uma aproximação da realidade com a Constituição que ela busca conformar. Assim, não há como um juiz, pela simples lógica do seu intelecto detectar tais fatores. Hércules, mítico, transcendental, isolado, infalível, fechado, não está em conformidade com o Estado democrático participativo.

Outro aspecto relacionado à moral é quanto ao exercício de um superdireito pelo Judiciário, imunizado de crítica, à medida que seria produzido pela instância “moral superior” da sociedade. Quanto aos outros poderes, estes exerceriam um direito ordinário. Häberle critica tal posição e cita o debate constitucional que aconteceu no parlamento alemão em fevereiro de 1974, no caso em que se debate a possibilidade de neonazistas ou comunistas (inimigos da Constituição) de assumirem o serviço público⁴² (HÄBERLE, 1997, p.25). Para ele, o processo político influencia e é influenciado pela interpretação constitucional, pois “não existe apenas uma política por meio da interpretação constitucional, mas uma interpretação constitucional por meio de política” (HÄBERLE, 1997, p. 26). Dessa forma, o processo político é um motor que impulsiona a interpretação, sendo o legislador um intérprete e, neste aspecto, iguala-se ao juiz constitucional. Ambos trabalham com o

⁴² Gessat (2004, p. 1) Explica que o chanceler Konrad Adenauer preocupado com uma campanha soviética para “para desintegrar a Alemanha Ocidental”, baixou um decreto em 1950, que proibia o apoio e a filiação de funcionários e servidores públicos ao Partido Comunista e de organizações neonazistas de se tornarem servidores públicos, decreto este que ficou conhecido como “Decreto contra os Inimigos da Constituição”. A constitucionalidade do referido decreto foi debatida pelo parlamento em 1974, sendo que os fundamentos dessa discussão serviram de base para a declaração de inconstitucionalidade de outro decreto, o “Decreto contra os Radicais” que foi julgado em 1975 pelo Tribunal Constitucional, e que determinava uma investigação da vida política de qualquer pessoa que quisesse ser servidor público. Por esses motivos é que, segundo Häberle, os parlamentares, em 1974, tornaram-se intérpretes da Constituição.

Direito, um na criação e o outro na interpretação e aplicação. Ao legislador, cabe o debate político democrático sobre os temas constitucionais; já o juiz deve realizar o debate técnico democrático sobre os mesmos temas, porém, ambos os processos são vinculados à Constituição.

Dessa forma, não há superioridade do Judiciário quanto aos outros poderes, mas ocorre uma diferença quanto a aspectos ligados ao procedimento de interpretação da norma jurídica, sendo que um não seria maior do que o outro por uma suposta exclusividade quanto ao monopólio da interpretação constitucional. Aliás, quando se amplia os intérpretes da interpretação constituição, tem-se a possibilidade de questionar as decisões do Poder Judiciário⁴³.

Uma terceira crítica sobre o processo de judicialização é que o Poder Judiciário não poderia realizar controle de atos dos outros poderes por lhe faltar legitimidade democrática. Essa crítica é manifestamente desenvolvida pela corrente procedimentalista, já analisada, que busca esvaziá-lo em favor de um reforço do sistema representativo. Häberle não vislumbra um esvaziamento da jurisdição constitucional, mas, ao contrário, a reforça através da participação do cidadão como intérprete, que se opera por meio do *status activus processualis* destacado por Fernandes; Dantas (2015, p. 263) como sendo

a síntese de todas as normas e formas que dizem respeito à participação procedimental, através do Estado, daqueles que tiveram seus direitos fundamentais atingidos. Tem as partes, assim, direito de participar no procedimento da decisão da competência dos poderes públicos. Tal participação não se limita ao direito de se manifestar e de ser ouvido, mas, mais que isso, consiste em poder influir.

Assim, pode-se dizer que o que Häberle propõe é justamente o contrário, é trazer a legitimação popular através da participação do cidadão na interpretação da norma constitucional, numa perspectiva de integrá-la num espaço de deliberação democrática. Assim, Fernandes; Dantas (2015, p. 263) complementam que

⁴³ Neste ponto Cavalheiro (2011, p. 154-155) explica o caso do “*recall* judicial”, surgiu em 1912, quando a Suprema Corte Norte-Americana se arvorou em superpoder, passando a anular as leis que consubstanciavam a nova política social do Presidente Theodore Roosevelt (MALUF, 2003, p. 184), tendo sido por ele preconizada numa de suas campanhas eleitorais. Segundo propunha, as decisões de juízes e tribunais, excluída apenas a Suprema Corte, negando a aplicação de uma lei por julgá-la inconstitucional, poderiam ser anuladas pelo voto da maioria dos eleitores. Em ocorrendo tal anulação, a lei seria considerada constitucional, com obrigatoriedade de imediata aplicação [...]. Em que pese Häberle não ter tratado sobre o *recall* judicial, parece muito claro que sua aplicação tem estreita relação com sua teoria, pois que, na possibilidade aventada, o magistrado não só não interpretou isoladamente o texto constitucional como teve sua interpretação alterada por participante outro deste mesmo processo, qual seja, o cidadão-eleitor.

o cidadão, ao dispor de instrumentos jurídico-processuais para influenciar diretamente no exercício das decisões dos poderes públicos que afetam ou podem afetar os seus direitos, garante a si mesmo um espaço real de liberdade e de efetiva autodeterminação no desenvolvimento da sua personalidade.

Portanto, a participação política teria mais uns lócus de atuação ao trazer para o Judiciário o debate público que já ocorre em praças, associações, sindicatos, na mídia, no parlamento e vários outros locais em que se exerce a cidadania. A democracia seria o fio condutor da atuação do Poder Judiciário não apenas num aspecto técnico-jurídico, mas por uma interpretação plural que considerasse a opinião de outros intérpretes. Estaria também o Judiciário legitimado por essa representação popular ao ouvir especialistas qualificados sobre determinados temas, v.g., a liberdade religiosa, que poderia ser interpretada por pessoas ligadas à religião, a liberdade artística poderia ser interpretada por pessoas que estão no meio artístico, a questão que envolve ciência e tecnologia poderia ter a participação de cientistas, inclusive as questões que tivessem o envolvimento de direitos como a saúde poderiam ser tratadas previamente por médicos, a Administração Pública enquanto gestora, a comunidade farmacêutica, os produtores de remédio, os usuários do sistema de saúde, servidores do SUS etc.

O quarto ponto é uma consequência lógica do terceiro, ou seja, à proporção que o Judiciário se abre para a interpretação da sociedade aberta, ele irá atualizar a norma constitucional, adequando-a às demandas da atualidade e aproximando o texto constitucional da cultura numa perspectiva histórica e contextualizada. É preciso considerar que, se há a necessidade de proteção dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário, é necessário que se defina qual o conteúdo e a extensão de tais direitos, considerando que os direitos fundamentais são previsões imprecisas no texto constitucional, dotados de um conteúdo vago e que precisam de uma melhor conformação por parte do aplicador da norma constitucional. Neste contexto, é preciso redesenhar a engenharia da tripartição dos poderes criada por Montesquieu conforme observa Pereira (2013, p. 381), que sintetiza o pensamento de Häberle e diz que

A teoria da tripartição dos Poderes vem sofrendo diversas conformações. Não se fala mais em separação absoluta, por ser impraticável e inaceitável. Peter Häberle afirma que o princípio cunhado por Montesquieu é relativamente aberto, como é aberta a própria história da evolução do

Estado Constitucional. Haberle sugere, ainda, a ideia de equilíbrio de Poderes, limitação e controles mútuos.

Häberle (2003, p. 209-210) explica que a finalidade da divisão dos poderes é a proteção dos direitos individuais dos cidadãos, inclusive possibilitando-se falar num direito fundamental à divisão dos poderes. O Estado Constitucional pressupõe que determinados órgãos constitucionais ou instituições recebem de forma equilibrada funções estatais. Esta divisão é regulada pela Constituição e o princípio transtemporal da contenção do abuso do direito, e tem como norte o texto clássico de Montesquieu, sendo que as três funções clássicas resultam dos direitos fundamentais e dos objetivos do Estado. É por isso que são criados órgãos e competências para sua execução. No constitucionalismo, tomado no sentido cultural, torna-se necessário agregar os contextos culturais, a cultura política, o que a jurisprudência e a doutrina falam sobre o texto.

É preciso destacar que as funções são exercidas através dos órgãos e destinam-se a alcançar os fins determinados pelo Estado, que podem ser abstratos (bem comum) ou mais específicos (proteção da dignidade humana). O fato é que as três funções estão a serviço dessas tarefas fixadas pela Constituição de maneira substantiva ou processual. Sendo assim, todos são instrumentos do Estado Constitucional submetidos a mudanças históricas. Neste contexto, tais órgãos só podem atuar sob a premissa do direito, tendo na Constituição a ordem fundamental, não podendo nenhum órgão ter poderes em branco num sentido absolutista. Nesse contexto, a jurisdição tem tomado um papel inédito, com o aparecimento da jurisdição constitucional na Áustria (1920) passando pelos tribunais constitucionais pós-guerra, a corte europeia, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Suprema Corte dos EUA.

Em todos esses casos, há um fator importante sobre a necessidade de se abandonar a máxima de Montesquieu de que o juiz é “*la bouche de la loi*”, ou seja, tem se ampliado a atuação do Poder Judiciário através de sua função protetora e de sua tarefa criativa, mas só a defesa dos direitos não é suficiente; ela tem buscado a criação de um direito judicial como fonte própria do direito. Contudo, o autor alerta que os juízes são

más que parte de las funciones estatales y permanece articulado en el sistema conjunto de la división de poderes y debe respetar el principio de los límites jurídico-funcionales de la actividad jurisdiccional, aunque éstos

puedan variar en el tiempo, en el espacio y entre países (“*judicial activism*”-“*judicial restraint*”) (Häberle, 2003, p. 224).

Neste contexto, nada melhor do que os próprios destinatários da norma para realizar o processo de construção normativa pelo debate democrático. Aqui o Judiciário atuará com base na democrática, participativa, popular, irá trabalhar na construção normativa e não na criação de um texto, pois texto e norma não se confundem. O texto seria o que se produz no Legislativo; já a norma é o resultado de um processo interpretativo aberto sobre o texto^{44 45}.

Partindo da sociedade aberta, o autor passa a trabalhar o conceito de *status activus processualis*, que toma como base a teoria dos *status* de Georg Jellinek trabalhado na obra “Sistema dos direitos subjetivos públicos”. Nesta, Jellinek não busca criar uma teoria dos direitos fundamentais, mas realizar uma análise da relação entre o indivíduo e o Estado, ou seja, até onde vai o *ius imperi* do Estado e onde começa o *status libertatis* do cidadão, quais as obrigações do Estado em relação ao cidadão e como se realiza sua participação na vida política. Norteado por estes questionamentos, ele cria quatro *status* do indivíduo perante o Estado: o *status passivus* (ou *status subjectionis*), *status negativus* (ou *status libertatis*), *status positivus* (ou *status civita* e o *status activus*)⁴⁶.

⁴⁴ Analisando a relação entre texto e norma, Müller (2011, p. 374) explica que “En el Derecho Constitucional hay que mantener firme, por tanto, el efecto clarificador y estabilizador del tenor literal de la Norma como algo imprescindible en el Estado de Derecho, especialmente frente a las pretensiones de la investigación del Derecho, esto es, tratar a la Norma con sus límites trazados por el propio texto, como mero punto de partida para la solución de un problema, del cual además se puede hacer caso omiso en cualquier momento en cuanto parece que deja de responder al contexto del problema. El texto determina los límites extremos de posibles variantes en el significado. Más allá de dichos límites no es lícito que los elementos del ámbito normativo, a menudo solo insinuados en los preceptos constitucionales mediante palabras-clave [...], se conviertan en el factor decisivo de la aplicación jurídica. Como no podía ser de otro modo, habrá que decir algo distinto en aquellos casos en los que el texto resulte manifiestamente incorrecto, malogrado o equívoco”.

⁴⁵ Leal (2014, p.331), em nota, tomando por base o pensamento de Hans-Joachim Koch, afirma que: “a atuação do magistrado, no caso concreto, afigura-se como determinante para a conformação do Direito, por meio de uma atividade criativa, construtiva, de integração do texto normativo com a realidade que cerca o fenômeno da jurisprudencialização do direito,

⁴⁶ Brugger; Leal (2007, p. 126-130), partindo do conceito de que o *status* representa uma situação determinada entre o Estado e o indivíduo, o *status passivus* seria uma limitação à liberdade do indivíduo, ou seja, ele teria que cumprir determinadas obrigações de fazer ou não fazer impostas pelo Estado; já o *status negativus* (*status libertatis*) seria uma relação oposta à primeira, ou seja, seria uma ampliação na esfera de liberdade do indivíduo que teria uma margem de atuação dentro da sociedade na qual o Estado não poderia atuar, na moderna linguagem dos direitos fundamentais, este seria mas ligado aos direitos de primeira dimensão ou de defesa. Quanto ao *status positivus* (*status civilitatis*) este e apresenta como uma sendo a outra face da moeda do *status negativo*, ou seja, enquanto, no negativo, exige-se uma abstenção do Estado, no *positivus*, exige-se uma ação de caráter prestacional por parte deste.

Na concepção de Jelliek, a cidadania é o direito de ter direitos. Percebe-se aí uma noção conservadora de cidadania, compreendida numa dimensão passiva, ou seja, o sujeito como cidadão tem uma gama de direitos que devem ser providos pelo Estado. Ou apenas participa dos processos eleitorais, escolha dos governantes, numa noção restrita de cidadania (focada apenas no voto).

Häberle aprofunda o pensamento de Jellinek no campo da participação democrática. Baseando-se no conceito de *status activus*, ele amplia as formas de participação popular nas decisões do Estado. Nesse sentido, Leal (2008, p. 38) afirma que

No âmbito da Constituição cultural e aberta, contudo, esta noção é, por sua vez, ainda mais potencializada e ampliada, estendendo-se a uma esfera mais abrangente, que engloba as tarefas estatais como um todo, bem como a própria Constituição e a realização dos direitos fundamentais

É desse conceito inicial que o autor constrói o conceito de *status activus processualis*, como assevera Maas (2016, p. 171):

Nesse contexto, somando-se ao aspecto de Constituição aberta e cultural e a identificação de o direito de participação afigurar-se como sendo de fundamental relevância, recebendo especial destaque no contexto de uma ordem democrática, ganha espaço, a partir de uma dimensão ampliada, redimensionada e qualificada desse *status activus*, assim, o *status activus processualis*, de Peter Häberle, enquanto *status* de participação no processo público de estabelecimento dos conteúdos associados aos direitos fundamentais e à própria democracia.

Maas (2016, p. 171-172) observa o fato do autor criar sua teoria a partir de uma matriz democrática, pois Jellinek, apesar de embasado no Estado de Direito liberal, encontra-se aquém dos anseios do Estado Democrático de Direito. O *status activus processualis*, tendo como fundamento a participação do cidadão (sujeito de direitos), configura-se com o direito de participação (natureza procedimental) em espaços públicos de argumentação, debates e escolhas políticas, visando ao estabelecimento da dimensão e extensão do conteúdo do direito fundamental.

É no contexto descrito que Maas (2016, p. 172-173) afirma que Häberle pretende, com o *status activus processualis*, buscar a concretização dos direitos fundamentais no plano fático da vida dos cidadãos, pois, ao estabelecer a abertura da interpretação, ele trabalha um aspecto técnico, sendo necessário sair da técnica e ir para um conceito de Constituição material no qual os direitos fundamentais são

introduzidos na vida dos cidadãos. Isso passa por um aspecto procedimental. Tal aspecto é acompanhado pelo princípio da transparência e da publicidade dos atos administrativos. Pois,

um processo público de interpretação em que o indivíduo tem o direito de exigir do Estado que, na interpretação e exercício de seus poderes, sejam ponderados e ouvidos os interesses da sociedade. A noção de “processo”, aqui, está ligada ao conceito de participação por meio de um processo aberto e plural de interpretação, e não propriamente a uma participação no processo constitucional, na feição de um processo institucionalizado. (MAAS, 2016, p.173)

A teoria desenvolvida por Peter Häberle tem um caráter eminentemente procedimental. Contudo, não se desvincula de valores contedutísticos que devem ser implementados pelo Estado Democrático de Direito, dentre os quais encontram-se os direitos fundamentais. Tal fato torna-se mais necessário num país de modernidade tardia como o Brasil, onde o cidadão tem pouco acesso aos serviços públicos e ações prestacionais do Estado. Por isso Abreu e Stefen (2012, p. 78-79) observam que a teoria do *status activus processualis* pode ser encarada como uma reunião entre a corrente procedimentalista e a substancialista da jurisdição constitucional⁴⁷. Isso porque ela constitui uma condição para que os indivíduos possam falar no processo⁴⁸, apresentar suas alegações, via contraditória e, em simetria, condições e oportunidades, eles concordam que a grande falta de legitimidade das decisões judiciais ocorre em razão da forma burocrática pela qual o processo é conduzido. Por isso,

No Brasil, a ideia de *status activus processualis* suplica, além de um amplo acesso à justiça, de instrumentos positivos de equalização das posições culturais, sociais e econômicas dos envolvidos. A tutela jurisdicional não pode ser privilégio de uma minoria ou, condicionada por múltiplas situações de bloqueio. (Abreu; Stefen, 2012, p. 78)

⁴⁷ Neste aspecto cabe observar que o *status activus processualis* é voltado ao cidadão, só de modo indireto para a jurisdição constitucional. Dessa forma, o que os autores querem afirmar é que além do cidadão ter um espaço de participação política para manifestar sua opinião quanto às questões que envolvem o Estado (questão procedimental), este espaço deve ser tutelado por direitos de caráter material (questão substantiva) básico como o princípio da igualdade, liberdade, publicidade, moralidade, impessoalidade etc.

⁴⁸ O *status activus processualis* é um direito de participação nas decisões do Estado em sentido amplo, ou seja, em vários níveis e espaços de tomada de decisão. Logo, o aspecto processual constitui apenas um espaço destinado à sua atuação. Contudo, como esta pesquisa se destina a análise de um instrumento destinado a auxiliar a superação das críticas ao processo de judicialização da saúde, dentro de um nível processual, este conceito tem seu foco vinculado a questão processual, mas sem perder de vista que o mesmo se destina a uma questão procedimental mais ampla.

Importa notar que por meio do reconhecimento do Estado de um *status activus processualis* do cidadão, várias críticas identificadas por ocasião desse trabalho podem ser superadas. Num primeiro momento, a questão do paternalismo que identifica no Judiciário o único órgão capaz de conhecer e julgar o direito, a partir do momento em que se reconhece um direito de participação do cidadão através do processo de abertura da jurisdição, perde-se o sentido desta visão mística. Também para evitar a figura do decisionismo (através do uso da moral e outros elementos extrajurídicos), o *status activus* traria a realidade constitucional para as instâncias jurídicas, o que daria elementos objetivos capazes de fundamentar a decisão do juiz. A questão da falta da legitimidade democrática do Judiciário estaria também superada na medida em que suas decisões passariam a ter uma legitimidade democrática. Por fim, quanto ao aspecto da violação da separação dos poderes pela falta de legitimidade do Judiciário, considerando o Estado Constitucional como aquele em que o cidadão exerce seu direito de participação nas instâncias deliberativas, passa o Poder Judiciário (legitimado pela participação cidadã) a ser mais uma instância de atuação na proteção dos direitos fundamentais.

Diante das questões tratadas no presente subitem, pode-se afirmar que a sociedade aberta traz uma resposta democrática às críticas enfrentadas pelo processo de judicialização. Isso principalmente passa pela ampliação do rol dos intérpretes constitucionais visando diluir a responsabilidade do Poder Judiciário quanto ao exercício da jurisdição constitucional e a proteção dos direitos fundamentais e assim se desvinculando do caráter paternalista. Outro aspecto é que essa ampliação traria o contexto social em que vivem os intérpretes, devendo esse ser considerado numa perspectiva de atualização da norma constitucional quanto ao aspecto cultural da sociedade determinado por uma questão de tempo e espaço. Este aspecto reduziria a discricionariedade na atuação do juiz e, além do mais, abriria um espaço de legitimidade democrática para as decisões do judiciário.

A pesquisa ora apresentada, além da questão da sociedade aberta dos intérpretes e do *status activus processualis*, também busca abordar a questão da teoria da capacidade institucional como resposta às críticas ao processo de judicialização da saúde. É preciso lembrar que esta teoria vai num sentido oposto ao da sociedade aberta e busca trabalhar com recursos técnicos institucionais para a superação das deficiências da jurisdição.

3.3 - Crítica da teoria da capacidade institucional de Sunstein e Vermule sobre a “melhor teoria da interpretação” como solução para questões da judicialização

O presente item destina-se à análise da construção da teoria da (in)capacidade institucional sob a ótica de Cass Sunstein e Adrian Vermule. Esta baseia-se nas críticas ao que chama de “melhor teoria da interpretação” e parte da pergunta de como “eu decidiria o caso se fosse o juiz?”. Os autores afirmam que o modo pelo qual sempre foi feita a interpretação constitucional, numa perspectiva tradicional, foi guiado por esse falso questionamento. Ele teria produzido métodos tradicionais de interpretação descontextualizados da realidade institucional, pois não levam em consideração questões que envolvem as limitações da capacidade institucional do Poder Judiciário, além dos efeitos sistêmicos de suas decisões. Logo, a hermenêutica tradicional encontra-se restrita a aspectos eminentemente jurídicos, abstratos e ligados a uma visão holística, sem levar em consideração elementos externos como a capacidade dos juízes em decidir os casos judicializados.

Para demonstrar a “cegueira” dos autores, eles tentam demonstrar limites da capacidade judiciária em executar as “melhores teorias interpretativas”, pois todas tentam ampliar de forma “fictícia” a capacidade do Judiciário. Tal fato tem causado decisões descontextualizadas da realidade e, muitas vezes, injustas, pois não consideram os limites empíricos a que os juízes estão submetidos e suas reais capacidades institucionais.

A tese principal de Sunstein e Vermule é que o foco na capacidade institucional real do Judiciário reestrutura consideravelmente sua análise interpretativa, e todos que pretendem levar uma interpretação a sério necessariamente devem considerar essas questões⁴⁹.

⁴⁹ Caleb (2007, p.329-330), ao analisar a obra “Judging under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation”, de Adrian Vermule, descreve que o pensamento do autor afirmando que “he argues that one cannot sensibly advocate a particular interpretive approach without paying close attention to the capacities of the decisionmakers who will be applying it. Even if Approach A would unquestionably produce better results than Approach B if both were applied perfectly, one cannot automatically conclude that real-world decision makers should therefore use Approach A; an

Na obra “Interpretação e instituições” os autores avaliam, por uma visão panorâmica do aspecto evolutivo da interpretação, a negligência das questões institucionais nas diversas teorias interpretativas. Inicialmente, tratam do debate Blackstone e Bentham (2002, p. 8)¹⁹ sobre a interpretação do direito consuetudinário inglês.

A ideia central desse debate é se “os juízes, ao abordarem o texto legislativo e o tecido que envolve o direito, devem moldar o estatuto por meio da sensibilidade e flexibilidade concedida pelos precedentes judiciais”. A crítica é no sentido de que a *common law* retrata um relato fantástico sobre as capacidades institucionais do Judiciário. (SUNSTEIN; VERMULE, 2002, p. 5)

Neste debate, Blackstone defende que o objetivo da interpretação é descobrir a vontade do legislador através da análise de sua intenção. Leva em consideração a supremacia legislativa, sendo a razão e o espírito da lei a fonte interpretativa mais importante, isso, considerando uma intenção de legisladores razoáveis. O princípio da equidade, aplica-se aos casos em que, se o legislador tivesse previsto determinadas circunstâncias, mesmo teria criado determinadas exceções para elas. (SUNSTEIN; VERMULE, 2002, p. 5)

Os autores encontram na teoria de Blackstone as características do estilo interpretativo da *common law*, flexível no tratamento de textos estatutários. Ele desenvolve um método que usa a “razão” ou a “equidade” para capturar a verdadeira intenção do legislador, ou a que ele teria se tivesse diante do caso particular. O modelo interpretativo de Blackstone é identificado como formalista, lançando luz aos textos estatutários, em vez de moldar esses textos por princípios jurídicos fundamentais. Blackstone afirma que seria melhor que houvesse uma

interpretive theory that would be wonderful in the hands of omniscient and omniscient interpreters might be dreadful in the hands of interpreters who lack the information or cognitive ability that proper application of the theory requires.”

¹⁹ Rosa (2010, p. 298-299) avalia que, apesar do debate traçado pelos autores em suas diferenças, eles convergiam num ponto fundamental que é a necessidade de racionalização do direito. Nesse aspecto, Blackstone buscou a sistematização e organização do direito consuetudinário inglês como fonte inicial do pensamento jurídico, já Bentham procurou a racionalização por meio de uma visão teleológica ao tentar criar um direito prescritivo capaz de ser o mais efetivo possível no campo da utilidade prática (utilitarismo). Partindo da observação da autora aliada à análise de Sunstein e Vermule é possível perceber o pensamento de Blackstone voltado para o que foi criado pelo parlamento ou pelos precedentes como forma de conservação do pensamento jurídico inglês, mais precisamente sob o ponto de vista de uma racionalização voltada à segurança jurídica, é por isso que ele apenas admite uma “discricionariedade” do juiz em casos especiais, através do princípio da equidade e desde que o juiz realize uma abordagem sob um olhar do legislador de como este se comportaria diante de tais situações, ou seja, sempre voltado à intenção do legislador conforme o pensamento do direito liberal de sua época.

mistura entre lei e equidade e que esta fosse distribuída apropriadamente em todos os casos. Contudo, ela é instável. Logo, os juízes devem aplicar o texto da lei como segunda melhor tese. Sua proposta interpretativa visa evitar resultados absurdos, a exemplo do caso da *Bolognian law*, que previa, em seu texto, que quem tirasse sangue no meio da rua deveria ter uma pena maior. Para Blackstone, deveria aplicar a equidade em relação ao cirurgião que abriu a veia de uma pessoa que teve um ataque no meio da rua e não o apenar baseando-se na *Bolognian law* (SUNSTEIN; VERMULE, 2002, p.6-9).

A crítica institucionalista ao autor é que, se ele levasse em consideração as capacidades institucionais, poderia ser menos contraditório em método interpretativo. Sendo assim, poderia levar em consideração fatores como, por exemplo, que os juízes, ao apontarem as omissões legislativas, poderiam passar para o legislador realizar seu próprio juízo de equidade, já que se busca aplicar a vontade do Legislativo. (SUNSTEIN; VERMULE, 2002, p 6)

Quanto ao trabalho desenvolvido por Bentham⁵⁰ (antiformalista), sua ideia é que o sistema da *common law* é incoerente e inconstante do ponto de vista racional. Neste sentido, ele desenvolveu uma gama de princípios jurídicos utilitários nos quais, por meio da legislação, dê-se clareza, certeza e ordem pela lei (codificação), assim o cidadão e funcionários podem consultar os códigos para saber de seus direitos e obrigações (SUNSTEIN; VERMULE, 2002, p. 8).

⁵⁰Bentham (1979, p.9-12) em sua obra “Uma introdução aos princípios da moral e da legislação”, parte de um fundamento filosófico de que a dor e o prazer são dois senhores que determinam a vida dos seres humanos de modo que eles não têm como escapar desta situação. O princípio da utilidade tem por base esta sujeição e busca “construir o edifício da felicidade através da razão e da lei”. Partido deste postulado, ele tenta aperfeiçoar a ciência da moral através do desenvolvimento do princípio da utilidade, esta seria a busca da felicidade com a conseqüente vedação de qualquer ato atentatório a ela. Essa visão está ligada a uma visão individualista liberal na qual não há um interesse comunitário, mas apenas há o interesse do indivíduo que nela está inserido. Logo o centro de sua atenção é o indivíduo, que é promovido à medida que se promove suas fontes de prazer e é reduzido na proporção que se promovem as fontes de suas dores. Governos devem buscar a realização da utilidade maximizando o prazer de seus cidadãos através de ações, e isso se aplica para as leis. Nestes termos, Godoy (2004, p. 70) identifica que a lei para Bentham era um instrumento para o desenvolvimento da felicidade do indivíduo (buscar a felicidade para o maior número de pessoas), devendo sempre o Estado buscar melhorar sua vida, já que é o interesse individual que dá forma ao da comunidade. A ciência da legislação seria o conhecimento do bem comum e a busca pelos meios para a realização desse ideal. O comportamento lógico do indivíduo é observar a lei o que qualifica seu comportamento como respeito à comunidade, e somente a autoridade investida com competência poderia realizar sua confecção. Logo, o direito positivo é útil e necessário e deve ser criado pelo soberano que, para Bentham, segundo Rosa (2010, p. 8), é aquele que emite comandos e estes são identificados como lei (ou códigos). Sendo assim, o direito passa a ser apenas o fruto de uma construção estatal sem qualquer relação com o natural. Este é um dos pontos de sua teoria criticados por Sunstein e Vermule quando chamam de “hipertrofia da capacidade do Legislativo”.

A crítica dos autores à obra de Bentham é que ela cria um “utilitarismo imperfeito”, pois negligencia as variáveis ligadas à capacidade institucional do Poder Judiciário em lidar com tais princípios. Apesar de criticar o direito consuetudinário como “uma tirania judicial”, não transpõe a crítica da capacidade institucional para sua teoria da interpretação. Mas ao contrário, busca uma interpretação fundada no legislador, por um lado e, pelo outro, zomba das pretensões do direito consuetudinário, considerando uma arbitrariedade baseada na razão e equidade. Neste ponto, apoia o absurdo da condenação do cirurgião, dizendo que as palavras de um legislador não são outra coisa que expressão de vontade do povo. Logo, um código legislativo é suficientemente perspicaz e capaz de reduzir o grau de discricionariedade judicial. Aqui ele aposta numa hipertrofia das capacidades do Legislativo, a exemplo de Blackstone (SUNSTEIN; VERMULE, 2002, p. 9).

Passando para a época moderna da interpretação. Sunstein e Vermule avaliam o positivismo moderno, o pós-positivismo e a integralidade, sob uma visão institucional do Judiciário em pôr em prática tais teorias. O período histórico tem o domínio da escola do “processo legal” que, apesar de suas considerações institucionais ao tratar das competências institucionais, continua trabalhando com a figura do juiz ideal.

O positivista H.L.A. Hart defendia uma “lei” perspicaz, capaz de limitar a discricionariedade. Entretanto, falta a ele um tratamento sério sobre os casos difíceis não previstos pelos legisladores (SUNSTEIN; VERMULE, 2002, p. 11).

Para Hart⁵¹, uma das características da ação humana é tentar prever ações de forma geral e antecipada, através da criação de normas que serão aplicadas

⁵¹ Hart entende o Direito como um conjunto formado pela união de regras jurídicas primárias e secundárias, em que uma parcela determina a ação ou omissão de determinadas condutas (regras primárias), e outras que conferem poderes jurídicos para julgar, legislar, constituir ou alterar relações jurídicas, e as que não nascem de outras prescrições jurídicas, mas da aceitação geral (secundárias), (Hart, 2001, p. 89-91). Por sua vez, dentre as secundárias, a regra de reconhecimento funcionaria como um filtro para separar as regras não jurídicas das jurídicas e, dentre estas, as que pertencem ao sistema e são válidas das que não pertencem e são inválidas. A regra de reconhecimento pode ter sua origem na legislatura de um órgão, da prática consuetudinária ou mesmo de sua relação com decisões judiciais, sendo ela dotada de critérios até certo ponto mais complexos do que as outras regras, além da aceitação e autoridade sobre as demais regras do ordenamento jurídico organizando-se numa relação de subordinação (Hart, 2001, p. 104-105). Nesse contexto, o autor limita o direito a um sistema de regras escritas e reconhecidas pelo Estado. Logo, isso torna os demais elementos utilizados pelo juiz em suas decisões judiciais em extrajurídicos, já que não são reconhecidos pelo parâmetro vigente. Isso causa um grave problema de segurança jurídica e instabilidade das decisões judiciais pois o uso de tais padrões não são obrigatórios segundo esse entendimento. Além do mais, as decisões ferem o Estado Democrático ao criarem um direito retroativo específico aplicado a uma das partes. Tais críticas podem ser vistas na lição de Dworkin.

diante da ocorrência de tais ações. A ideia-chave do pensamento de Hart é que o Legislativo não tem a capacidade de prever todas as situações possíveis. Neste espaço, surgiriam os casos difíceis quando não se tem uma norma clara para aplicação da lei. Uma aplicação da lei segundo a ótica de Bentham somente poderia ocorrer num mundo em que as ações humanas fossem limitadas e onde as regras poderiam prever todas as ações, mas esse não é o nosso mundo (SUNSTEIN; VERMULE, 2002, p. 11).

Os autores afirmam que a análise de Hart é correta, mas que pode causar sérios problemas de interpretação, pois sua solução vai no sentido de que diante dos casos definíveis os juízes apliquem sua discricionariedade. Sob a perspectiva institucional, há dois erros cometidos por Hart. Um envolve o risco do erro judicial e o outro que desconsidera os efeitos dinâmicos dessa proposta. Tomam como exemplo o caso *TVA versus Hill* em que, por meio do *Endangered Species Act* (ato de proteção das espécies raras), poderia impedir a construção de uma barragem face a descoberta de um peixe ecologicamente “desinteressante” que iria ter seu ciclo reprodutor interrompido. Aqui temos o conflito entre direito ao acesso à água *versus* direito ao meio ambiente equilibrado, o que, na visão de Hart, é um caso difícil.

A teoria institucionalista, avaliando a capacidade institucional do Poder Judiciário, questiona: qual a capacidade do juiz em avaliar uma espécie em extinção? Qual a importância da barragem para a comunidade? Quais os efeitos dinâmicos da decisão, dado que a abordagem dos juízes não se limitará às partes envolvidas na questão, e assim sendo, qual o impacto de sua decisão para a comunidade? E para a economia? E para o meio ambiente? Caso os tribunais decidam uma questão sem considerar esses fatores, levará incerteza e indeterminação para que as pessoas possam orientar seus negócios, logo não se pode deixar para a discricionariedade do juiz uma decisão de tamanha envergadura (SUNSTEIN; VERMULE, 2002, p. 12).

A construção teórica de Henry Hart e Albert Sacks⁵² parte do ponto central que ao se interpretar uma lei é necessário que os tribunais busquem sempre uma

⁵² Barzum (2011, p. 1-10) explica a obra *The legal process* de Hart e Sacks em que os autores buscam responder ao realismo (criticista), sendo assim eles criaram uma teoria liberal em que separa o processo da visão substantiva (material) buscando promover uma teoria neutra da interpretação da lei negando o valor de justificações filosóficas através da construção de uma vertente do pragmatismo filosófico. Neste sentido, a teoria do legal process não se preocupa em se fundamentar numa moral substantiva ou opiniões filosóficas políticas. Dessa forma, ela transcende ao debate sobre o valor levado pelos realistas, pregando que procedimentos – legislativos, administrativos, jurídicos poderiam

melhor maneira possível para a realização de seu objetivo. Assim, eles não podem atribuir um significado que seu texto não suporte. Além disso, os tribunais podem exigir do Congresso que determine a finalidade de cada lei, se é caso de prevalecer um princípio ou uma política pública (SUNSTEIN; VERMULE, 2002, p. 13). Hart e Sacks acreditam na razoabilidade das decisões dos legisladores e que cabe ao Judiciário a aplicação dessas decisões razoáveis ao caso concreto.

Numa abordagem quanto à capacidade institucional do Judiciário de resolver essa tarefa, deveriam os autores avaliar como os juízes iriam operacionalizar tal ideia e como a sociedade iria reagir a ela. Às vezes uma ideologia contrária ao Estado de Direito é travestida de política pública, e nesse caso, os tribunais poderiam tornar-se instrumentos ideológicos. A Itália e Alemanha fascistas ilustram duas situações distintas neste sentido. Enquanto, na primeira, os tribunais limitaram a violência do governo, exigindo uma “clara autorização legal”, a segunda optou pela aplicação dos valores do regime. A título de exemplo, o tribunal alemão concluiu que a lei que proibia relações sexuais entre alemães e judeus não proibia apenas o “coito”, dado que não visava proteger apenas o sangue alemão, mas também a honra, assim um tribunal concluiu que um beijo pode levar a uma relação sexual, viola o estatuto e, portanto, decretou prisão de dois anos de um jovem casal por se beijarem em público. A crítica é que uma interpretação teleológica deve depender em grande parte dos instrumentos disponíveis à capacidade intra-institucional do Judiciário para realizar essas interpretações, além do mais ele deve ter noção de quais serão os efeitos de sua abordagem ao longo do tempo (SUNSTEIN; VERMULE, 2002, p. 12-13).

resolver esse impasse de forma neutra. Neste aspecto, o que os autores buscaram foi suprimir conflitos ideológicos das discussões jurídicas, fato este ingênuo e até reacionário, mas que tem uma certa explicação para um período pós-guerra. Para eles, a defesa do Estado de direito pode ser realizada sem se tomar uma posição quanto à questão da estrutura social. Barzum afirma que, na realidade, os autores buscaram uma melhor forma de abordagem da lei para juízes, advogados e estudiosos do direito em geral aplicar. Para isso, firmaram-se na tradição jurisprudencial americana que conceitua o raciocínio jurídico tanto teórico como prático, e baseados numa visão sociológica tradicional, aceitavam que uma mudança legal resulta de uma mudança nos objetivos sociais. Para eles, o direito, assim como as demais ciências, é o resultado prático da busca de como fazer alguma coisa. A teoria do devido processo legal crítica os tribunais que muitas vezes criam o direito em vez de encontrá-lo. Eles devem trabalhar dentro de um sistema jurídico que considere outras instituições como o Legislativo e as agências administrativas. Além disso, ao realizar o processo de adjudicação eles devem considerar o material jurídico como jurisprudência, lei e Constituição aplicando de forma fundamentada e interpretada com referência ao seu objetivo. Interessante observar esta visão de não transformar o Judiciário em máquina ideológica através do debate valorativo/político é justamente criticado por Sunsten e Vermule, afirmando que, aí sim, os tribunais podem ser objeto de manipulação neste sentido.

Partindo para a perspectiva de Dworkin⁵³, que criou a noção de direito com base na integridade, os autores avaliam que ele compartilha da mesma cegueira de tentar aplicar o direito “à melhor luz possível”.

A crítica da capacidade institucional, neste caso, reside no ponto que Dworkin não leva em consideração as imperfeições dos juízes (falhas de ordem pessoal, intelectual, isolamento social etc.) e dos efeitos sistêmicos de uma ou outra abordagem da interpretação. Quanto ao caso *TVA versus Hill*, Dworkin não o analisa, mas os autores supõem que, para a teoria dworkiana, Hércules deveria compartilhar a opinião dominante na suprema corte e determinar a construção da barragem, sacrificando a espécie de peixe. Isso porque, em seu raciocínio, a leitura de salvar a barragem seria a melhor possível aos olhos da comunidade política. Mas, do ponto de vista institucional, seria fundamental a pergunta sobre quais os efeitos sistêmicos da permissão da construção da barragem? E a insegurança criada para futuras decisões sobre essa matéria ao se desconsiderar uma lei federal em vigor? Não seria melhor aplicar a história institucional que o congresso já começou ao criar a lei de proteção das espécies? Não seria melhor preservar a lei? Em razão dessas questões, no caso *TVA versus Hill* seria muito mais fácil, numa perspectiva institucional, proibir a construção da barragem. (SUNSTEIN; VERMULE, 2002, p. 15)

Hart e Dworkin realizam suas considerações sem levar em conta as questões institucionais, levando em consideração juízes ideais e não os reais que

⁵³Para Dworkin, o Direito não seria um sistema formado apenas por regras jurídicas, mas teria também os princípios e as políticas como elementos constitutivos. Dessa forma, não haveria brecha no ordenamento para que o juiz, de forma discricionária, criasse um direito retroativo para o caso concreto. Para controlar a discricionariedade jurídica e explicar seu método de aplicação do Direito, Dworkin cria uma figura jurídica de um juiz denominado de Hércules, que é dotado de sabedoria sobre-humana. Em sua atuação, Hércules “aceita as regras não controversas de sua jurisdição como leis, os precedentes que são as decisões anteriores de seu tribunal ou de tribunais superiores cujo fundamento racional aplica-se ao caso em juízo” (DWORKIN, 2002, p. 165) Tal função seria uma usurpação da função legislativa e violaria a independência dos poderes, ferindo, assim, as bases do Estado de Direito. Diferentemente de Hart, para quem o direito representa aquilo que é criado pelo Estado, tendo como solução para a zona de penumbra apenas as experiências pessoais, valores ou convicções filosóficas dos juízes, o autor busca uma compreensão mais abrangente através do conceito de integridade, no qual o direito é o resultado de uma prática argumentativa sendo composto por regras, princípios e políticas e deve representar os anseios da comunidade de princípios em que está inserido. O princípio Judiciário da integridade determina que o julgador deve identificar “direitos e deveres legais até onde for possível”. Esse aspecto da integridade decorre do reconhecimento da comunidade como ente personificado, já que os princípios foram criados por um único ente personificado. Para Dworkin, ao aceitar a integridade, o juiz realiza a interpretação dos casos submetidos à sua decisão e ao mesmo tempo fornece fonte de interpretação para outros casos que, posteriormente, deverão ser decididos. É importante frisar que as decisões judiciais devem ser coerentes e tomadas dentro da mesma matriz política e não de forma isolada sob pena de se cometerem injustiças com aqueles que estiverem fora desse posicionamento geral adotado pelo magistrado em outros casos. (DWORKIN, 1999, p. 271)

trabalham com uma pluralidade de atores envolvidos e incerteza de suas ações. (SUNSTEIN; VERMULE, 2002, p. 15)

A última etapa da análise institucionalista passa pela fase contemporânea através das teorias dinamista, textualista e pragmatista.

William Eskridge trabalha a interpretação dinâmica; os autores a criticam por ela ter uma imagem idealizada das capacidades judiciais e, como consequência, uma diminuição de outros atores do processo interpretativo (SUNSTEIN; VERMULE, 2002, p. 16). Eskridge focaliza sua crítica no formalismo, que enfatiza o significado original do texto. Para ele, esta abordagem peca por desconsiderar a evolução dos valores sobre os quais o sistema legal incide seus efeitos. Em vez de buscar a intenção original do legislador, seria fundamental que os tribunais realizassem sua atualização através das novas circunstâncias sociais. Dessa forma, ele segue a máxima de que “os juízes devem tratar valores contemporâneos como um princípio interpretativo ou cânone, defensável por instruções claras ao contrário da legislatura. (SUNSTEIN; VERMULE, 2002, p. 16).

A postura de Eskridge tem algumas vantagens como a de prevenir uma execução mecânica de estatutos obsoletos, o juiz tem um certo poder descritivo e em certa medida por razões institucionais. Contudo, ela falha quanto não considera os efeitos do dinamismo sobre o Legislativo, não trata a forma que os juízes farão essa atualização e omite possíveis erros graves de atualização. O erro judicial neste caso é deletério, caso o magistrado não tenha informações e variáveis certas, exatas, confiáveis para realizar o seu juízo de valor. (SUNSTEIN; VERMULE, 2002, p. 16).

Eskridge ainda propõe que, quando as condições sociais mudam, principalmente quando há uma alteração no contexto da Constituição, essa perspectiva deve ser considerada para interpretá-la. Uma abordagem não dinâmica não conseguiria atualizar o texto constitucional. A crítica institucional é no sentido de que há vários pontos que Eskridge deveria observar, em vez de considerar um aspecto meramente ideal. Então, como falar em atualização do contexto diante de um isolamento social dos juízes? Isso pode impactar na compreensão destes sobre o que seria algo “obsoleto” diante de um contexto social (SUNSTEIN; VERMULE, 2002, p. 17).

No sentido oposto ao de Eskridge, aparece John Manning⁵⁴, cujo trabalho tem uma fundamentação na raiz do direito constitucional. Manning fundamenta seu argumento no art. 1º da Constituição de 1777, de que, para interpretar determinados institutos ambíguos, é necessário que se verifique o histórico legislativo da criação daquela norma, a finalidade original de sua criação. Por conseguinte, a intenção original do legislador deve ser considerada para interpretar o conteúdo de determinadas normas (SUNSTEIN; VERMULE. 2002, p. 18). A crítica da capacidade institucional recai no sentido de que, ao se buscar fontes para o estudo e aplicação dos fundamentos históricos nos quais os juízes poderiam recorrer? Qual a capacidade dos juízes para avaliar a história legislativa e sua influência sobre as normas? Os autores criticam essa interpretação de Manning do art. 1º da Constituição americana, pois ela se refere à validade e promulgação das leis e não autoriza juízes a aplicar outras fontes de interpretação da lei (histórico da criação da norma) que não o texto constitucional. O ponto fundamental do debate entre Eskridge e Manning é o de que as teorias constitucionais devem buscar a melhor leitura possível da Constituição. Manning falha quanto às limitações intrínsecas, pois as ferramentas do formalismo são fracas para produzir fechamento, por si só, sobre questões controvertidas da doutrina interpretativista (SUNSTEIN; VERMULE. 2002, p. 19).

Por fim, Richard Posner⁵⁵ é autor da chamada “reconstrução imaginativa”. Ele propõe que os juízes devem julgar os casos baseados na suposta ação que teria o legislador se tivesse entrado em contato com o caso concreto. Sunstein e Vermule criticam essa posição, pois, caso os legisladores soubessem da necessidade de alteração, eles próprios teriam feito, e não o Judiciário, além disso os juízes podem

⁵⁴Manning (2005, p. 449 - 450) trabalha a questão do intencionalismo. Ele afirma que, em grande parte da história jurídica americana, foi proclamado que a intenção do legislador é a pedra de toque da interpretação da lei. Para ele, há uma construção básica para se levar a esta afirmação. Num sistema legislativo baseado na supremacia da lei, os juízes, como agente fiéis do Congresso, devem tentar dizer com maior precisão o que o Congresso quis dizer com as palavras que usou. No caso de estatuto vago ou ambíguo, os tribunais deveriam trabalhar com fontes que identifiquem o processo legislativo interno (opiniões, votos, defesas do projeto etc.) visando alcançar o propósito que inspirou sua criação, ou seja, devem buscar a fonte de sua história legislativa para dirimir dúvidas.

⁵⁵ Sobre a reconstrução imaginativa Posner (2007, p. 366) fala que “Os juízes devem empenhar-se de boa-fé em fazer cumprir a legislação a despeito de seu acordo ou desacordo com seus meios e fins. [...] um juiz que interpreta um texto legislativo pouco claro não deve tentar ajustar uma política pública a sua concepção pessoal do que é certo ou errado – desde que a política pública contida na lei seja discernível. Mas é possível que não seja ou, mesmo quando for, que não nos oriente no sentido de encontrar uma resposta para a questão interpretativa específica que se colocou. No direito como na guerra, a doutrina tem seus limites” (tradução nossa)

perfeitamente errar sobre a escolha material que o legislador poderia ter feito (SUNSTEIN; VERMULE, 2002, p. 20).

Mais recentemente, Posner, trabalhando numa perspectiva pragmática, passou a considerar que os juízes, dentro de premissas empíricas da capacidade institucional de juízes e legisladores, poderiam decidir que o formalismo interpretativista seria melhor custo para a ação. Contudo, o autor logo se contradiz entre consequências para “o caso em questão” e consequências “sistêmicas” das decisões ao avaliar que a melhor medida pragmática é fazer melhor para o caso em questão, aliada a restrição de que tal decisão não produza custos sistêmicos e insegurança jurídica, ele considera que os tribunais são conselhos de anciões sábios, não sendo desarrazoado entregar em suas mãos a responsabilidade de decidir casos. A crítica é no sentido de que é bastante fantasiosa essa visão, pois mesmo sendo “a melhor escolha” e se buscando limitar seus efeitos, ela vai ter efeitos sistêmicos sobre o sistema legislativo, agências do governo, litigantes buscando antecipar que posições poderão ter os juízes de um caso para o outro, insegurança jurídica, custos das decisões, ou seja, a discricionariedade judicial viva com todos seus efeitos. (SUNSTEIN; VERMULE, 2002, p. 21-22).

Diante da discussão proposta por este tópico, percebe-se que a construção da teoria da capacidade institucional passa pela avaliação do que se chama tradicionalmente de melhores teorias interpretativas. Nesse sentido, ficou demonstrado que todas elas foram formuladas para um judiciário ideal, e contam com propostas impossíveis de serem realizadas diante das falhas de sua capacidade institucional. Nesse contexto, pela análise dos autores várias espécies de limitação da capacidade institucional foram identificadas pela crítica institucional e que não passaram pelo crivo de seus criadores.

Podem-se identificar várias falhas como o relato fantasioso da capacidade institucional da *Common Law* formulado por Blackstone; a falta de análise de Bentham quanto às limitações dos juízes em compreender o princípio utilitarista e como tomar decisões que beneficiassem “a maioria das pessoas”; a resposta do discricionarismo judicial apresentada por Hart, quanto aos casos difíceis, que abre espaço para o decisionismo e insegurança quanto à segurança jurídica; a necessidade de se empreender objetivos legislativos por parte do Judiciário apresentada por Hart e Sacks que desconsidera o uso ideológico do Judiciário; a cegueira de Dworkin em não levar em consideração as imperfeições dos juízes

(falhas de ordem pessoal, intelectual, isolamento social etc.) e dos efeitos sistêmicos de uma ou outra abordagem da interpretação; a não avaliação de Eskridge sobre a capacidade cognitiva e social dos juízes em afirmar o que seria “obsoleto”, além de não levar em consideração os efeitos de suas decisões sobre novos valores em formação e atropelar processo legítimo de discussão destes no campo do Legislativo; a falta de informações sobre debates, posicionamentos, correntes e grupos que participaram da construção do texto constitucional ou legal para a realização de uma interpretação com base na intenção original do legislado previsto por Manning; e por fim, a impossibilidade prática de se controlar os efeitos dinâmicos das decisões judiciais proposta por Posner.

O que se demonstra por esta avaliação é que as “melhores teorias”, na realidade, são fruto de uma ampliação fictícia das capacidades do Judiciário, sem considerar que suas decisões estão sujeitas ao erro judicial e a efeitos dinâmicos negativos. Neste contexto, torna-se necessária uma avaliação crítica ao processo de judicialização sob a ótica das limitações institucionais, no sentido de buscar soluções para sua superação. Esse é o objetivo do próximo item desse trabalho.

3.4 A teoria da Capacidade Institucional de Sunstein e Vermule como mecanismo de superação das críticas à judicialização

O presente item trabalha a teoria da capacidade institucional sob a ótica de Sunstein e Vermule, e destina-se a analisar sua aplicação na superação das críticas já traçadas.

A capacidade institucional, sob a ótica dos autores, tem um caráter procedimental, ou seja, está mais preocupada em fazer uma análise da situação institucional que se encontram os juízes do que em fornecer modelos interpretativos. Ao final de suas considerações, observam que uma “segunda melhor teoria” fundada na realidade institucional torna-se mais viável de ser aplicada do que uma extremamente bem elaborada no campo das ideias. Nessa perspectiva, sua finalidade principal é ser instrumento de autocrítica de qualquer teoria que pretenda buscar a realização da interpretação judicial.⁵⁶

⁵⁶Faroni; Rangel (2011, p. 3) observam que “grande parte dos trabalhos dedicados ao tema do ativismo judicial no âmbito da interpretação constitucional se preocupou em determinar o verdadeiro papel democrático do Judiciário e, em especial, do Supremo Tribunal Federal (STF). Ao contrário, os intérpretes devem conhecer das limitações no campo prático de sua atividade. Com isto, torna-se

Nesse aspecto, os autores traçam uma dupla análise. A primeira, que está focada nas capacidades internas do órgão judiciário (intrainstitucionais); e, a segunda, que estabelece uma relação comparativa com outras instituições quanto a suas capacidades de tomada de decisões em casos específicos (interinstitucionais). Além disso, busca avaliar os efeitos dinâmicos das decisões judiciais junto à sociedade em geral. Analisando tais perspectivas, Arguelles e Leal (2011, p. 13-14) informam que a primeira se refere às “capacidades” de juízes e tribunais e pretende realçar as habilidades, recursos, condições e limitações concretas dessas instituições no exercício da função jurisdicional. Ela serve de base para se realizar recomendações e críticas à postura da instituição e a adoção de teorias interpretativas adequadas à sua realidade.

A ideia de capacidade intrainstitucional encontra-se presente na avaliação da evolução histórica dos modelos interpretativos realizada pelos autores. Neste sentido, é preciso avaliar de forma conjunta as limitações e instrumentos disponíveis ao Judiciário para sua interpretação para que não haja uma redução nem ampliação de tais elementos. O que se precisa numa postura institucionalista é que se identifique a real extensão de sua capacidade.

A perspectiva interinstitucional diz respeito à postura do Judiciário frente a outras instituições, ou seja, a relação dos efeitos dinâmicos de suas decisões sobre elas e a capacidade dessas realizarem sua interpretação normativa (a exemplo do Congresso Nacional, das Agências de Estado, de órgãos técnicos e especialistas em determinadas áreas). Aqui poder-se-ia levantar a questão sobre quem teria mais capacidade de realizar uma interpretação sobre uma determinada situação econômica, se o Judiciário ou o Cade – Conselho Administrativo de Desenvolvimento Econômico. Uma decisão judicial estaria mais apta a decidir sobre esse assunto? Quais os efeitos dinâmicos para a economia de uma decisão insuficiente ou errada que não leve em consideração a posição do Cade ou contrarie ela? Arguelles e Leal (2011, p. 7) avaliam que essa perspectiva da capacidade institucional se desenvolve em arranjos marcados pela pluralidade de atores judiciais e não judiciais, cada um com suas diferentes capacidades, recursos e mecanismos para fazer escolhas – seja entre decisões específicas, seja entre decisões sobre como tomar decisões.

necessário considerar suas próprias capacidades institucionais e evitar a ocorrência de efeitos sistêmicos negativos”.

Partindo dessa avaliação sobre os desdobramentos da teoria da capacidade institucional, questiona-se como essa teoria poderia propor soluções para superar as críticas à judicialização já destacadas.

Quanto à postura paternalista do Judiciário, sob a óptica institucional, pode ser identificada como uma autoampliação (fictícia) de seus poderes por meio da autointerpretação de seus institutos processuais. Uma das grandes falhas das teorias da interpretação é exacerbar o poder do Judiciário e acreditar que os juízes são sábios (Posner) ou Hércules (Dworkin). Tais visões geraram uma hipertrofia de seus poderes através de um processo endógeno de auto crescimento, isso tem como consequência uma incapacidade real de realizar os julgamentos necessários, ou mesmo cair no erro judicial. Para que uma instituição realize o referido processo de auto crescimento, basta agir por omissão (não consideração de algumas limitações) e ação (ampliação ficta de seus instrumentos de atuação)⁵⁷.

Arguelles e Leal (2011, p. 41) avaliam os limites intrainstitucionais em intrínsecos e extrínsecos: os primeiros atuam dos atores institucionais ao direito ou sua efetividade (má comunicação entre os atores, capacidade humana limitada de raciocínio, falta de recursos necessários, emoções, individualismo, egoísmo nos processos de argumentação etc.). Os segundos são do direito para os atores do processo (restrições cognitivas causadas pelo direito, como a necessidade de referibilidade ao material jurídico preexistente, as limitações do procedimento jurídico de tomada de decisão, ambiguidade normativa, conflitos entre intenção e texto, lacunas etc.). Nessa perspectiva, é bastante complexo uma instituição arvorar-se

⁵⁷ Nesta perspectiva, reforça Faron; Rangel (2011, p. 4): “o ativismo pode ser compreendido como um padrão de comportamento do Judiciário para solucionar conflitos particulares, e a intervenção em competências de outras instituições pode ser admitida como o critério central da definição deste conceito. O ativismo, portanto, constituiria um aspecto formal da atividade judiciária que pode levar a um desenho institucional de preponderância deste poder de Estado. Esse desenho seria a supremacia judicial e é possível verificar sua instauração a partir de critérios de ordem institucional. Com isto, um comportamento ativista ciente de suas capacidades institucionais e prevendo devidamente seus respectivos efeitos sistêmicos contribuirá para uma preponderância do Judiciário perante as demais instituições. Em outras palavras, favorecerá a ideia de supremacia judicial. Se a postura ativista não atender a estes critérios mencionados, o resultado poderá ser o oposto, ou seja, prejudicar este desenho institucional. O debate sobre diálogos institucionais, por sua vez, tradicionalmente opõe a supremacia judicial aos modelos dialógicos de atividade democrática, defendendo a existência, ainda, de uma perspectiva formal e outra material de diálogo. [...] quando esta atuação judiciária atende a suas respectivas capacidades institucionais e seus respectivos efeitos sistêmicos não geram danos a terceiros e são acolhidos pelas demais instituições, ainda assim é possível cogitar um destaque do Judiciário. Assim, embora haja a comum defesa de que diálogo institucional leva invariavelmente ao enfraquecimento deste poder, é possível observar que uma atuação de caráter cooperativo não afasta a possibilidade de certa predominância.”

como o superego da sociedade, devendo buscar sua atuação dentro das limitações do seu material humano e jurídico que encontra à disposição.

Da perspectiva interinstitucional, em várias situações, o Judiciário não é a instituição mais adequada para decidir questões que envolvam especialização técnica. Por exemplo, o caso do Cade, ou que envolva política internacional, como a decisão sobre extradição de um estrangeiro, ou quando haja amplos debates políticos, sociais, econômicos, ou para a implementação de políticas públicas etc. Tais exemplos demonstram que, em vários casos, ao Judiciário é necessário reservar-se e tomar posturas menos ativistas. Isso porque a sua capacidade intrainstitucional não consegue lidar com questões mais complexas do que aquelas que está acostumado a trabalhar. Uma decisão errada poderia causar uma série de efeitos dinâmicos sobre outras instituições, contra o cidadão, contra o sistema econômico e da saúde, contra o próprio Estado de Direito etc.⁵⁸

No Brasil, há vários casos de decisões que, aparentemente não consideraram a capacidade institucional do Judiciário e causaram efeitos desastrosos, v.g., a autorização da fosfoetanolamina, substância com pouco estudo e sem autorização da Anvisa – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, apenas por um apelo popular, o Judiciário autorizou (forma paternalista) sua distribuição. Como consequência, até hoje não se sabem os efeitos dinâmicos nos usuários, como o agravamento da doença, morte, infecções etc. Além do impacto orçamentário sobre uma instituição pública (laboratório da USP – Universidade de São Paulo), que foi obrigado a produzir, sem o devido preparo, orçamento, suficiência de material humano, fato este que pode ter prejudicado outras pesquisas com sua paralisação ou desvio de recursos. Outro ponto importante é a questão da segunda melhor teoria

⁵⁸ Sunstein; Vermule (2002, p. 31-35) chegam à mesma conclusão quanto à relação entre o Judiciário e as agências reguladoras. Há aspectos em que o Poder Judiciário, pela sua formação (de caráter generalista), deve ceder espaço para uma interpretação de órgãos mais especializados em determinados temas. Neste contexto, seguem algumas decisões do STF: Cade (Rcl 5780 DF; DJe-019 divulg. 01/02/2008; public. 06/02/2008) – uso da decisão do Cade como fundamento; Extradição (Ext 1085 Pet-AV, Dje 60, divulg. 02.04.2013, public. 03.04.2013 – Voto Min. Fux “Aplicável, aqui, a noção de *“institutional capacities”*, cunhada por Cass Sunstein e Adrian Vermule (...) - o Judiciário não foi projetado constitucionalmente para tomar decisões políticas na esfera internacional, cabendo tal papel ao Presidente da República, eleito democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do Estado no exterior” ; quanto à implementação de política públicas, foi analisado no tópico 2.3 que cabe ao Judiciário determinar a implementação por parte do Poder Executivo, de políticas públicas constitucionais e as já existentes criadas por este poder. Contudo, não cabe ao Poder Judiciário o gerenciamento da implementação de tais políticas, posto que ele não conta com um corpo técnico especializado destinado a esse fim. Nesse sentido, sua postura deve ser de determinar a implementação.

(“*second best*”)⁵⁹. Ela é fundamental como estratégia de segurança para as decisões, diante das instituições judiciais que temos⁶⁰. Neste aspecto, o formalismo ou textualismo é adotado pelos autores como a “*second best*” para a interpretação judicial. Sunstein e Vermule (2002, p. 27) dividem o formalismo em dois sentidos. No primeiro, seria uma justificativa para as decisões judiciais do ponto de vista conceitualista ou essencialista, por exemplo, a formatação do conceito Executivo ou Legislativo, ou fabricação ou comércio, legítima defesa ou estado de necessidade, lei ordinária e lei complementar etc. Um outro sentido seria uma estratégia de decisão particular de segunda ordem em que os tribunais utilizariam mais as regras do que outros padrões em nome da segurança jurídica, buscando entendimento comum sobre comandos constitucionais ou legais. Neste aspecto, as decisões não poderiam se basear em outras fontes, como princípios ou qualquer outra fonte diferente.

A virada institucional abraça essa segunda concepção de formalismo. Assim os tribunais devem privilegiar o texto da lei em nome de uma segurança jurídica, clareza nos comandos, inteligibilidade das regras. O juiz formalista nega-se à procura da intenção do legislador, hesita em declarar o texto em absurdo e estreita o

⁵⁹ Vermule (2007, p. 1 - 5), em sua obra “Mecanismos democráticos no design institucional” trabalha a questão da criação de mecanismos dentro das instituições, que podem ter a capacidade de complementar ou substituir mecanismos democráticos já existentes, visando a uma melhoria de outros mecanismos institucionais já existentes, na atuação destas instituições diante de suas demandas. É neste contexto que surge a proposta da teoria *second best*, que tem sua origem fundamentada na economia e significa que, quando um sistema econômico não encontra as condições necessárias para alcançar seus resultados pretendidos em razão da incapacidade fática para a referida realização, deve-se buscar a segunda melhor proposta que se adéque a essas condições para se conseguir um melhor resultado. A título de exemplo, ele fala da mineração, em que o ideal é que, dentro da livre iniciativa não haja poluição excessiva, mas ela é inevitável. Logo como segunda melhor solução, haveria um monopólio para evitar a concorrência desenfreada e o conseqüente aumento da poluição. Essa teoria se estende, dentro de uma lógica consequencialista, para os sistemas político e jurídico. Nesse último caso, o *design* institucional do Poder Judiciário impede que o mesmo realize uma interpretação e tome decisões com base nas teorias jurídicas tradicionais criadas para um Poder Judiciário ideal, dessa forma, é necessário que seja realizado um novo ajuste em seu *design* institucional com o incremento de mecanismos democráticos capazes de alterar institutos e mecanismos para a realização da interpretação possível diante de suas limitações. É importante observar que o incremento de uns mecanismos pode melhorar ou gerar mais custos ao Judiciário, fato este que deve ser analisado, além de suas conseqüências junto a mecanismos já existentes e o modo pelo qual estes passarão a atuar num novo arranjo institucional.

⁶⁰ Para Faron; Rangel (2011, p. 6): “a ideia do *second best* na interpretação aparece como uma proposta satisfatória para enfrentar casos que ofereçam maiores dificuldades de ordem decisional. As tradicionais teorias interpretativas, ao enfrentar tais casos, parecem não perceber a existência de questões institucionais e determinam regras direcionadas ao intérprete no plano ideal: trata-se do *first best* como um modelo interpretativo. Ao contrário, o *second best* seria uma teoria que chegaria o mais próximo possível do ideal, mas somente após passar por uma análise das conjunturas institucionais que cercam o caso em questão. Com surgimento deste novo enfoque na teoria constitucional, as formas anteriores de interpretação parecem carecer de parâmetros que aproximem suas técnicas à realidade”.

uso de fontes externas para a sua interpretação, inclusive a moral. Não é uma ingenuidade dos autores achar que os textos são claros, eles reconhecem que não, mas para eles, por razões consequencialistas, é melhor a adoção dessa estratégia. Eles deixam claro que esse formalismo, num sentido operacional, não é o mesmo adotado no sentido da justificação, ele não está vinculado a questões principiológicas abstratas como o sentido de democracia, jurisdição constitucional, processo legislativo, ou apelo à definição do que é direito (SUNSTEIN; VERMULE, 2002, p. 28).

A opção pelo formalismo é explicada pelos autores por dois argumentos: o desempenho interpretativo dos juízes e os efeitos sistêmicos de suas decisões. O primeiro visa evitar os erros de interpretação; o segundo busca minimizar os custos das decisões sobre a redação legislativa, as decisões administrativas, a sociedade em geral, o cidadão etc. A vantagem do formalismo sobre o antiformalismo é que este torna a interpretação mais complexa, ao acrescentar variáveis como a capacidade de gerenciamento da fonte de interpretação alternativas (história legislativa, objetivos sociais da lei, atualização dinâmica etc.) e ainda sobre os limites da informação judicial. Uma interpretação contextualizada num ambiente de pouco tempo e informações limitadas dá-se melhor negando essas alternativas que, muitas vezes, só estimulam o erro judicial. Outro efeito deste tipo de posição é sobre o comportamento do Legislativo, dado que este pode ficar mais cauteloso ao criar as regras⁶¹. (SUNSTEIN; VERMULE, 2002, p. 29)

É através da adoção do formalismo que se explica também uma forma de negar a aproximação do direito com a moral, que tem em Dworkin seu maior defensor. Paschoaline (2015, p. 71) observa que Sunstein tem duras críticas em

⁶¹Os autores realizam uma comparação entre a interpretação na Inglaterra e nos EUA: lá ela é muito mais rígida do que neste. O parlamento britânico é menos propenso a entregar discricionariedade para os juízes. Lá os juízes, ao aplicarem um estatuto, não se questionam se estão diante de um princípio ou uma política, mas simplesmente o adotam como regra. Contudo, o processo de elaboração dos estatutos passa por um importante processo de elaboração por um escritório parlamentar bastante especializado, de experiência considerada, e disposto a suprimir erros promovendo um estilo uniforme de elaboração. Para isso, ele se vincula intimamente ao estilo de julgamento dos juízes, além de providenciar alterações regulares em pontos que ficaram dúbios ou omissos em casos particulares. Nos EUA, ocorre todo o inverso: quem elabora não é especialista, não há uniformidade, profissionalismo, o Congresso só é um intermediador, o Judiciário é bastante plural e não há um *feedback* da atuação prática da lei ao caso concreto. Sendo assim não há um sistema de correções. Apesar desse contexto os autores consideram a visão de Posner errada ao se vincular a uma postura antiformalista e acham que a adoção do formalismo mudaria a postura do legislador americano dado que o sistema legal é altamente sensível às instituições, sendo que o debate do formalismo interpretativista busca uma transformação do Legislativo em vez do debate estereótipo no campo do Judiciário sobre questões como sobre a natureza da comunicação, democracia, princípios jurídicos.

relação a Dworkin: 1) a proposta de Dworkin de tornar o direito “o melhor que ele possa ser” pressupõe uma distinção muito nítida entre a identificação do que o direito é e a identificação de como ele pode ser visto à sua melhor luz. Dworkin, segundo Sunstein, supõe que podemos, antes de tudo, identificar o direito como algo a ser interpretado; isso repete o erro positivista de ver o direito como algo a ser encontrado. Em outras palavras, a crítica de Sunstein é identificar, na teoria de Dworkin, uma divisão da interpretação em duas etapas: a primeira etapa consistiria em identificar, de maneira preliminar, o que é o direito; e a segunda etapa, em reavaliar e especificar o que é o direito. Aí sim, com base em juízos de valor, para tornar o direito “o melhor que ele possa ser segundo uma leitura moral da Constituição”.

O interpretativismo dworkiniano, assim entendido, seria um interpretativismo “híbrido”, sujeito às próprias críticas que Dworkin fez ao positivismo; 2) a segunda crítica diz respeito ao que os juristas realmente fazem quando interpretam o direito. Segundo Sunstein, Dworkin escreve como se a melhor interpretação, no direito, fosse uma questão de filosofia política. Contudo, os juristas não tentam de modo tão abstrato procurar fazer do direito “o melhor que ele possa ser.” Mais adiante, o autor afirma que a abordagem dworkiniana, de um modo geral, não enfrenta as diversas deficiências institucionais do Judiciário (PASCHOALINE, 2015, p. 72).

Qualquer posição sobre o que os juízes devem fazer deve ser atenta a essas deficiências. Entre elas: (i) o fato de que o Judiciário é composto por profissionais do direito que vêm de um segmento particular da sociedade; (ii) a ausência de boas ferramentas de investigação de fatos; (iii) o seu isolamento de grupos e eventos relevantes; (iv) sua inabilidade de processar os efeitos sistêmicos de sua decisão (PASCHOALINE, 2015, p. 81). Contudo, no texto de instituições e interpretação, Sunstein e Vermule não acham que a teoria interpretativa de Dworkin como algo errado, mas acham que, diante de um contexto de incapacidade, ao invés de se adotar a melhor proposta interpretativa, é melhor adotar uma estratégia de “*second best*”.

Quanto ao controle da discricionariedade judicial e dos casos difíceis. Sunstein (2007, p. 2) trabalha a questão dos acordos parcialmente teorizados, que diante de uma sociedade complexa e plural, tornam possível a aplicação da Constituição. Podem ser divididos em duas espécies: acordos sobre formulações abstratas (liberdade de expressão, igualdade perante a lei etc.), fundamentais para a

Constituição como prática social, e acordos sobre doutrina e práticas particulares, que são cruciais para o direito e constituições existentes. O fato de ser parcialmente teorizados permite que a sociedade possa trabalhar em conjunto em termos de respeito mútuo em meio às divergências sobre o que é direito.

A fundamentação básica do autor é que as pessoas concordam com práticas constitucionais mesmo quando podem não concordar com as teorias constitucionais, ou seja, as ordens constitucionais que funcionam bem tentam resolver problemas através de acordos teóricos. Estes podem ser de mais a menos abstratos ou vice-versa, ou seja, uma pessoa pode discordar sobre o casamento homoafetivo (ponto específico) e concordar com o princípio da não discriminação (norma abstrata); as decisões constitucionais podem concordar com as abstrações sem concordar com o significado particular da abstração. (SUNSTEIN, 2007, p. 3)

Contudo, muitas vezes os acordos envolvem resultados concretos ao invés de abstração. Nos casos difíceis, as pessoas podem concordar que determinadas práticas podem ser constitucionais ou não, mesmo que as teorias subjacentes aos juízos sejam incompatíveis. Eles são incompletamente teorizados, pois aos participantes está claro o resultado (consenso) sem que necessariamente concordem com a teoria geral: diante de uma questão que envolva segregação racial, por exemplo, as pessoas podem concordar que a segregação do negro da sociedade é errada e, por vários motivos, que podem ser religiosos (mesmo que professem religiões diferentes), políticos (mesmo que tenham campos políticos opostos), humanitários (mesmo que partam de bases filosóficas diferentes), o que vale é que, ao final, todos convergem para a vedação da segregação (SUNSTEIN, 2007, p. 3).

O autor ainda afirma que não apenas com o resultado, mas elas podem concordar com princípios de baixo e médio nível, logo eles são adequados aos limites de muitas instituições, incluindo legisladores e tribunais. No caso da moral, há várias decisões morais que não necessariamente remetem a uma moral particular e nem as pessoas sabem a qual moral se refere, v.g., proibição de escravidão, cada pessoa com um voto, a desapropriação apenas com indenização. Juízos morais “certos e verdadeiros” podem ser alcançados por pessoas que não têm ideia porque as coisas são assim. O mesmo se aplica para a lei e a Constituição; um juiz pode saber que o governo não pode punir um comportamento religioso sem explicar porque esse princípio foi aceito como lei. Aqui, o autor propõe um ponto

epistemológico: “as pessoas podem saber que x é verdadeiro, sem saber porque x é verdade”, e isso se aplica para os julgamentos. No caso *Roe versus Wade*, o resultado foi: a proteção da escolha do aborto, mas os fundamentos foram muitos: para uns, foi pela jurisprudência, outros pelo princípio da igualdade entre homens e mulheres, outros pela privacidade, outros o julgamento reflete o papel social da religião e no fim a decisão é boa por questões pragmáticas e consequencialistas. (SUNSTEIN, 2007, p. 4)

Os acordos parcialmente teorizados surgem quando estas questões são levantadas. É um erro supor que, diante das teorias abstratas, haverá algum tipo de acordo. Quanto mais abstratas e mais complexas ficam as discussões, menos possível é o consenso. Contudo, mediante o acordo parcial, os intérpretes podem identificar escalonamentos possíveis podendo determinar o tamanho do acordo. O resultado do consenso reduz ainda mais a discricionariedade e a possibilidade de erro do juiz. (SUNSTEIN, 2007, p. 4-5)

Quanto à questão levantada sobre a falta de legitimidade democrática do Judiciário para rever os atos do Legislativo, ou a questão de sua intromissão em assuntos dos outros poderes através da judicialização da política, os autores realizam uma crítica ao *judicial review* e seus fundamentos criados no caso *Marbury versus Madison*. Para eles, há uma cegueira institucional na medida em que desconsideram o erro judicial e os efeitos dinâmicos da decisão dos juízes (SUNSTEIN; VERMULE, 2002, p.36). Isto porque o *judicial review* deixou de considerar uma série de questões estruturais e institucionais que envolvem o procedimento da revisão, baseando-se em argumentos estruturais e inferências frágeis. Como já dito, uma instituição pode expandir seus instrumentos de ação através de uma análise negligente de sua capacidade e ampliação ficta de seus instrumentos. Sendo assim, os autores analisam que a ideia central do *judicial review* é a de que a Constituição é a lei fundamental superior, devendo os tribunais derrubar leis que contrariem suas disposições; este argumento para o *judicial review* é falho, pois a Constituição também é norma superior em vários sistemas onde não existe o *judicial review*. Quando Marshall afirma que é dever do Judiciário dizer o que é ou não lei, ele oferece uma conclusão, não um argumento, para invocar a cláusula de supremacia, o que significa que uma lei, para ser válida, deve ser produzida de acordo com a Constituição. Contudo, esta cláusula não dispõe de forma expressa que o tribunal tem o poder de derrubar leis que considerem

inconstitucionais, aqui é um exemplo claro de ampliação da capacidade institucional através da interpretação. (SUNSTEIN; VERMULE, 2002, p.37)

Os argumentos de Marshall são fracos, e em nenhum outro lugar da Constituição encontra-se esse tipo de permissão, a atuação do Judiciário para a prática do *judicial review* deve ter necessariamente argumentos institucionais. Os autores avaliam uma falta de legitimidade histórica desse instrumento, pois a Constituição, de início, não era um documento jurídico usado pelo poder Judiciário para o controle de leis; eles afirmam que a natureza da Constituição era de uma lei popular que tinha por finalidade o controle dos atos dos governantes e era de responsabilidade do legislador dizer se uma lei era compatível com a Constituição sob a supervisão do povo. O Judiciário não tinha nada a ver com isso e agiria como intruso caso tentasse realizar esse controle, o ato de revisão judicial é um ato de resistência, dado que as noções fundamentais da formação dos EUA nunca trataram do tema. Para eles, limitações constitucionais não deveriam ser aplicadas por tribunais, mas como resultado de instituições republicanas e como um compromisso da cidadania para com o seu documento fundador (SUNSTEIN; VERMULE, 2002, p.37).

Sendo assim, eles levantam uma série de dúvidas quanto a *Marbury versus Madison* e, principalmente, quanto à supremacia judicial na interpretação da Constituição. Concluem que a revisão foi um substituto para o controle popular e para ser usada apenas quando houvesse uma clara inconstitucionalidade. Os autores argumentam que esse debate é importante, dado que não há que se contestar a supremacia da Constituição, contudo, a sua defesa via Poder Judiciário nunca foi clara existindo instituições mais adequadas para realizar esse ato (SUNSTEIN; VERMULE, 2002, p.38).

Em resumo, Sunstein e Vermule compreendem a atuação da jurisdição com uma certa restrição de legitimidade histórica e avaliam que sua atuação deve levar em consideração questões da capacidade institucional do Poder Judiciário e dos efeitos dinâmicos de suas decisões. Há vários arranjos institucionais que devem ser levados em consideração quanto à intervenção do Judiciário nos atos do Legislativo ou Executivo, e tais arranjos estão cercados por limites.

Arguelles; Leal (2011, p. 42) avaliam que os intrínsecos levam em consideração fatores subjetivos e objetivos.

Os fatores subjetivos são os méritos e deméritos de uma instituição que está relacionada à sua imagem perante outros atores institucionais e cidadãos. A confiabilidade de uma instituição é, nessa dimensão, determinada pelo sentimento de que ela é mais apta para decidir certas questões relativamente a outras.

Já os objetivos orientam-se no arranjo institucional desenhado e no aparato físico disponível para que uma instituição possa exercer as suas funções e realizar os seus objetivos. Uma possível explicação de sua importância decorre da crença de que o desenho institucional é um mecanismo sofisticado de administração de confiança e de desconfiança entre tomadores de decisão e que, por isso, é capaz de fornecer elementos não subjetivos para reforçar a confiabilidade ou compensar a desconfiança por trás de uma instituição. É como se fosse impossível inferir das regras de desenho institucional que, em relação à promoção de determinadas finalidades, o planejamento social “acredita mais na instituição X”, “desconfia mais da instituição Y” etc. É em função desses sinais e visando a administrar tais relações que o sistema jurídico é moldado (ARGUELLES; LEAL, 2011, p. 42). Por isso, a referência a aspectos institucionais objetivos visa mostrar que as decisões de certas instituições merecem credibilidade porque tanto o desenho como a realidade institucional estabelecem condições para que ela possa tomá-las da melhor maneira possível em comparação com outras instituições.

As capacidades objetivas podem ser concretamente definidas em função de dois grandes grupos: capacidades funcionais, relacionadas ao arranjo dentro do qual operam, às finalidades para as quais foram concebidas e às capacidades cognitivas efetivas dos seus principais atores (por exemplo, juízes, para o Judiciário, e deputados e senadores, para o Legislativo federal), definidas, sobretudo, em função da sua formação. Subdivididas em jurídicas e epistêmicas; as jurídicas com referência direta ao conjunto de competências e limitações específicas fixadas pelo desenho institucional da instituição; e as epistêmicas dizem respeito tanto às capacidades efetivas de assimilar e lidar com informações, que podem variar quantitativa e qualitativamente, como aos modos de processamento de informações desenvolvidos internamente.

Por fim, há também as capacidades materiais relacionadas ao aparato técnico-administrativo que a integra e aos recursos disponíveis para efetivar transformações. As capacidades institucionais materiais referem-se, assim, a elementos como a estrutura física, a quantidade e formação do corpo funcional de

apoio (assessores, escreventes, técnicos etc.), o orçamento disponível e tudo o mais que diga respeito à estrutura administrativa da instituição (ARGUELLES; LEAL, 2011, p. 42).

Diante do exposto no presente tópico, buscou-se demonstrar que o institucionalismo realiza propostas no sentido de buscar alternativas às críticas ao processo de judicialização. Foram analisados vários aspectos referente à teoria e como eles podem ser abordados numa perspectiva de superação de tais críticas.

No próximo capítulo, realizar-se-á uma análise sobre a aplicação das referidas teorias sobre a Recomendação nº 31/2010 do CNJ, se ela se destina a ser um instrumento procedimentalista que visa aplicar na prática a teoria da Constituição aberta de Peter Häberle, ou se, diante das complexidades das questões relacionadas à saúde, estaria o CNJ criando um instrumento capaz de suprir a incapacidade institucional do Poder Judiciário de tomar decisões que visem a reduzir o erro judicial e os efeitos sistêmicos negativos sobre o sistema de saúde.

4 A RECOMENDAÇÃO nº 31/2010 DO CNJ E SEUS INSTRUMENTOS: ABERTURA E DEMOCRATIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL OU SUPERAÇÃO DE SUA (IN)CAPACIDADE INSTITUCIONAL?

4.1 A audiência pública nº 4 do STF e o contexto de criação da Recomendação 31/2010 do CNJ

O presente item buscará entender o processo construção da Recomendação nº 31 de 2010 do CNJ. Para isso, analisar-se-á a Audiência Pública nº 4, realizada pelo STF entre os dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009 e como isso influenciou de maneira direta no seu conteúdo

Antes de falar sobre a Audiência Pública nº 4, é preciso realizar um trabalho de contextualização da situação política, social e jurídica que ela está inserida. Inicialmente, é preciso destacar, como já analisado, que o direito à saúde inscrito na Constituição é uma norma de eficácia plena, universal, gratuito, integral, participativo, descentralizado (regionalizado e hierarquizado). Essa norma em nossa

democracia tornou-se vetor de cidadania, propiciando uma melhor qualidade de vida para a população brasileira. Entretanto, o Estado sob um ponto de vista histórico-institucional não estava preparado para as demandas daí suscitadas. Dito de uma outra maneira, o Estado brasileiro, em toda a sua história, nunca reconheceu o direito à saúde de forma tão ampla, sendo sempre algo limitado à benevolência estatal, como caridade, ou vinculada a uma necessidade econômica⁶².

Guedes (2009) observa que as características da norma constitucional referente ao direito à saúde geraram complicações quanto à implantação das atividades de construção de um sistema “funcional” que contemplasse, além da integração de programas, a integralidade das ações de saúde propostas. Todavia, o SUS não é uma mera ficção jurídica. Ao contrário, dados mostram que ele apresenta um grande índice de ações, serviços, atendimento de caráter preventivo, reconstitutivo e repressivo, constituindo-se no maior sistema público de saúde do mundo em termos de volume de produção (CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE, 2011). Mas, apesar de sua grande atuação em termos de volume, o sistema é ineficiente, insuficiente, omissivo em muitos casos, fato este que até hoje tem gerado graves crises por todo o Brasil⁶³.

⁶² Um exemplo emblemático na história foi do sanitarista Oswaldo Cruz, que, em 1904, tentou combater a epidemia da varíola através da vacinação. Segundo Vargas (2008, p. 8), “numa ação policialesca, o sanitarista convocou 1.500 pessoas para ações que invadiam as casas, queimavam roupas e colchões, sem nenhum tipo de ação educativa. A população foi ficando cada vez mais indignada, e o auge do conflito foi a instituição de uma vacinação obrigatória, antivariola. A população saiu às ruas e iniciou a Revolta da Vacina, que acabou por afastar Oswaldo Cruz”. O fato demonstra que a imposição de políticas que visam ao combate a epidemias tinha uma função meramente econômica afirmando ao mercado internacional que os portos do Brasil e a cidade do Rio de Janeiro estariam seguros ao embarque e desembarque de navios que pudessem levar mercadorias ou trazer outras necessárias ao desenvolvimento econômico, no caso a saúde como uma questão meramente acessória à atividade econômica.

⁶³ Cotidianamente, os jornais dão notícias relacionadas a falta de atuação do Sistema de Saúde no atendimento da população. Na cidade de Campo Grande – MS, em 2005, diante de uma grave crise hospitalar, o jornal Correio do Estado deu algumas manchetes afirmando que o prefeito Nelsinho Trad tomava posse “de olho na crise hospitalar”, enquanto o Ministério Público “investiga se omissão provocou morte de ciclista”. Já a Santa Casa “mantém fechado o acesso principal ao pronto-socorro, onde a mulher acabou morrendo” e “No Hospital Regional, enquanto aguardam encaminhamento, pacientes ficam espalhados pelos corredores”. Posteriormente, foi dado que “Piora crise na Santa Casa: André e Orcírio juntam forças para curar Saúde”, sendo que a prefeitura “decretou situação de emergência no Sistema Único de Saúde (SUS) por período de 90 dias”. Além de uma grave crise no sistema de atendimento hospitalar, a imprensa também destacou problemas ligados ao atendimento da rede básica de saúde do município, pois “Centros de saúde enfrentam falta de médicos e de remédios”, e o “Sindicato admite falta de profissionais” (MENEGON, 2008, p. 33-37). Num clipping de algumas matérias publicadas pelo jornal Diário do Nordeste, pode-se observar os efeitos da crise no município. Recentemente uma reportagem intitulada de “Hospital Regional de Iguatu pode suspender atividades a partir do mês que vem” de 18/09/2015 informava que a administradora do hospital Thaís Lavor tinha uma indicação de fechamento do hospital pela “falta de repasse dos meses de junho, julho e agosto passados, no valor de R\$ 1,475 milhão” do município de Iguatu, que é o responsável direto pela manutenção financeira do hospital. Por outro lado, o prefeito de Iguatu Aderilo Alcântara

A judicialização, como fenômeno do Estado Democrático de Direito, aparece muitas vezes como alternativa à ineficiência do SUS. Soares e Deprá (2011, p. 317) analisam a evolução desse fenômeno em várias partes do país durante o contexto do início do século XXI. No Rio Grande do Sul, um dos primeiros estados brasileiros a apresentar casos de judicialização, havia mais de 18 mil pacientes demandando em 2002. No Rio de Janeiro, entre 2001 e 2005, o número de ações aumentou aproximadamente 350%.

Quanto à atuação do Judiciário e do STF, várias questões foram levantadas à época da audiência. Centrava-se na ideia de que não haviam critérios definidos, claros e específicos de como ele deveria atuar diante de tais demandas. Assim, poder-se-ia chegar a uma situação de, ao invés de ele corrigir distorções, chegar a agravar ainda mais as já existentes. A título de exemplo, pode-se falar em concessão de remédios fora da lista do SUS, determinação para que pacientes (em melhor estado ou não) furassem a fila de transplantes, que remédios ou tratamentos de valor exorbitante fossem ofertados etc. Neste sentido, ressalta Carli (2014, p. 301) que “o ativismo a partir apenas do sistema se converte em disfunção judicial. Logo, o ideal seria que todos os setores da sociedade estivessem comprometidos com a defesa dos direitos fundamentais [...]”.

Na Audiência Pública nº 4 do STF, foram ouvidos quase 50 especialistas que apresentaram informações a fim de subsidiar a posição da Corte quanto às questões que envolvessem a judicialização da saúde. A audiência foi dividida em seis encontros, devendo as instituições interessadas cadastrar suas teses para efeito de um processo de seleção. Tais instituições representavam à Administração Pública, à sociedade civil, à indústria farmacêutica e ao Direito. Ou seja, ela reuniu um corpo técnico qualificado por meio de diretores de grandes hospitais, médicos, indústria farmacêutica, universidades que produzem tecnologias da saúde, profissionais do SUS e gestores para dar uma melhor qualificação técnica aos ministros, a fim de que eles pudessem compreender o fenômeno em seus variados

informou que o valor é de R\$ 1,365 milhão, sendo R\$ 400 mil do governo federal, e pelo governo do Estado no valor de R\$ 390 mil, cabendo ao município de Iguatu, R\$ 575 mil dividido R\$ 320 mil são para custear despesas de pacientes locais e R\$ 254 mil para despesas com moradores das outras cidades (BARBOSA, 2015, p. 2). Observe-se que é dever dos municípios vizinhos o financiamento dos gastos com seus munícipes, já que a despesa do HRI é de responsabilidade solidária entre eles. É importante salientar que a crise não começou no ano de 2015. Em outra matéria do mesmo jornal de 23/09/2015, com o título “Crise pode fechar hospital de Iguatu”, fala-se que, além do atraso em questão, já havia desde 2014 um Termo de Ajustamento de Conduta - TAC entre a prefeitura e o Ministério Público para o parcelamento em “20 meses de uma dívida no valor de 2,2 milhões de reais decorrentes de transferência de recursos em atraso” (BARBOSA, 2015, p. 4).

aspectos. No primeiro encontro, dia 27 de abril de 2009, tratou-se do acesso às prestações de saúde como um desafio ao Judiciário. No segundo encontro, dia 28 de abril de 2009, discorreu-se sobre a responsabilidade dos entes da federação quanto ao financiamento do SUS. Já no terceiro, dia 29 de abril de 2009, abordou-se a gestão do SUS através da legislação e universalidade do sistema. No mês de maio, ocorreu o quarto encontro, dia 4 de maio de 2009, com tema voltado para o registro na Anvisa, protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS. O penúltimo, dia 6 de maio de 2009, foi sobre as políticas públicas de saúde e a integralidade do sistema. E por fim, dia 7 de abril de 2009, falou-se a respeito da assistência farmacêutica do SUS. (STF, 2009)

O conteúdo dos argumentos utilizados nos debates, para uma plateia de ministros do STF em número bem reduzidos,⁶⁴ podem ser agrupados em dois tipos, como observado por Machado e Dain (2012, p. 1027):

Os argumentos podem ser compreendidos como os meios utilizados pelos indivíduos para sustentar suas ideias a fim de persuadir ou convencer sua audiência. Interessante destacar que o mesmo tipo de argumento, por vezes, foi evocado ora para defesa, ora para ataque ao fenômeno da judicialização da saúde, como é o caso, por exemplo, de argumentos baseados no princípio da integralidade da saúde. Pode-se dizer que, antes mesmo da adoção de premissas específicas, seja a favor ou contra o fenômeno da judicialização no campo da saúde, foi possível identificar pelo menos as estruturas argumentativas por princípio e as estruturas argumentativas pragmáticas. Em cada uma dessas estruturas, não necessariamente excludentes, podem-se encontrar argumentos favoráveis e contrários. A primeira diz respeito à formação de um juízo sobre casos particulares a partir de regras gerais ou de disposições jurídicas abstratas, que objetivam o convencimento pelo uso da razão. A segunda refere-se a avaliações concretas e valorativas tomando em consideração os casos particulares, independentemente de referências a normas abstratas, que muitas vezes pretendem atingir o convencimento pela empatia. Em geral (há exceções, evidentemente), notamos que a primeira matriz argumentativa tende a ser utilizada com mais frequência por representantes da área do direito; já a segunda matriz tende a ser evocada, principalmente, pelos representantes da gestão dos serviços de saúde e pelos representantes de associações de portadores de patologias.

⁶⁴ Leal (2014, 342-343) observou que “um dos aspectos que mais chamam a atenção reside no – reiteradamente – baixo índice de comparecimento dos ministros, especialmente se se levar em consideração a complexidade dos temas abordados, cujas informações eram determinantes e essenciais para o julgamento. Além disso, é possível constatar-se que, tendencialmente, ademais do responsável pela convocação, são os mesmos julgadores que acompanham as sessões públicas, isto é, apenas uma parcela dos membros da Corte (que) demonstra abertura em relação às possibilidades de manifestação da sociedade trazidas por esse novo mecanismo de informação do juízo. Assim sendo, é de se questionar até que ponto as audiências realizadas no âmbito do Supremo Tribunal Federal brasileiro efetivamente têm cumprido com seu papel de potencialização do debate constitucional ou se funcionam como uma mera estratégia de caráter retórico, de legitimação mais formal do que material das decisões proferidas”. No caso da audiência pública da saúde, houve um baixo comparecimento de três ministros em suas reuniões.

É possível perceber que a audiência pública abordou o tema sobre dois aspectos, uma principiológica e outra qualificada. A primeira é importante para que os princípios constitucionais sejam moldados, limitados em sua extensão, definidos num significado, formados a partir daqueles que estão no seu dia a dia buscando sua aplicação. A segunda nasce das experiências e é complementar à principiológica na medida em que tais princípios podem ser moldados pelas práticas especializadas na área da saúde. É através dessa leitura que a presente pesquisa será norteadada para a análise de alguns temas da audiência, já que seu conteúdo será avaliado juntamente com os dispositivos da recomendação, buscando identificar a teoria que a fundamenta.

Machado e Dain (2012, p. 1027) avaliam que a discussão quanto aos princípios foi bastante utilizada pelos oradores. Os princípios do SUS e principalmente o da universalidade e o da integralidade tomaram forma dentro das teses que cada um buscou defender. Eles observam ainda que as teses contemplam, as instituições representadas pelos oradores, por exemplo, enquanto a totalidade dos usuários foi a favor da judicialização os gestores foram contra em vários aspectos⁶⁵.

O princípio da integralidade sofreu uma grande variação de sentido (vinculada a interpretação ligada a instituição do representante) sendo considerado para um secretário da Saúde como uma racionalização da oferta de serviços e melhoria dos gastos. Para um procurador, poderia sofrer limitações como a aprovação da Anvisa, além da obediência aos protocolos e diretrizes do SUS. Já para a comunidade científica, sua limitação passa pela medicina de evidências. Interessa observar que o princípio constitucional passa a ser interpretado a partir de determinações de órgãos ligados ao Poder Executivo, invertendo-se a lógica da interpretativa. O Grupo Hipupiara levantou a questão sobre a integralidade como um “conceito absoluto ou relativo”. Numa perspectiva de relativização o indivíduo poderia ficar sem determinados tratamentos que poderiam salvar a sua vida (MACHADO; DAIN, 2012, p. 1028-1030).

A coordenadora do ministério da Saúde, Maria Inês Gadelha (2009, p.1-2) trouxe um aspecto prático importante quanto à integralidade. Segundo ela:

⁶⁵ A pesquisa de Machado e Dain (2012) contempla uma avaliação sobre os argumentos utilizados pelos debatedores durante a audiência e sua relação com os interesses de suas instituições representativas.

Quando falamos da integralidade, não pensamos apenas em integralidade da assistência. Há de se pensar na integralidade do sistema, em si, que conjuga ações, atividades e políticas de promoção à saúde, de prevenção à doença, de terapêutica de doenças e de cuidados paliativos. De uma forma esquemática, observemos que a integralidade assistencial traduz muitas interfaces em que as duas principais, que são importantes para todas as áreas envolvidas, seriam a do diagnóstico e a dos cuidados paliativos. No geral, as demais se misturam de forma parcial, mas a grande diferença, em termos de integralidade, seria esta ligação entre o diagnóstico precoce e oportuno e o atendimento a pessoas que estejam em condições de necessidade de cuidados paliativos.

Tome-se a questão do câncer. Quando se fala em integralidade nesta matéria, deve-se considerar que ela representa diversas estruturas específicas. Dependendo da complexidade das estruturas, exigir-se-á mais ainda dos hospitais, pois, dependendo do tumor, deverão ser agregadas diversas áreas assistenciais e de integralização do tratamento clínico com o cirúrgico. Mesmo no clínico, tem que se integrar áreas específicas como:

modalidade de radioterapia, de quimioterapia, de procedimentos especiais, de medicina nuclear terapêutica, alguns procedimentos gerais além da cirurgia. Esse esquema serve para demonstrar como a quimioterapia, muito centrada ou basicamente centrada em medicamentos, também necessita de integração. Ela, isoladamente, ou medicamento isoladamente, pouco contribui para os resultados de taxas de mortalidade por câncer em um país. Coordenadora do MS (GADELHA, 2009, p. 3-4).

Percebe-se, pela avaliação da coordenadora do MS, que, ao se deparar com uma questão que envolva a integralidade, o juiz deve levar em consideração não apenas o aspecto de assistência medicamentosa, mas deve observar outros aspectos do sistema que são fundamentais para o tratamento.

A interpretação da universalidade traz agentes públicos com a questão da limitação dos recursos da saúde. Esta traria uma incompatibilidade entre a concessão de medicamentos caros para poucos pacientes e um sistema que deveria organizar recursos que poderiam ser utilizados por muitos (MACHADO; DAIN, 2012, p. 1030-1031).

A ideia defendida pelos representantes da Administração Pública foi a de que o princípio da universalidade está limitado pelo fator orçamentário, ou seja, é universal à proporção que se tenha orçamento para financiar o direito, sendo que uma concentração de recursos para poucos poderá prejudicar muitos pois os

recursos são finitos. Nardi (2009 p. 5-9) ao falar em nome dos municípios brasileiros, reforça essa crítica:

O cumprimento de ordem judicial ou orientação do Ministério Público leva a que pequenos municípios arquem com despesas para um único usuário, o que equivale ao recurso total destinado à atenção básica do seu município. Sabemos que os altíssimos recursos utilizados para o cumprimento de decisões judiciais de cunho individual e sem evidência científica, se investido no coletivo, em respostas científica e socialmente aceitas, dariam para ampliar o cuidado em saúde, beneficiando, assim, um número muito maior de pessoas. Defendemos que o usuário do SUS, como cidadão, tem toda legitimidade de buscar seu direito, inclusive por meio de ação judicial. Contudo, cabe à Justiça agir racionalmente. Para tanto, propomos o fortalecimento dos mecanismos de regulação para o uso de novos procedimentos terapêuticos de eficácia comprovada. Ignorar o avanço tecnológico não é aceitável do ponto de vista ético e científico, contudo, não se espera que qualquer novidade de mercado seja incorporada a uma lista gratuita.

A crítica está focada em dois pontos fundamentais: primeiro na decisão judicial que não leva em consideração as limitações orçamentárias que podem inviabilizar o sistema. O segundo é o tratamento experimental, sem comprovada eficácia pela medicina de evidência, sem índices, estatísticas de eficácia, protocolos de segurança e procedimento que garanta a saúde do paciente poder ser objeto de concessão quebrando a racionalidade do sistema. Um exemplo de intervenção desastrosa é o caso de pacientes que iam a Cuba para se tratar de uma doença chamada de retinose pigmentar, pois eram gastas

[...] verdadeiras fortunas encaminhando esses pacientes a Cuba sem a comprovação científica da sua cura. Para se ter uma ideia, entre 2003 e 2005, foram gastos em torno de um milhão de dólares com esses pacientes encaminhados a Cuba. E, no período de 1995 a 2005, tivemos em torno de 950 pacientes encaminhados para tratamento em Cuba, a um custo aproximado de vinte milhões de reais - só para essa patologia. A partir de 2005, fizemos um trabalho - e é esse apelo que quero fazer -, o Ministério da Saúde, o Poder Judiciário, a Advocacia-Geral da União, Colégio Brasileiro de Oftalmologia, e foi comprovada a ineficácia desse tratamento. Além disso, comprovamos, na rede pública, que, após o retorno desses pacientes, foram diagnosticadas graves lesões oculares. Então, além de não ter tido a cura, de não ter tido a melhora da sua doença, ainda foi constatado que eles tiveram consequências graves no seu encaminhamento para esse tratamento. E nós fizemos uma comparação. Com esse valor, ministro, gasto entre 2003 e 2005 - um milhão de dólares -, nós poderíamos ter atendido aproximadamente 3.830 pacientes para cirurgias de catarata, tendo restabelecido totalmente a visão desses doentes, ou seja, a cura total. (BERNARDO, 2009, p. 4-5)

Numa síntese do relato dos palestrantes, percebe-se que questões fáticas, científicas e orçamentárias podem oferecer limites aos princípios da universalidade e da integralidade. Quanto ao primeiro, a má gestão, por parte do poder público, dos recursos, assim como uma desastrada intervenção do Judiciário, poderá inviabilizar o atendimento de várias pessoas. Já o segundo identifica um limite em tratamentos baseados na medicina de evidências, e não na de “esperança”, incompatível com o Estado de Direito baseado na razão e racionalidade dos recursos públicos. Tais sopesamentos deverão ser levados em conta pelo juiz em seu julgamento sendo fundamental que tenha instrumentos disponíveis para absorver informações e dados necessários.

Sobre o uso do orçamento público como uma limitação aos princípios da universalidade e da integralidade, vários debatedores firmaram posição baseados no argumento do subfinanciamento da saúde. A conclusão dos que defendem esse argumento é que vidas poderiam ser sacrificadas em detrimento da maioria da população, pois a universalidade seria impossível de ser praticada por toda a sua extensão constitucional. É nesse aspecto que Guedes (2009, p. 10) ressalta que

a seguir esse raciocínio ao pé da letra, não há justificativa para que o Estado invista no tratamento de pacientes acometidos por patologias como insuficiência renal crônica, por exemplo, que gasta vultosa quantia com hemodiálise, transplantes, medicamentos para beneficiar um pequeno grupo da sociedade. Ato contínuo, alguém propõe que se os deixe morrer, economizando-se esse recurso para um maior contingente populacional. Expõe-se aqui o lado mais cruel da visão utilitarista.

A questão orçamentária é um argumento conhecido, pois todo direito social ou individual gera custos ao Estado, ainda mais quando tem pretensões universais. Contudo, no Brasil há subfinanciamento por parte do governo federal⁶⁶ e dos Estados.

⁶⁶ Quanto aos gastos com a saúde em 1995 representavam 0,72% contra 1,71% em 2014, um aumento de 0,99% o que é muito pouco se comparado ao aumento da população, da complexidade de novos tratamentos, aumento dos salários e da necessidade de investimento e expansão da rede federal do SUS (Lei 8.980/95; Lei 12.952/14; análise da seguridade social 2014.). Para a OMS o ideal é que os Estados que adotam uma cobertura universal, em maior ou menor medida para viabilizar essa universalidade, gastem 15% de seu orçamento em saúde (OMS, 2015, XV). No Brasil como visto a reponsabilidade para o financiamento da saúde é de todos os entes federativos união, estados, municípios. Dos anos de 2007 a 2009 numa média de 8,5% do Produto Interno Bruto (PIB) consumidos no País pela área da Saúde, entre os quais o setor público contribuiu com apenas 3,5% chegando a 3,9% em 2011 esse fato demonstra que o investimento público fica inclusive abaixo do investimento privado. Para o ano de 2014 a união gastou 4,2% do seu orçamento, esse dado contrasta ainda com os dados do Reino Unido que tem um sistema universal parecido com o do

O orçamento do Ministério da Saúde, em 2008, não alcança o de 1985, quando se utiliza o índice de inflação da FIP para o setor saúde. Se nós olharmos a parcela da seguridade que era destinada ao setor saúde, em 1995, tínhamos 22% do orçamento da seguridade; em 1998, tínhamos 18% do orçamento da seguridade; e no ano passado, tivemos 12% do orçamento da seguridade. Então, os recursos são decrescentes. Nesse período, a população cresceu 30 milhões de pessoas. O envelhecimento vem aumentando, e a incorporação tecnológica não tem precedentes. O sistema privado é sustentado por parcelas da sociedade, seja através de desembolso direto ou via planos de seguro de saúde que têm cálculo atuarial, de acordo com a assistência que presta. O orçamento do setor público nas três esferas de governo somadas é menor que o orçamento do setor privado. As tentativas de se vincular recursos para não depender da partilha do orçamento têm sido frustradas. (JATENE. 2009. p.10)

Esses números tornam-se mais claros quando confrontados com alguns dados coletados no DF quanto ao financiamento de medicamentos excepcionais.

Em 2007, foram investidos em medicamentos excepcionais R\$ 59,7 milhões, sendo R\$ 42,7 da União, incluindo recursos de outros programas, e R\$ 17 do DF. Em 2008, todavia, segundo apuração recente, houve uma redução de 50% (R\$ 29.786.421,73) no valor total empenhado em relação ao ano anterior. Apesar de a União manter praticamente o mesmo valor dos repasses, no programa, o DF aportou 66% a menos que no ano anterior. Ou seja, o DF investiu R\$ 11.239.844,06 a menos, em relação a 2007, ou, apenas, R\$ 5,7 MILHÕES, e a União, R\$ 24,2 milhões. Isso pode demonstrar porque estão faltando medicamentos no DF. Registre-se que o orçamento do DF para a saúde em 2008 foi de R\$ 1,7 BILHÕES, ou seja, referido Programa, de aquisição de medicamentos excepcionais, representa apenas 1,8 % de todo o orçamento (PEREIRA. 2009. p.2).

Sarlet trouxe uma importante contribuição para a atuação do Judiciário nessa questão. Para ele, deveria haver um controle da elaboração da lei orçamentária e posterior fiscalização da execução financeira da rubrica, numa tentativa de se buscar, dentro do princípio constitucional da razoabilidade, o respeito à discricionariedade administrativa. Nesta perspectiva,

Há estudos atuais comprovando, categoricamente, que a União não gasta em nenhuma rubrica orçamentária aquilo que foi disponibilizado pelo orçamento, inclusive na área da saúde. Há provas cabais de estados e municípios que não investem naquilo que foi imposto pela União no direito à saúde. Em termos de perspectivas – e vou-me encaminhando já para a parte final –, temos, evidentemente, aqui, a necessidade de reforma do sistema orçamentário, e não é o Judiciário que vai poder promover ativamente. Mas o controle judicial e também preventivo do orçamento, como um todo da sua execução, é um controle que o Judiciário pode fazer, mas também é necessário que quem o provoca invista mais intensamente

nessa perspectiva. Assim como o controle das informações sobre a execução do orçamento – que também alguns autores já têm tematizado muito bem no Direito brasileiro – são medidas que podem ser aperfeiçoadas e podem levar a uma melhor coordenação do sistema como um todo e minimização inclusive dos efeitos individuais. (SARLET. 2009. p. 9-10)

Mattar (2009, p.8) ainda reforça que

Com relação à previsão orçamentária. Mais uma vez reitero o argumento anterior. Entendêssemos nós que a simples ausência de previsão orçamentária para área da saúde impedisse a atuação do Poder Judiciário, a que levaríamos o dispositivo constitucional? A nada. Bastaria a um governante, que não tivesse a intenção de cumprir a norma constitucional, reduzir a previsão de orçamento para a saúde e aí estaria posta “por água abaixo” a garantia de todos os brasileiros.

O fato é que, diante da barreira orçamentária, num caso concreto, o juiz pode ter outros meios de atuação para superá-la. A fiscalização da execução orçamentária comparada com outros gastos menos prioritários como propaganda, eventos sociais do governo, festas etc. Pode ser uma saída como elemento de ponderação para o magistrado, para um julgamento mais eficiente.

Diante das questões apresentadas pela audiência nº 4 do STF e da necessidade de se criarem instrumentos de superação à problemática da judicialização, foi criada a Recomendação nº 31/2010. Seus instrumentos podem ser fundados na Teoria da Constituição Aberta ou Institucionalista, cada uma devendo ser adotada numa perspectiva própria.

A perspectiva háberleana traria uma maior necessidade de abertura da jurisdição, do ponto de vista democrático, para uma interpretação da comunidade científica, profissionais da saúde, administradores do SUS, associações e o cidadão usuário do sistema, como destinatário das ações prestacionais do SUS. A referida abertura poderia ser tanto num aspecto processual quanto extraprocessual.

Já para a teoria da capacidade institucional, o foco seria outro: passaria pela criação de instrumentos capazes de fornecer ao Judiciário um melhor entendimento sobre a realidade em que está inserida a saúde. Dessa forma, seriam necessários novos mecanismos que substituam, ou potencializem, os funcionais já existentes previstos no arranjo constitucional, legal, regimental e infra legal, ou os ligados à sua capacidade interinstitucional como a cognitiva dos juízes, sua infraestrutura auxiliar, como servidores e equipamento. Além de ampliar sua relação com instituições mais especializadas (CFM, Anvisa, CFF, CRF, MS, conselhos municipais, estaduais,

nacional de saúde etc.) numa tentativa de aprimorar e especializar o conhecimento do magistrado sobre as práticas de saúde.

É nesse contexto que a presente pesquisa parte, no tópico seguinte, para demonstrar qual das teorias (ou se são as duas) encontram-se alinhadas com a Recomendação nº 31/2010 do CNJ e seus instrumentos.

4.2 Recomendação nº 31/2010 do CNJ: entre a virada institucional e a abertura dos intérpretes

O último item deste trabalho destina-se a avaliar os fundamentos da Recomendação 31/2010, se ela se destina a ser um mecanismo de expansão da capacidade do Poder Judiciário ou se consiste num instrumento destinado à abertura da jurisdição constitucional aos intérpretes em sentido lato, ou seja, a comunidade especializada na área da saúde como médicos, farmacêuticos, administradores públicos, além dos cidadãos, para que estes possam se manifestar num espaço democrático de atuação na interpretação da norma constitucional.

A Recomendação é fruto direto da Audiência Pública nº 4 do STF⁶⁷, pois percebe-se uma total concordância entre os temas debatidos, as teses apresentadas e defendidas com seus dispositivos. Nesta perspectiva, pode-se afirmar que ela é fruto do processo de abertura no qual todos contribuirão como intérpretes em sentido lato do texto constitucional, visando fornecer elementos ao STF para a realização da interpretação constitucional *stricto sensu*. Neste contexto, percebe-se uma forte influência da sociedade aberta de Peter Häberle.

O processo de abertura pode ser identificado na abertura da audiência quando se coloca que ela “[...] objetiva esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas decisões judiciais sobre saúde” (MENDES, 2009, p. 2). Ou seja, ela visa abrir a interpretação do texto constitucional para apreciação por daqueles que vivem a Constituição, pois

a Carta Política de 1988 constitui uma ordem jurídica fundamental de um processo público livre, caracterizando-se, nos termos de Häberle, como uma “constituição aberta”, que torna possível a “sociedade aberta” de Popper, ou uma “constituição suave” (mitte), no conceito de Zagrebelsky, “que permite, dentro dos limites constitucionais, tanto a espontaneidade da vida social como a competição para assumir a direção política, condições para a sobrevivência de uma sociedade pluralista e democrática (MENDES, 2009, p. 9-10)

⁶⁷ Almeida (2013, p. 18) observa que “os reflexos imediatos da Audiência Pública, que resultaram na edição da Recomendação nº 31 do CNJ e da publicação da Lei nº 12.401/2011”

Esse processo de abertura fundamenta-se porque:

a judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo (MENDES, 2009, p. 2)

A necessidade inicial surgiu para atender aos juízes de primeira instância que estão na luta diária com pedidos de tutela antecipada e que não têm condições de lidar com questões técnicas, específicas do campo médico, orçamentário, financeiro e de escolhas políticas dos gestores públicos⁶⁸. Dessa forma, que, desde o início da audiência pública, ela buscou identificar questões técnicas que limitam o entendimento do juiz sobre a judicialização da saúde, pois

Este é o drama que se coloca e que nós vemos muitas vezes, porque os pedidos, em geral, formulam-se inicialmente em sede de decisão de tutela antecipada ou de cautelar, e o juiz se vê às voltas com um sopesamento, com uma ponderação extremamente complexa que há de se fazer de imediato, praticamente sem que se tenha tempo de fazer maiores pesquisas ou estudos, o que justifica ainda mais a necessidade desse processo sofisticado de racionalização que estamos tentando fazer no âmbito desta Audiência Pública. (MENDES, 2009, p. 6)

O resultado foi que a proposta inicial logrou êxito através da identificação de vários problemas enfrentados pelo Judiciário e da necessidade de se criarem instrumentos capazes de capacitá-lo, em vários sentidos, para que o juiz (principalmente o de primeira instância) possa realizar um juízo de valor fundamentado não apenas em conceitos jurídicos, mas também em elementos práticos que atuem de forma determinante sobre a interpretação do direito à saúde.

⁶⁸ Em reunião, no dia 18/06/2015, por ocasião do I Workshop do Comitê Interinstitucional de Resolução Administrativa de Demandas de Saúde (CIRADS), cerca de 80 participantes entre magistrados, defensores, promotores, e demais operadores do direito vieram discutir as dificuldades dos juízes. Na ocasião, levantaram-se várias questões, dentre elas, “a falta do apoio técnico na área da saúde para auxiliar na apreciação de questões levadas ao Judiciário e a dificuldade no julgamento de ações coletivas pela restrição da tabela de classificação das ações estabelecida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em que não é possível separar as ações civis públicas individuais, homogêneas e coletivas, o que gera dados incorretos no sistema”, além das dificuldades identificadas por Ramiro Nóbrega (defensor geral DF) que ressaltou as dificuldades de o Judiciário decidir nas situações em que não há políticas públicas de saúde para determinados tratamentos médicos. Ele disse que as pessoas que têm doenças raras, por exemplo, sofrem porque o tratamento não tem protocolo, não está estabelecido. Então, como o juiz vai determinar um tratamento que não tem protocolo? Nestes casos, o juiz pode determinar a perícia para se chegar ao tratamento. Em <http://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/imprensa/noticias/Informes/6685-I-Workshop-discute-melhorias-nas-acoes-de-saude.xhtml>. Acesso em: 15.01.2017.

A audiência identificou várias limitações e fragilidades do Judiciário, não só de ordem fático-empírica, mas também quanto a questões ligadas ao sentido e extensão do direito à saúde por parte dos juízes. Neste sentido, a Recomendação cria vários mecanismos de expansão da capacidade do Judiciário visando ampliar seu entendimento quanto aos efeitos sistêmicos de suas decisões.

A partir dessas observações, pode-se afirmar que sua finalidade se liga à teoria da capacidade institucional de Cass Sunstein e Adrian Vermule, e não à perspectiva democrática de Peter Häberle, pois a Recomendação tenta legitimar o juízo de valor do magistrado pela superação de falhas e limites institucionais que causam grandes controvérsias às decisões dos juízes. Em síntese, ela é fruto de um processo de abertura, porém, este não se encontra incorporado ao seu texto.

Tomando por base a audiência, percebe-se a simetria entre as considerações feitas no início da Recomendação e os gargalos enfrentados pelos juízes e identificados nos debates, sendo eles:

a) elevado número de processos judiciais sobre o tema da saúde tramitando em todo o Poder Judiciário; b) a relevância dessa matéria em relação à dignidade da pessoa humana; c) necessidade de prévia análise e registro da Anvisa para a comercialização de medicamentos no Brasil, nos termos do art. 12 da Lei 6.360/76 c/c a Lei 9.782/99; d) a necessidade de se ouvir os gestores antes das decisões que afetem o sistema de saúde, além de se prestigiar a capacidade gerencial e políticas públicas já existentes; e) acompanhar pessoas que serviram de cobaias para testes de remédios e foram abandonadas pelos laboratórios; f) necessidade de se ouvirem especialistas da área médica quanto jurídica sobre as políticas públicas já existentes e a sustentabilidade do SUS; g) necessidade de se proceder estudos sobre novas medidas destinadas ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional em matéria de assistência à saúde. (CNJ, 2010)

Todas essas considerações são frutos da análise de um processo de abertura e que ingressaram no corpo da recomendação. Contudo, elas não indicam a necessidade de criação de um documento capaz de proceder como um *modus operandi* similar ao da audiência. Dito de outra forma, as considerações não sugerem que a solução da judicialização passa pela adoção da teoria da sociedade aberta ou da adoção do *status activus processualis*. Portanto, a Recomendação é um reflexo das conclusões da audiência pública, porém, não é a continuidade de um processo aberto e democrático de interpretação da norma constitucional.

A recomendação visa mais garantir uma legitimidade formal às decisões do que viabilizar um processo de abertura⁶⁹. O pensamento häberliano, já analisado, propõe algumas questões como forma de superação às críticas à judicialização desenvolvidas por este trabalho. Senão vejamos: 1) diante do desenvolvimento da jurisdição constitucional no quadro do Estado Democrático de Direito, não é mais possível que o Judiciário seja o único interprete da Constituição, devendo ela ser aberta para outros possam adequar o seu sentido às transformações culturais da comunidade. Isso passa pela construção de um instrumento que viabilize a interação entre os membros da sociedade aberta. Esse deve ser guiado pelo princípio da democracia participativa e publicidade; 2) o juiz não é o detentor da moral e dos valores da comunidade, esta é formada a partir de um aspecto procedimental vinculado a formação de uma opinião pública qualificada que atualize a norma. Esse debate, que deve ser realizado com base na cultura de uma comunidade, deve ser utilizado para delimitar a discricionariedade judicial, funcionando como um elemento de legitimação e fundamentação democrática da decisão; 3) é preciso que os atos do Poder Judiciário ganhem legitimidade democrática através da inclusão da participação do cidadão, além de órgãos públicos, associações, sindicatos, representantes da economia, política, ciência, artes, medicina etc. Com seus conhecimentos de vida e suas experiências quanto a assuntos nos quais eles podem emitir uma opinião qualifica, a participação política dos sujeitos envolvidos deve ser no sentido de se buscar a concretização dos direitos fundamentais, e em particular os direitos sociais que carecem de uma maior conformação do seu conteúdo; 4) o Judiciário não é um legislador positivo e não cria o texto, mas deve participar juntamente com os intérpretes em sentido amplo da construção da norma, partido de um ponto de vista democrático, ele pode participar do controle de políticas públicas que, a priori, numa visão clássica da separação dos poderes, seria de outros.

Feitas estas considerações quanto as diretrizes da Teoria da Constituição Aberta de Häberle, percebe-se que esta não foi a tônica da redação do texto da recomendação. As duas primeiras considerações expressas tratam do elevado número de processos judiciais sobre o tema da saúde tramitando em todo o Poder

⁶⁹ Em sentido parecido Leal (2014, p. 344) identificou os efeitos das audiências públicas já realizadas sobre os ministros do STF, para “[...] ela os ministros encontraram na audiência pública mais uma possibilidade de validação e de legitimação formal da decisão do que propriamente um elemento de informação e de pluralização do debate constitucional”.

Judiciário e da relevância dessa matéria em relação à dignidade da pessoa humana. Diante deles, não é possível demonstrar qual teoria foi absorvida pela recomendação, pois ambas podem ser aplicadas como mecanismos de superação de algumas das principais críticas formuladas ao processo de judicialização. Uma por uma visão voltada para a democratização da jurisdição constitucional (sociedade aberta) e outra como um mecanismo de análise da capacidade institucional do Judiciário e dos efeitos dinâmicos de suas decisões.

Häberle (2003, p. 1) adota a Dignidade da Pessoa Humana como um dos fundamentos do seu Estado Constitucional, sendo a base dos direitos de cidadania, dentre eles o direito de participação através do *status activus processualis*. Logo, a Recomendação poderia ser fruto do desenvolvimento desse *status activus processualis* e instrumento à disposição do cidadão para realizar a interpretação da norma constitucional num caso concreto, constituindo assim um elemento de superação de várias questões já levantadas quanto à judicialização

Por outro lado, a teoria institucional não trata diretamente desse aspecto, pois os autores evitam o debate de princípios amplos e de aspecto abstrato, inclusive criticam Dworkin e outros autores que buscam a criação de um sistema interpretativo idealizado baseado em tais conceitos, além de identificar o formalismo junto com os acordos parcialmente teorizados como a *second best* forma de interpretação e que deveria ser adotada pelos tribunais. Contudo, Sunstein (2008, p. 10) salienta que compromissos fundamentais devem ser absorvidos pelo Judiciário, mas quanto àqueles firmados contra fatos, a lógica ou compromissos constitucionais como a dignidade da pessoa humana, ocorre a necessidade de contestá-los e rejeitá-los a título de acordos teorizados.

A teoria institucionalista apresenta-se mais clara, num segundo momento, quanto o CNJ manda

I. Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que: a) até dezembro de 2010 celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais; (CNJ, 2010)

Os leitores menos avisados podem imaginar que a assertiva trata de uma democratização e ampliação do rol de intérpretes constitucionais, numa visão

haberliana. Ou seja, a sociedade aberta busca trazer intérpretes, em sentido amplo, para que, através de suas experiências, possam realizar uma interpretação capaz de atualizar a norma constitucional, adequando está à realidade daqueles que vivem a norma. Em contato com o texto acima, poder-se-ia entender que a celebração de “convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico” ao magistrado através do ingresso de médicos e farmacêuticos para esclarecer questões ligadas à área clínica seria uma espécie de abertura à comunidade médica ou farmacêutica tivessem acesso a um debate capaz de subsidiar o juiz em sua interpretação *stricto sensu*. Contudo, o que ela apresenta é uma perspectiva meramente voltada à coleta de informações técnicas. No caso, não há um espaço criado pela recomendação para a realização da interpretação da norma constitucional por parte da comunidade médica e farmacêutica, o que há é um mero apoio técnico a fim de legitimar a decisão do juiz, conferindo-lhe novos elementos externos aos conceitos jurídicos, capazes de lhe auxiliar na formação de um juízo de valor.

Outro ponto importante é que a jurisdição não se torna um espaço para o exercício da cidadania, a Recomendação não se preocupa em buscar a efetiva participação do cidadão no debate relacionado à saúde. Associa-se a isso, o fato de que o dispositivo não cria mecanismos de publicidade e transparência sobre o procedimento de solução do conflito. Desta forma, o cidadão está à margem da possibilidade de trazer suas impressões quanto às normas constitucionais envolvida no caso concreto. Diante deste contexto, não há que se falar em legitimidade democrática da decisão do juiz, mas em ampliação de sua capacidade subjetiva dos conceitos médicos ali discutidos.

Diante do exposto, pode-se identificar a adoção da teoria institucionalista por vários motivos. Num primeiro momento, é preciso observar que a audiência pode ser apresentada como um instrumento de avaliação das reais capacidades do Judiciário para tratar de temas ligados à saúde. Ou seja, ficou demonstrado que juízes contam com poucos instrumentos capazes de reunir elementos necessários para realizar um juízo de valor que evite o erro judiciário. Nesse aspecto, há diversas limitações intrínsecas (juízes emotivos face a situação do paciente, falta de perícia processual, não conhecimento por parte do juiz e de seus auxiliares sobre a matéria levantada, escassez de servidores, morosidade do processo dentro das secretarias, desconhecimento por parte do magistrado do direito sanitário etc.) e extrínsecas (limitações processuais de procedimentos, normas de direito material escassas e

ambíguas, norma constitucional genérica e abstrata, falta de consenso sobre o conteúdo dos princípios constitucionais relativos à saúde etc.).

Num segundo momento, quando comparado com outras instituições para tratar de questões relacionadas à saúde como CFM, CRM, universidades, centros de pesquisa, CFF, CRF, Anvisa, MS, secretarias da Saúde etc. Percebe-se que elas são dotadas de uma melhor capacidade institucional interna e podem fornecer conceitos mais técnicos que auxiliem o chamado juiz generalista. Neste sentido, os conselhos de medicina têm condições de avaliar se determinado caso é passível de ser tratado com o tratamento “a” ou “b”, a Anvisa tem melhores condições para definir quais as substâncias poderão ser utilizadas pelos pacientes considerando o critério de eficácia e segurança, os conselhos de farmácia podem definir quais remédios mais baratos e com a mesma eficácia poderão substituir os solicitados pelos pacientes, o Ministério da Saúde poderá fornecer protocolos mais satisfatórios para a realização dos tratamentos.

A adoção de um diálogo interinstitucional é fundamental para o Judiciário, pois através da inter-relação com outras instituições especializadas, ele poderá ampliar sua capacidade interna e, por conseguinte, solucionar problemas da judicialização identificados pelo institucionalismo. São eles: a) limitar a discricionariedade judicial; b) reduzir a possibilidade do erro judicial e c) evitar efeitos dinâmicos negativos da decisão.

A questão da superação da discricionariedade judicial dentro do processo de judicialização foi abordada na presente pesquisa, nos subitens 3.2 e 3.4, e chegou-se à conclusão de que tanto Perter Häberle quanto Sunstein e Vermule trazem soluções para este caso.

A utilização da moral da comunidade política é tratada por Dworkin através do juiz Hércules. Acontece que, pela análise da teoria haberliana, esta pesquisa identificou que o juiz não é o detentor da moral e dos valores da comunidade, ela é formada a partir de um aspecto procedimental vinculado à formação de uma opinião pública qualificada que atualize a norma. Esse debate deve ser realizado com base na cultura de uma comunidade, e o resultado deve ser utilizado pelo juiz. Aqui identificamos um mecanismo de limitação da discricionariedade judicial, funcionando como um elemento de legitimação e fundamentação democrática da decisão para a formulação de um juízo de valor por parte do magistrado. Entretanto, a Recomendação não cria um espaço plural para a realização desse confronto entre

os diversos segmentos da sociedade, mas dá poderes de “gerente” do processo ao juiz para que ele possa esclarecer questões técnico-científicas, por meio de uma expansão de sua capacidade interinstitucional, e formar seu juízo de valor. Aqueles convocados pelo magistrado são orientados a se restringir ao que for solicitado por este, não adentram no conteúdo da Constituição ou de qualquer questão que envolva a interpretação normativa a partir de suas experiências.

A limitação da discricionariedade judicial, seguindo a proposta formalista, pode ser identificada com a necessidade de vinculação das decisões à apreciação de laudos médicos-farmacêuticos, ou seja, leva-se em consideração um elemento objetivo (como o texto da lei) para avaliação e se reduz a subjetividade do magistrado baseado em fatores como a medicina de esperança e informações desconhecidas sobre doenças e medicamentos.

A terceira consideração diz respeito à necessidade de se realizar uma prévia análise e registro da Anvisa para a comercialização de medicamentos no Brasil. Essa questão de medicamento e sua concessão foi algo bastante debatido na audiência pública e é um dos pontos centrais da Recomendação, não apenas em suas considerações, mas também nos dispositivos de seu corpo quando afirma

“I. Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que: b) orientem, por meio das suas corregedorias, aos magistrados vinculados, que: b.1) procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata; b.2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei;[...] b.5) determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas. (CNJ, 2010)

O dispositivo orienta que, por meio da inter-relação institucional, amplie-se a capacidade interna do Judiciário através do conhecimento especializado de outras instituições. Estas, pelo seu desenho institucional, podem tratar melhor das questões centrais que envolvem a judicialização da saúde. Ou seja, é como se o Judiciário criasse “tentáculos” e absorvesse o posicionamento de tais instituições por meio de sua capacidade técnica e aplicasse uma visão mais qualificada na interpretação das normas jurídicas. Essa relação dá-se tanto com instituições da área médica quanto com órgãos públicos da Administração direta ligados ao Poder Executivo.

Um dos pontos centrais que envolveu os debates foi o fornecimento de remédios e de tratamentos. O SUS é um sistema racionalizado, organizado e financiado pelos entes políticos da federação. Dessa forma, uma intervenção desastrosa do Judiciário pode interferir em toda a lógica montada por esse sistema. Nesse ponto,

[...] a judicialização indiscriminada no fornecimento de medicamentos à população, geralmente em sede de cognição sumária, representa sério risco à organização e ao planejamento das políticas públicas para a área da saúde. É isso o que a União vem defendendo em juízo, que há uma interferência do Poder Judiciário junto às políticas públicas na área de saúde. A elaboração dessas políticas públicas pressupõe o estabelecimento de escolhas. Sendo assim, o fato de o Poder Público apontar os medicamentos e tratamentos que serão fornecidos à população não induz, por si só, a conclusão de que se está diante de intolerável e inconstitucional limitação ao direito à saúde. Antes, indica que se está por estabelecer garantias de acesso aos serviços de saúde disponíveis, cuja segurança e eficácia já foram verificados. (TÓFFOLLI, 2009, p.3)

Quando uma questão envolve o fornecimento de remédio, a primeira coisa que o magistrado deve saber é que existem polícias públicas organizadas para a distribuição de medicamentos. Por isso, Barroso (2009. p.6) avalia que “se alguém vai a juízo postular um determinado medicamento ou procedimento, simplesmente porque não existe uma política pública em relação àquela necessidade, ou a política pública é manifestamente inadequada [...]” torna-se necessário um conhecimento do Judiciário sobre políticas públicas nacionais, estaduais e municipais. Jatene (2009. p. 6) afirma que “quando analisados os itens objetos das decisões judiciais em São Paulo, verificamos que 60% dos pleitos seriam atendidos nos programas de políticas públicas, fazendo parte da distribuição regular”. É sobre esses programas de distribuição de medicamentos que o magistrado deve ter conhecimento prévio para que possa determinar a utilização da estrutura que já existe e à disposição, ao invés de determinar a compra de outros medicamentos com os mesmos efeitos dos já existentes.

Ainda em se tratando de políticas públicas, é preciso destacar que algumas sofrem limitações de ordem prática do dia a dia administrativo, e tais limitações devem ser consideradas para que se possa garantir a aplicação dessas políticas. Assim, considerando que o sistema opera por meio de escolhas, as decisões do Executivo devem ser levadas em consideração pelo magistrado para sua tomada de decisão. Nesse aspecto

É fundamental, portanto, que haja uma seleção de quais fármacos serão fornecidos pelo SUS, a fim de que não haja desperdício de verbas públicas com o fornecimento de medicamentos não eficazes ou não efetivos à saúde dos usuários. A preocupação dos gestores do SUS com a excessiva judicialização é com o fornecimento de medicamentos e tratamentos não contemplados nas políticas de saúde. Primeiro, porque resulta em ingerência indevida do Poder Judiciário em esfera precípua dos demais poderes do Estado (Estado-Administração); segundo, porque cria nova modalidade de beneficiários, qual seja? Aquela que possui uma liminar e, com isso, terá tratamento preferencial; terceiro, porque altera a distribuição de recursos, desvia o orçamento destinado a cobrir os tratamentos básicos para as hipóteses não amparadas, sujeitos os menos favorecidos a um sistema em piores condições. (TÓFOLLI, 2009, p. 5-6)

Neste contexto, há uma preocupação não só da Administração Pública, como também da comunidade científica nacional quanto à determinação judicial de compra ou de realização de tratamento que ainda não foram aprovados pela Anvisa e incorporados pelo SUS. Isso devido a vários fatores, dentre eles: primeiro, eles não passaram por um processo rigoroso de avaliação de segurança e eficácia; segundo há aqueles que passaram e não foram incorporados pela lista de remédios do SUS (ex: disparidade de preços entre remédios com a mesma função e eficácia); terceiro, há remédios que foram aprovados, mas não têm um efeito adicional ao já existente na lista; e quarto, pela falta de atualização da lista, caso em que caberia uma concessão da tutela judicial ao paciente.

Para a correta compreensão dessas questões, é preciso entender como ocorre o processo de incorporação de medicamentos à referida lista. Nesse sentido, Beltrami (2009 p. 7-8) explica que

Quando um procedimento, medicamento ou insumo é incorporado ao SUS, seu uso é massificado e ganha larga escala, tendo em vista especialmente os seus potenciais usuários, que são os mais de cento e oitenta milhões de brasileiros. Desta forma, a incorporação de tecnologias está diretamente relacionada à alocação de recursos, e é preciso ter em mente que os gastos dela recorrentes devem e precisam ser suportados por toda a sociedade. Assim são necessários critérios claros para determinar a incorporação de novas tecnologias. E, uma vez incorporadas, é imprescindível o estabelecimento de protocolos para a utilização para orientar a sua aplicação de forma racional e com impacto positivo sobre os resultados finais de saúde. O processo de incorporação não pode se curvar a pressões corporativas, industriais e mercantis, que muitas vezes manipulam a esperança dos que sofrem e, valendo-se da boa-fé de doentes e juízes, provocam equívocos que prejudicam pessoas, desperdiçam recursos públicos e acabam por expor o País. Além disso, é preciso esclarecer que o registro de um medicamento na Anvisa não significa sua incorporação compulsória no SUS; significa que pode ser comercializado por atender, entre outros, os requisitos mínimos de segurança biológica e de eficácia terapêutica - importância essa que foi muito bem salientada por Sua Excelência o Procurador-Geral da República, nesta Audiência. Nenhum

sistema público de saúde do mundo incorpora todas as alternativas terapêuticas existentes no seu mercado. Assim, todo o processo de incorporação deve observar as normas que disciplinam a validade técnico-científica e o acesso igualitário à saúde. A inobservância desses princípios pode gerar distorções, desigualdades, comprometer a estruturação e a funcionalidade do sistema de saúde. Diante de tudo isso, destaca-se o acerto e a relevância das questões postas por esta Corte no ato convocatório dessa audiência.

É preciso avaliar que esse contexto está vinculando a uma visão institucionalista. Há várias questões institucionais, com as quais o juiz se depara ao julgar um caso concreto, que ele não se encontra preparado para dar uma decisão satisfatória. Sendo assim, a Recomendação entende fundamental que haja essa expansão técnica (e não democrática) para que ele possa ter condições de decidir baseado em padrões de segurança e eficácia. Desconsiderar essas questões é pôr em risco a saúde do cidadão, expondo-lhe a medicamentos não comprovadamente seguros de acordo com a avaliação técnica que só a Anvisa pode garantir.

O relatório médico é importante quanto ao uso de medicamentos, substâncias e tratamentos. Isso porque ele tem o conhecimento científico capaz de fornecer alternativas às demandas do jurisdicionado. Tais alternativas devem ser balanceadas pelo juiz na busca pela melhor resposta possível que atenda à situação do demandante. Gehm (2009. p. 2) classificou quatro tipos de medicamentos possíveis objetos de demanda. O laudo médico deve trazer sua análise sobre o uso de tais medicamentos, devendo o magistrado ter a capacidade de entender suas especificidades. Estas drogas são: as drogas completamente experimentais; as aprovadas apenas fora do país; as aprovadas mais usadas fora da indicação da bula; e as aprovadas, mas não utilizadas pelo SUS.

Gehm (2009. p. 2) afirma que as drogas completamente experimentais são aquelas que “não foram aprovadas em local algum do planeta e cuja eficácia realmente ainda não foi demonstrada em um estudo clínico”, sendo assim, “não podem ser compradas em nenhum país, porque nunca foram aprovadas ou avaliadas, e o acesso deve ser apenas em estudos clínicos ou programas de acesso expandido” (GEHM, 2009, p. 2). É comum a solicitação de drogas experimentais a juízes, especialmente em doenças bastante agressivas como o câncer. Nestes casos, a racionalidade do sistema cederia espaço para uma medicina baseada em esperança, sem comprovação científica alguma sobre a eficácia de algo que ainda estaria se realizado testes. Entretanto, torna-se complicado para médicos e juízes

quando as últimas esperanças de um paciente se encontram em suas mãos, mas sempre é preciso sopesar a saúde do sistema e sua operacionalidade, pois

Quanto à obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados ou não aconselhados pelos protocolos clínicos, deve-se dizer que o que é “experimental” não pode ser considerado “tratamento”, mesmo que um estudo experimental, uma determinada tecnologia ao medicamento já comercializado com outra indicação terapêutica. Uma eventual obrigação desta natureza, antes de tudo, colocaria em risco a saúde dos próprios pacientes e, além disso, imporia ao SUS condutas diagnósticas e terapêuticas não aconselhadas por serem comprovadamente inefetivas, ou por serem ainda experimentais, ou por serem alternativas de pior ou igual resultados às disponíveis, ou por serem mais onerosas ou por pouco, ou nada, agregarem em termos de eficiência custo/benefício e custo/utilidade. (BELTRAMI, 2009, p.9-10)

Com relação às drogas aprovadas fora do país, significa dizer que elas já passaram por um processo de controle de segurança, eficácia e qualidade, mas que ainda não podem ser comercializadas no Brasil pela razão de não terem sido aprovadas pela Anvisa. Gehm (2009, p. 3) realiza algumas ponderações importantes sobre essa não aprovação. Inicialmente, o pacote regulatório pode não ter sido apresentado à Anvisa, ou a droga está em avaliação ou pode ter sido avaliada e negado o registro. Para essas três situações, ele propõe procedimentos distintos

Aquelas drogas cujo pacote regulatório não foi submetido no Brasil usualmente envolvem medicações para doenças muito raras, que não teriam o interesse econômico das empresas. Nesse caso, a importação individual é raramente justificada, mas não se pode dizer que nunca esteja justificada. Depois, há as drogas em avaliação, nas quais a eficácia e a segurança ainda estão sendo consideradas pela Anvisa. Nesse caso, creio que deve haver um limite de tempo para que a Anvisa faça essa determinação, mas, obviamente, se isso for feito de uma maneira ágil em um tempo razoável as drogas não deveriam ser importadas até que a Anvisa faça a determinação da eficácia e benefício dessa medicação. Para as medicações em que a aprovação foi negada pela Anvisa, se aceitamos que esta cumpre o seu papel, essas drogas não devem ser importadas porque já foram avaliadas e consideradas não benéficas para os nossos pacientes. (GEHN, 2009, p. 4)

Quanto às drogas aprovadas, mas utilizadas fora das especificações das bulas, Gehm avalia que é normal, na medida em que a medicina evolui bastante, e que determinadas drogas podem passar a ser utilizadas em outros tratamentos e, a nível de Brasil, é muito lento a atualização das bulas pelo SUS.

Por último, há substâncias aprovadas e não utilizadas pelo sistema, neste caso muitas destas não são de acesso aos pacientes do SUS em razão de seu alto

custo, e sendo assim, só serão utilizadas pela rede privada de saúde, ficando os pacientes do SUS descobertos muitas das vezes.

A ampliação da capacidade institucional aqui visa evitar os efeitos sistêmicos negativos sobre a política de produção e distribuição de medicamento. O juiz não participa da elaboração e formulação de políticas públicas e não entende essas questões. Logo, é preciso que ele amplie seus conhecimentos sobre tais questões para que suas decisões não causem uma desestruturação orçamentária de modo que medicamentos com a mesma eficácia, e mais caros, sejam substituídos pelos escolhidos pelo sistema, da mesma forma que não poderá determinar o uso de medicamentos sem comprovação de eficácia e segurança a nível de Brasil, ou por outras agências a nível global, em casos extremamente excepcionais.

Um ponto importante discutido na audiência e incluído na Recomendação (quando fala em descrição do uso de medicamentos, posologia, forma de tratamento etc.) é sobre o uso dos protocolos e diretrizes do SUS. Protocolos e diretrizes do SUS consistem num “conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses” (GUEDES, 2009, p. 8). Ou seja, são o resultado da chamada medicina de evidências defendida pela comunidade científica na audiência e são criados com base em experiências realizadas em várias fases da aprovação de uma droga, e consistem em tentativas, erros e acertos, até se definir um procedimento adequado que definirá a forma pela qual a droga será utilizada, como quantidade, intervalos, efeitos colaterais, grau de eficácia etc. Neste sentido, Guedes (2009, p. 6) completa que

O Pacto da Saúde, instituído em 2006, preconiza a adoção dos protocolos como dever dos municípios, estados e Distrito Federal. A princípio, portanto, um medicamento ou tratamento em desconformidade com os protocolos devem ser vistos com cautela, pois tendem a contrariar um consenso científico sobre a abordagem de um tratamento. Sem respaldo científico testado e aprovado, ele não pode se sobrepor ao consenso vigente.

A questão do uso dos protocolos está diretamente relacionada com a racionalização e operacionalidade do sistema, dado que eles são resultado de pesquisas realizadas pela comunidade científica e, por isso, são o caminho natural para uma política baseada em evidências.

A racionalização da prescrição e da dispensação dos medicamentos é imprescindível, ministro Gilmar, em razão do grande número de produtos disponibilizados no mercado, das estratégias de divulgação dos laboratórios junto à classe médica e à população e do lançamento de novos produtos como inovadores, que – conforme já foi demonstrado hoje – nem sempre possuem algum benefício terapêutico em relação aos já existentes, uma vez que essas práticas colocam em questão se a promoção à saúde é realmente o principal interesse envolvido nessa área. Nesse diapasão, o objetivo dos protocolos não é limitar ou restringir o acesso a medicamentos, mas regular a sua dispensação, sem prejuízo à saúde do paciente, preservando a racionalização e a universalização do atendimento da população. (GONÇALVES, 2009, 4-5)

Desconsiderar o uso dos protocolos médicos é retirar a racionalidade e operacionalidade do sistema de saúde, causando graves efeitos sistêmicos em procedimentos corretos já realizados e que, por um erro judicial, podem sofrer interrupção ou falha em sua prestação, causando prejuízo aos pacientes. Portanto, toda tecnologia aprovada pela Anvisa e incorporada pelo SUS deverá ser traduzida numa linguagem científica médica através do uso de protocolos ou de diretrizes clínicas como forma de garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, e a promoção do uso racional.

Há uma deficiência quanto à criação de protocolos para várias doenças, principalmente as raras, de baixa prevalência, nas quais o uso prolongado de medicamentos caros se faz necessário, inclusive com a falta de inclusão desses medicamentos na lista do SUS. Como consequências, observa-se que

A ausência de políticas públicas para as doenças raras deixa as famílias à mercê da indústria farmacêutica, da prescrição não baseada em evidência e da chamada judicialização, cujo termo tem sido utilizado de forma pejorativa recentemente. Discute-se o custo elevado das medicações, principalmente para as mucopolissacaridoses. (FELIX, 2009, p. 4)

Há também um vácuo quanto à questão dos protocolos para o tratamento contra o câncer, mas isso decorre da especificidade da doença, que se baseia em códigos de intenção de tratamentos e que, por um lado dá maior liberdade ao médico para procurar alternativas, sem que o mesmo especifique procedimentos e medicamentos utilizados. Contudo, Segalla (2009, p. 5-6) adverte que isso “prejudica a padronização e a avaliação de resultados e até dificulta a transferência de pacientes para outros serviços, além de impossibilitar o controle de qualidade do atendimento”. Mas, apesar de alguns casos de falta de protocolos ou maleabilidade de determinados tratamentos, é fundamental que o magistrado, ao tomar

conhecimento de ações ligadas à judicialização, busque saber quais protocolos clínicos são utilizados para o uso daqueles medicamentos ou de determinados tratamentos, isso em face da garantia da segurança, eficácia, qualidade, e racionalidade do atendimento que deve ser prestado ao paciente, pois um erro judicial em tais casos poderia ser fatal. Gonçalves (2009, p. 6-7) alerta que em

76,23% das demandas judiciais em que o Estado é réu abrangem medicamentos que não são da sua competência, sendo que 18,25% são relativos a medicamentos excepcionais prescritos em desacordo com os protocolos clínicos e 46,84% referentes a medicamentos que não são fornecidos pelo SUS, entre eles medicamentos importados e sem registro na Anvisa. Ainda, constata-se que 66% dos medicamentos do elenco dos excepcionais, fornecidos através da via judicial, não atendem aos protocolos de diretrizes clínicas e terapêuticas do Ministério da Saúde [...] Assim, as decisões judiciais que contrariam os protocolos vão de encontro à racionalização e à organização do sistema e, em consequência, ao próprio direito à saúde, sendo elementar que o Poder Judiciário legitime os protocolos clínicos do Ministério da Saúde, dando credibilidade a esses documentos médicos.

Outro ponto da Recomendação é o que determina acompanhar pessoas que serviram de cobaias para testes de remédios e foram abandonadas pelos laboratórios. Avalia-se que em tais casos a possibilidade de um agravo na saúde dos pacientes e no financiamento do sistema por razão da descontinuidade de tratamentos oriundos de programas de pesquisa experimentais dos laboratórios diante. Isso ocorre principalmente na fase de estudos clínicos para a aprovação do registro de um medicamento pela Anvisa, ocasião em que ocorre uma distribuição de medicamentos para a população voluntariada.

A Recomendação manda que se

b.4) verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (Conep), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento (CNJ, 2010).

É preciso que, depois de realizada a distribuição dos remédios e coletados os dados sobre o impacto do tratamento, demonstrando-se a eficácia e segurança com a consequente aprovação no órgão regulatório, seja necessária a continuidade da distribuição da medicação. Isso porque a indústria farmacêutica, ao conseguir a aprovação do medicamento, tem ganhos financeiros pela sua venda, enquanto os voluntários passam a depender do sistema de saúde para obtê-los quando antes o tinham a disposição sem ônus para o Estado. Tal fato que, para Hollf (2009, p. 3),

“seria uma ganância absurda das empresas se recusarem a pagar e assumirem esses custos depois de o paciente ter voluntariado a sua vida para ajudar no desenvolvimento dessa medicação e ajudar outros pacientes” causaria um efeito sistêmico tanto para o paciente como para o Estado. No primeiro, poderia ser o retorno ou agravamento da doença nos pacientes voluntários; por outro lado, sobrecarregaria o SUS por uma demanda de medicamento até então não existente.

A capacidade institucional da Administração Pública mais uma vez é levada em consideração como fator de expansão da capacidade do Judiciário quando a Recomendação indica a necessidade de se ouvir gestores antes das decisões que afetem o sistema de saúde, além de se prestigiar a capacidade gerencial e políticas públicas já existentes⁷⁰. Isso se justifica pelo fato de ser a Administração Pública – responsável pelo planejamento, gerenciamento e construção das políticas públicas da saúde – dotada de uma capacidade institucional necessária para o ato, como médicos, farmacêuticos, enfermeiros, odontólogos, UBS, postos de saúde, hospitais, UPAs que formam o sistema de saúde. Por tal motivo, a Recomendação manda

Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que: b) orientem, por meio das suas corregedorias, aos magistrados vinculados, que: b.3) ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência; d) promovam, para fins de conhecimento prático de funcionamento, visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, a dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta

⁷⁰ Neste campo, propícias são as palavras de Faron e Rangel (2011, p. 17) sobre a relação entre o Judiciário e o Executivo numa perspectiva interinstitucional: “o exemplo da prestação de remédios à população, o Judiciário, em certas ocasiões, avança sobre as competências do Executivo em matéria de políticas públicas sem o devido conhecimento específico e de forma muito incisiva. Isto pode gerar certo desgaste entre estas duas instituições, bem como pode criar efeitos sistêmicos negativos como o detrimento de outras políticas públicas. Esta atuação do Judiciário, porém, involuntariamente, forçou a criação da comissão conjunta entre a PGF e a DPU para rediscutir e firmar parâmetros mais efetivos sobre o assunto. Isto pode ser compreendido como um efeito sistêmico do comportamento ativista: a busca de um meio que resolva o mesmo impasse decisional através de uma instituição com capacidades mais aprimoradas. Pode-se dizer que o Judiciário forçou, por via indireta, uma mudança na atividade do Executivo em matéria de prestação de remédios por meio de sua postura ativista. De alguma maneira, os efeitos sistêmicos desta atividade do Judiciário parecem promovê-lo neste exemplo. Esta promoção poderia ter sido maior se o critério da capacidade institucional fosse plenamente atendido. Em muitos casos de matéria de prestação de remédios, o Judiciário atuou sem o respectivo respaldo de conhecimento técnico e específico sobre a chamada reserva do possível existente e estes casos deram ensejo a severas críticas desta atividade, além de certo desgaste entre sua relação com as demais instituições. Talvez, se possuísse maiores capacidades institucionais para solucionar este caso, o Judiciário poderia estabelecer seus próprios parâmetros de maneira ainda mais imponente e, sendo eles adotados pelas demais instituições, haveria, certamente, uma promoção maior da supremacia judicial. Por estes motivos, afirma-se que o ativismo judicial nos casos de prestação de remédios levou, não obstante, as possibilidades mais significativas acima, a um quadro de supremacia judicial.”

Complexidade em Oncologia – Unacon, ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – Cacon (CNJ, 2010).

A medicina baseada em evidência torna-se o fundamento de um consenso da Recomendação. Todo o sistema de saúde é planejado de forma racional dentro da diretriz da manutenção e operacionalização do sistema. O juiz deve se fundamentar ouvindo a medicina, a Administração Pública, a comunidade farmacêutica, entidades da área etc. Neste sentido, Pansiere (2009, p. 9) comenta que

é relevante que se observe que há necessidade prévia de questionamento da administração quando, por responsável que esteja conectado às políticas públicas como médico credenciado ao SUS, ela não pode ser obstáculo à propositura de qualquer medida quando existir omissão ou quando existir recusa no atendimento.

Reforçando a necessidade de um maior diálogo entre Executivo e Judiciário, surge a necessidade de se criar um espaço de consenso permanente onde haja um desenvolvimento da cultura de diálogo entre direito e saúde visando

ajudar na diminuição das dificuldades que os juízes enfrentam para tomar as decisões referentes à saúde, propondo, inclusive, um diálogo com os mesmos no sentido de facilitar essas tomadas de decisões. Assim, é necessário que usemos um termo forte, é necessária a apropriação do Poder Judiciário da compreensão das políticas públicas para a saúde e, também, é necessário que o Poder Executivo se aproprie da compreensão do papel infestável do Poder Judiciário de aplicar o direito à saúde. (OLIVEIRA, 2009, p. 4)

A título de exemplo, tem-se a experiência de diálogo (extrajudicial) entre a defensoria pública de São Paulo e a Secretaria da Saúde do Estado. Neste caso, buscou-se realizar um trabalho de avaliação para saber se o medicamento se encontra na lista oficial do SUS e pode ser repassado de forma imediata, ou se se trata de um medicamento excepcional em que

O paciente será submetido a uma análise, será submetido a uma avaliação de um médico da Secretaria; é confirmado o diagnóstico por meio da exibição dos próprios exames; é confirmada a patologia, o diagnóstico e a combinação com a medicação prescrita. Esta medicação, estando inscrita na Anvisa – tratando-se de uma medicação oficial –, é entregue ao paciente em um período médio de 30 a 40 dias. (MAXIMIANO, 2009, p. 6-7)

E, com isso, conseguiu-se a redução de ingresso de ações de 150 a 180 por mês para 15 a 18 por mês, reduzindo-se a 90% do total de ações ligadas à

judicialização. Este é um exemplo dos efeitos sistêmicos benéficos do processo de judicialização, na medida em que o Executivo muda sua postura, tentando buscar alternativas para evitar que decisões judiciais (erradas) possam interferir na lógica de seu funcionamento. Numa visão institucionalista, tais espaços ainda podem ser encarados como propícios ao uso de acordos parcialmente teorizados, nos quais o ponto central e de convergência seria a viabilização do direito à saúde e o acesso do cidadão ao sistema. No exemplo acima, mesmo que a Administração Pública tenha sua visão institucional de limitações orçamentárias, indisponibilidade financeira, reserva do possível, insuficiência de profissionais etc., e que a defensoria tenha a sua de máxima efetividade dos direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana, princípios da universalidade e integralidade etc., nesse ponto específico, eles convergem, sem a necessidade de discussões gerais e abstratas para se resolver o caso concreto.

É nesse sentido que pode e deve atuar o Judiciário, estimulando o diálogo interinstitucional para o desenvolvimento de mais acordos, inclusive na criação de espaços de discussão como os indicados pela Recomendação como seminários interinstitucionais, o que será analisado logo adiante.

A Recomendação ainda estimula que o Judiciário busque conhecer os espaços de atuação do Executivo, no sentido de ampliar a capacidade intrainstitucional cognitiva do magistrado sobre o funcionamento e a organização do sistema de saúde, aproximando-o, assim da realidade fática que julgar. Isso leva a crer que a Recomendação está preocupada em mostrar ao magistrado que ele deve levar em consideração toda essa estrutura e organização ao realizar a sua decisão. Isso porque os efeitos sistêmicos da mesma irão incidir sobre ela de forma negativa (diante de um erro judicial) ou positiva (quando o judiciário leva em consideração o sistema de saúde local, regional, nacional e sua capacidade de atendimento, organização, racionalização, potencialidades, profissionais que atuam em sua estrutura etc.).

A última determinação da Recomendação fala da necessidade de se procederem estudos sobre novas medidas destinadas ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional em matéria de assistência à saúde. Ela está relacionada diretamente à capacidade intrainstitucional do ponto de vista das limitações intrínsecas (cognitivas) que impedem o juiz de conhecer melhor a matéria de direito referente à saúde. Dessa forma, ela recomenda

[...] aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que: c) incluam a legislação relativa ao direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura, de acordo com a relação mínima de disciplinas estabelecida pela Resolução 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça; II. Recomendar à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – Enamat e às Escolas de Magistratura Federais e Estaduais que: a) incorporem o direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados; b) promovam a realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde, congregando magistrados, membros do ministério público e gestores, no sentido de propiciar maior entrosamento sobre a matéria;” (CNJ, 2010)

Nesta perspectiva, a Recomendação cria três procedimentos buscando uma melhor qualificação dos magistrados em sua capacidade subjetiva: a) inclusão da legislação como matéria do concurso, b) programa de formação das escolas dos juízes e c) seminários e estudos em conjunto com a área da saúde tendo em vista o entrosamento da matéria. Os dois primeiros passam pela adequação do desenho institucional do Judiciário, através da mudança na aprovação e promoção de juízes. A questão da saúde passa ao primeiro plano no ingresso e progressão da carreira dos magistrados, estimulando a aquisição de conhecimento sobre a matéria. Os seminários passam no sentido de reduzir os espaços interinstitucionais existentes entre o Judiciário, comunidade médico-farmacêutica e gestores de saúde, buscando criar uma linguagem comum entre os diversos órgãos que atuam no processo de judicialização.

A Recomendação não visa melhorar apenas a qualificação dos profissionais do direito, mas buscar uma melhoria no processo de judicialização, sendo necessária uma melhor qualificação dos profissionais da saúde e do direito. No fundo, esta disposição demonstra uma falha nos cursos de graduação de direito e saúde quanto à falta de uma matéria em comum. Oliveira (2009. p. 5) afirma que o ponto mais próximo encontrado foi a criação do direito ambiental no bacharelado de direito, mas com um grande equívoco de não se relacionar com o conceito de saúde ampliado adotado pelo sistema de saúde. Assim, “ainda não tivemos uma formação, a nível das graduações, das duas citadas ciências, em que a Saúde e o Direito ocupem um lugar privilegiado de aprendizado, e isso precisa ser construído”. É neste sentido que

Inicia-se um tênue movimento de Direito e Saúde a nível do *lato* e *stricto sensu*. Há uma busca – nós, na Fundação Oswaldo Cruz, sentimos isso, e uma formação também até de juízes, promotores, desembargadores – por mestrados e doutorados para discutir questões nessa área. Como, também, na área da saúde pública, alguns começam a procurar os cursos de *lato* e *stricto sensu* para uma melhor construção, para um maior aprimoramento e até entendimento das questões do Direito. (OLIVEIRA, 2009. p. 5)

Cutait (2009) sustenta que é necessário que os médicos continuem um constante processo de aprendizagem através da reciclagem, cursos de pós-graduação, aperfeiçoamento, congressos, para que eles possam seguir os melhores caminhos nas decisões sobre seus pacientes. Porém, ele observa que

muitos dos que estão trabalhando no SUS, médicos e outros profissionais de saúde, nem sempre estão com os melhores conhecimentos para os momentos do dia a dia. E, na integralidade, é necessário que haja uma interferência para que isso seja real, ou melhor, nos quesitos financiamento, gestão e formação de recursos humanos. Então, é preciso entender que a ciência é algo dinâmico. Novos conhecimentos são agregados no dia a dia. E novos métodos diagnósticos, terapêuticos substituem outros que, até pouquíssimos anos atrás, eram o estado da arte. E isso é preciso que o médico entenda; é preciso que o sistema de saúde entenda; e é preciso que sejam criados mecanismos para que tudo o que é novo seja incorporado de uma forma mais ou menos automática, não apenas quando existe uma demanda, uma pressão, tipo um processo judicial. (CUTAIT, 2009. p. 5-6)

Toda essa sistemática deve ser levada em consideração pelo juiz, pois, no Estado de Direito, exige-se a participação popular em todas as fases da elaboração e execução das políticas públicas de saúde, e assim sendo, o Poder Judiciário, a qualquer momento, pode ser convocado para garantir legalidade e legitimidade desse processo, numa perspectiva de preservar as disposições constitucionais. Dalari (2009. p.4) trata a necessidade da qualificação dos juízes sustentando que

queremos que ele seja um operador do Direito do Século XXI; que ele verifique, portanto, a adequação de cada ato normativo que compõe a política de saúde, a Constituição e as leis - como acaba de ser lembrado pela colega que me antecedeu. É necessário, nos protocolos clínicos e nas diretrizes farmacêuticas, que se verifique a existência desses protocolos e sua adequada atualização periódica, por exemplo; mas que é necessário e indispensável que ele verifique, particularmente, a existência do verdadeiro controle da política popular em cada fase da participação popular, em cada fase desta política. Por exemplo, que nos protocolos não haja apenas, para a sua implementação, a participação de associação de portadores da doença. A Aneel, por exemplo – então não estão pretendendo nada muito complicado -, nas consultas públicas, divulga as contribuições recebidas e as justificativas para aceitação ou rejeição destas proposições. Em resumo, é necessário que o Poder Judiciário atue decisivamente e faça aquilo que fez – peço licença para lembrar isso –, brilhantemente - no nosso entender – , o ministro Gilmar Mendes, numa decisão de dezembro de 2008; analisando, passo a passo, a legalidade da política, de todas elas que já

foram lembradas aqui, de todas as fases dessa política, concluindo segundo a sua convicção – que é o que deve ser preservado e que nós queremos que seja preservado; há independência do juiz para decidir conforme a sua convicção e que ele decida conforme a sua convicção pessoal, baseado nos princípios que ele aprendeu e que ele deve dominar: legalidade e justiça.

A capacitação da Recomendação exige que o magistrado do século XXI não fique preso apenas em questões principiológicas e legais estudadas pela dogmática jurídica, mas saia de sua área de conforto e busque entender todos os elementos já analisados. É fundamental que ele saiba lidar com os diferentes tipos de medicamentos solicitados, entenda o que é um protocolo, entenda quais substâncias podem ser substituídas, quais os programas do sistema de saúde local, entenda conceitos médicos e farmacêuticos, compreenda a importância e busca a absorção dos conhecimentos produzidos pela Anvisa, CFM, CFF, conselhos, dentre outras, e saiba aplicar essas informações no caso concreto, além do mais, deve atuar para garantir o processo democrático para a elaboração e implementação de políticas públicas.

É inegável o aspecto de abertura da jurisdição em face da realização da audiência pública de saúde. Diante de suas características e procedimentos, fica demonstrado que é possível a implementação da teoria de Peter Häberle. Os frutos decorrentes de seus debates foram muitos a partir das diversas temáticas abordadas. A percepção geral ao final dos debates foi que o Poder Judiciário carece de muitas informações importantes para julgar questões de saúde, sendo necessários instrumentos que ampliem seus limites institucionais, tendo a Recomendação nº 31/2010 surgido nesse sentido.

Diante de tamanhas especificidades envolvendo a questão da saúde, percebeu-se uma grande limitação na área de atuação do juiz, pois ele não está qualificado do ponto de vista técnico para compreender as alternativas e especificidades que envolve os casos relacionados à saúde. Por isso, questiona-se se

Nesse caso, será que o juiz de primeira instância possui instrumentos e está suficientemente qualificado para promover, elaborar uma política pública em substituição ao Estado? Será que nosso atual Código de Processo Civil permite ao magistrado, dá condições para que ele formule essa política? Neste caso de omissão ampla, como se deve promover? Esse é um dos temas apenas que eu penso ser relevante a ser abordado nesta Audiência Pública. O que estamos a discutir, aqui, não é a substituição da Administração Pública pelo Poder Judiciário, porque isso, evidentemente, é prejudicial para o sistema; isso, evidentemente, desorganiza o uso das

verbas. Não há dúvida em relação a isso. O que estamos discutindo aqui é: em situações específicas, quando, por falta de vontade, por falta de planejamento, por qualquer outro motivo, o Estado não consegue cumprir aquilo a que se propôs, a elaborar as políticas públicas necessárias, pode ou não o Judiciário intervir? Pode e deve intervir, sim. (MATTAR, 2009. p.4)

É preciso se discutir tais pontos, pois, diante de uma intervenção desastrosa, o Judiciário pode determinar tratamentos caros e que não contribuem de fato para a melhoria dos pacientes, ou tratamentos experimentais com gastos desnecessários em remédios não constantes na lista do SUS, ou tratamentos *ad infinitum* em que pacientes, mesmo curados, continuam recebendo medicamentos. Neste contexto, é preciso aproximar o juiz da Administração Pública e da classe médico-farmacêutica, como na avaliação de Antônio Nardi

Foi mencionado neste fórum que alguns juízes de primeira instância têm tido dificuldade no julgamento inicial, pois nem sempre dispõem de informações e conhecimento para tomar decisões imediatas, o que os leva a encaminhar aos gestores municipais para que providenciem exames e terapias especializadas que extrapolam as suas competências. (NARDI, 2009. p. 4)

Neste contexto, a Recomendação transforma-se num espaço destinado a qualificar as informações através da ampliação fática da capacidade institucional do Judiciário, onde se pode buscar a tradução da melhor forma possível dessas informações para o juiz, de uma forma rápida e simples, para que o mesmo tenha elementos capazes de fundamentar sua decisão. Assim, seus mecanismos visam racionalizar a atividade jurisdicional do ponto de vista processual e material quanto à linguagem e termos técnicos-científico.

Há alguns outros exemplos práticos neste sentido, como o trazido por Ordacgy (2009. p. 3-4) da Justiça Federal do Rio de Janeiro, que uniformizou procedimento de atuação da defensoria pública, que, para ajuizar ação de medicamentos, teria necessidade de

juntar o laudo médico, e nesse laudo médico, além da descrição da doença e do remédio que o médico está indicando, é necessário que indique também o princípio ativo daquele medicamento, para que haja possibilidade de fornecimento de um medicamento genérico ou um mais em conta. É preciso que o próprio jurisdicionado, através da Defensoria Pública, apresente três orçamentos de remédios. Quando se pede, em uma ação judicial, determinado medicamento, costuma-se acrescentar bem como outros medicamentos necessários para o tratamento daquela doença. Isso não significa um salvo-conduto para qualquer medicamento que aquele cidadão precise na vida dele, mas somente para aquela determinada

doença que ele já tem. Por quê? Porque a doença pode adquirir resistência em relação ao medicamento; ele pode sofrer um agravo no estado de saúde dele; e aí outros medicamentos far-se-ão necessários. Isso envolve inclusive princípios da economia processual, na medida em que se evitariam um ajuizamento de outras demandas judiciais, poderia ser prontamente atendido em uma só ação e, assim, evitaria que se abarrotasse o Poder Judiciário.

Ainda sobre exemplos de procedimentos que suplantem as limitações do judiciário, Jatene (2009. p. 8) propõe que

Quanto às ações judiciais, propomos criar os mecanismos necessários para oferecer assessoria técnica em centros de referências, por profissionais *ad hoc*, sem conflito de interesses e sem relação com assistência e prescrição dos pacientes, todo pleito em que se solicitar liminar para fornecimento de medicamento, produto, insumo e procedimento, que venha acompanhado da recusa da autoridade em atender ao pleito. Isso significa que a reivindicação foi apresentada e não atendida. Assim, a decisão do juiz seria sobre uma recusa do gestor do SUS. Também as razões da recusa seriam consideradas na decisão.

O exemplo acaba sendo um pouco radical, na medida em que vincula a ação do jurisdicionado a uma recusa por parte da Administração Pública, desconsiderando outras situações como a demora ou a omissão em relação ao pedido do paciente. Mas o fato é que este exemplo reforça o uso da prova técnica para romper com os limites do judiciário, sendo reforçada pelas palavras de Costa (2009. p.7-8) ao afirmar que

O Poder Judiciário tem recebido inúmeras demandas com descrição de situações clínicas dramáticas, relatando iminente ameaça à vida ou prejuízos irreversíveis à saúde do paciente se não atendida a pretensão do fornecimento de determinado medicamento ou tratamento. Os argumentos apresentados, muitas vezes, são tecnicamente questionáveis e sem sustentação científica robusta. Solicitam medicamento sem comprovação de eficácia e eficiência, sem a adequada relação custo/benefício e, às vezes, sem registro no Brasil; tratamentos sem reconhecimento do Conselho Federal de Medicina dentre outros casos. Ainda com fundamento em laudos questionáveis, o Judiciário, diante dessas situações, acaba por conceder, liminarmente, o acesso a esses medicamentos e tratamentos obrigando o gestor a fornecer-lhes mediante as mais variadas punições. Para enfrentar essa questão, propomos a adoção de produção de prova técnica em que haja manifestação das esferas de gestão do SUS que, por sua vez, fornecerão subsídios baseados nas melhores evidências clínicas para fundamentar a decisão do Judiciário. Afinal de contas, somos igualmente movidos pelo mesmo objetivo: a preservação da vida de cada um de todos nós.

Por fim, é preciso considerar que todas essas questões são para um melhor desempenho da atividade jurisdicional, não visam tirar o protagonismo do Poder Judiciário, mas ao contrário, legitimar suas ações através de um instrumento democraticamente construído e destinado ao fortalecimento de sua atuação perante a sociedade e outras instituições. Pois, numa perspectiva de sua capacidade subjetiva, o Judiciário tem total apoio da sociedade, dos cidadãos e de outras instituições em geral, sendo visto como uma das instituições mais respeitadas.⁷¹ Isso porque o sentimento que há na sociedade é que o Judiciário tem a capacidade de realizar a ação que passa por um conjunto de fatores institucionais, dentre eles, o seu desenho institucional funcional criado pela constitucional, o seu material humano e estrutural. A Recomendação reforça a confiança buscando decisões mais seguras que passem um grau de maior certeza para a sociedade com uma conseqüente redução do erro judicial. Dessa forma, reduziu-se a desconfiança quanto à capacidade desta instituição.

Quanto à interferência do arranjo institucional, novos instrumentos institucionais podem influenciar em maior ou menor medida sua atuação visando um melhor desempenho finalístico. Neste ponto, a teoria institucionalista apresenta a capacidade objetiva subdividida em capacidade funcional e material, importantes para o entendimento da Recomendação. As funcionais explicam que a Recomendação opera sobre a capacidade do juiz⁷² em atuar dentro do desenho institucional do Judiciário. Para isso, é necessário que ele tenha a capacidade

⁷¹Apesar de que esta confiança vem caindo ao longo dos anos, sendo que no primeiro trimestre de 2011 o nível de confiança era de 34% dos entrevistados. O referido índice caiu para 29% no primeiro trimestre de 2016. Dos entrevistados de 2016 50% acreditam na honestidade dos juizes, e outros 76% acham que é fácil desobedecer a lei no Brasil, sendo que o Judiciário perde em confiança para Emissoras de TV (33%) e tem índice um pouco superior à confiança na Polícia (25%). Tal percentual encontra-se bastante abaixo de outras instituições como a Igreja Católica (57%) e as Forças Armadas (59%). (Relatório ICJ Brasil, 2016, p. 15).

⁷² Donato (2006, p. 58) analisa o perfil do egresso na carreira de magistrado: “Com relação ao Poder Judiciário, como mencionado anteriormente, a seleção dos magistrados é realizada visando ao reconhecimento do caráter profissional destes, ou seja, a seleção é feita por meio de concurso público através de provas e exame de títulos. Este método apresenta muitas vantagens para a sociedade, pois se constitui em um modo de seleção em igualdade de condições, excluindo a discriminação e os privilégios. A profissionalização permite uma seleção mais adequada e amplia a possibilidade de aperfeiçoamento constante, além de proporcionar o aproveitamento da experiência acumulada. Assim, o processo de seleção dos magistrados, em um concurso público, implica uma série de fatores que dizem respeito a elementos psicológicos, sociais e intelectuais. O sistema deve estar preparado para que ingressem na magistratura pessoas capacitadas tecnicamente, dotadas de conhecimentos e de sensibilidade para avaliar comportamentos humanos e, mais ainda, com equilíbrio psicológico e firmeza ética. Apesar de ser o método mais democrático de seleção, ainda, há pontos críticos que estão relacionados com o processo de formação dos magistrados”. Considerando o referido aspecto o magistrado deve estar preparado, partido de vários fatores como psicológicos, sociais e intelectuais, para manusear os instrumentos criados pela recomendação.

intelectual e meios para se comunicar com os demais atores, recolher as informações e analisá-las. Isso também depende muito do conjunto de competências que lhes são atribuídas pela Constituição, leis ordinárias, complementares, de organização do Judiciário, normas infralegais como resoluções e recomendações administrativas, além de sua capacidade cognitiva de assimilar e processar tais informações do ponto de vista quantitativo e qualitativo.

A capacidade material também é um fator limitativo à capacidade institucional do Poder Judiciário. Há, no Judiciário nacional, uma falta de material humano e estrutural. Em muitos casos, são fóruns com poucos servidores, ou vários cedidos pela prefeitura e não concursados, ou com baixa condição de realizar seu trabalho, fato este que limita o material de apoio do magistrado. Nesse ponto, vários exemplos podem ser encontrados a nível de Brasil; em audiência pública, realizada em 19/05/2014, para tratar da situação caótica da Comarca de Caxias do Sul – RS. Avaliou-se que esta contava com uma tramitação de 130 mil processos, com uma média de 9 mil por vara, sendo que, para o julgamento destes casos, a comarca contava com 16 juízes e um déficit de 20% no quadro de servidores (LIMA, 2014, p. 1).

Fernandes e Ferreira (2005, p. 296-297) realizaram um inventário com 5.164 funcionários dos cinco tribunais regionais federais, que responderam sobre: o bem-estar (tendência à qualidade de vida) ou mal-estar (tendência ao adoecimento) de cinco fatores: Condições de trabalho, organização no trabalho, relações sócias profissionais de trabalho, reconhecimento e crescimento profissional e elo trabalho-vida social. Os autores identificaram que “As Condições de Trabalho foram avaliadas com média de 6,95, indicando que há predominância de bem-estar no trabalho. A maior queixa dos trabalhadores refere-se à inadequação do mobiliário (média de 6,16)”.

Percebe-se que questões subjetivas se tornam fatores de estresse e baixa na qualidade dos servidores auxiliares dos magistrados. Nesse sentido ainda reforçam

Fernandes; Ferreira (2005, p. 301) que “problemas na organização do trabalho, como volume cumulativo de trabalho e a falta de autonomia, constituem fonte de sofrimento no trabalho para os servidores”. Neste cenário, a conclusão dos autores é a de que

De acordo com o exposto, fica evidente que a organização do trabalho no órgão pesquisado é um indicador crítico, que deve ser tratado com urgência. Aliar o atendimento a uma demanda de trabalho que cresce a cada dia com uma estrutura que não aumenta na mesma proporção, sem criar um contexto de trabalho adoecedor, é o grande desafio. (FERNANDES; FERREIRA 2005, p. 301)

Como resultado das discussões deste capítulo, a tabela abaixo visa resumir a relação identificada entre o instrumento da Recomendação e a respectiva teoria que adota, isso no sentido de consolidar o conhecimento produzido, sintetizar posicionamentos, tirar dúvidas e fechar a linha de raciocínio trabalhada.

**TABELA COMPARATIVA ENTRE OS INSTRUMENTOS (CONSIDERAÇÕES)
DA RECOMENDAÇÃO E AS TEORIAS**

CONSIDERAÇÕES	TESE NA AUDIÊNCIA	INDICA NECESSIDADE DE:	TEORIA	PROPOSTA
1. Elevado número de processos judiciais sobre o tema da saúde tramitando em todo o Poder Judiciário.	A judicialização indiscriminada é um risco para as políticas de saúde (Tóffoli-AGU)	Capacitar o judiciário para superar problemas apresentados no processo de judicialização.	Sociedade Aberta	Abertura da jurisdição para novos intérpretes.
		Capacitar o judiciário para superar problemas apresentados no processo de judicialização.	Capacidade institucional	Capacitar o Judiciário com instrumentos que reduzam os erros judiciais
2. A relevância dessa matéria em relação à dignidade da pessoa humana.	O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana [...], que tem como objetivo garantir a reprodução da vida humana de forma digna [...] Pancieri (OAB)	Priorizar a judicialização da saúde tendo em vista que é um direito elementar ligado à vida, assim como ao exercício da cidadania.	Sociedade Aberta	Estado Constitucional, cidadania, reconhecimento do <i>status activus processualis</i> .
			Capacidade institucional	Proteção da Dignidade como escolha constitucional.
3. Recomendar que TJ/TRF: a) até dezembro de 2010 celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e	Quanto às ações judiciais, propomos criar os mecanismos necessários para oferecer assessoria técnica em centros de referências, por profissionais ad	Que o Judiciário busque apoio técnico destinado a lhe trazer elementos fundamentais ao entendimento dos juízes para a formação do seu juízo de valor	Capacidade institucional	1. Apoio técnico ao juiz a fim de legitimar sua decisão 2. Ampliação da capacidade intrainstitucional extrínseca com procedimentos que reduzam deficiências de natureza

farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas [...];	<i>hoc</i> , sem conflito de interesses e sem relação com assistência e prescrição dos pacientes. Jatene (USP).			processual e potencialize instrumentos já previstos no sistema processual. Obs: sem espaço para o debate democrático.
b.1) procurem instruir as ações tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata;	Os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do SUS constituem um conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses. Guedes (CFM)	Os juízes busquem uma melhor fundamentação que garanta uma maior legitimidade formal com respostas mais precisas à sociedade.	Capacidade institucional	A adoção de um diálogo interinstitucional é fundamental, neste contexto, para o Poder Judiciário, pois ele, através de uma inter-relação institucional com outras instituições especializadas, poderá ampliar sua capacidade interna.
b.2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei;	[...] pode ser comercializado por atender, entre outros, os requisitos mínimos de segurança biológica e de eficácia terapêutica. Beltrami (Secretário de Saúde)	Que o Judiciário busque uma melhor relação com instituições especializadas capazes de ampliar sua capacidade de julgamento através das suas capacidades técnicas-especializadas.	Capacidade institucional	1) Amplia a capacidade interna do Judiciário ao levar em consideração a opinião técnica de instituição especializada; 2) Evita os efeitos dinâmicos negativos ao sobre o Sistema de Saúde ou o usuário do sistema de saúde.
b.3) determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas.	Nas decisões judiciais em São Paulo, 60% dos pleitos seriam atendidos nos programas de políticas públicas. Jatene (USP)	Que o Judiciário conheça e se aproprie de políticas públicas já existentes visando evitar decisões que desajustem a lógica do sistema	Capacidade Institucional	1) Amplia a capacidade interna do Judiciário ao levar em consideração a opinião técnica de instituição especializada; 2) Evita os efeitos dinâmicos negativos ao sobre o Sistema de Saúde ou o usuário.
b.4) verifiquem, junto à Conep, se os requerentes fazem	Ganância das empresas por se recusarem a	Que o Judiciário amplie suas informações acerca de questões	Capacidade Institucional	1) Amplia a capacidade interna do judiciário ao levar em consideração

parte de programas de pesquisa experimental, caso em que os laboratórios devem assumir a continuidade.	assumir os custos depois de o paciente ter-se voluntariado. Hoff (Hospital Sirio-Libanês)	técnicas, buscando entender processos do sistema de saúde.		a opinião técnica de instituição especializada 2) Evita os efeitos dinâmicos negativos ao sobre o Sistema de Saúde e o usuário.
b.5) ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência;	Ajudar na diminuição das dificuldades que os juízes enfrentam para tomar as decisões [...] diálogo no sentido de facilita-las. Oliveira (Fiocruz)	Que o Judiciário amplie suas informações acerca de questões técnicas, biscantando entender processos do sistema.	Capacidade Institucional	Ampliação da capacidade intrínseca cognitiva, por meio da coleta de informações sobre programas, situações fáticas, projetos dos executivos, além das medidas que este pode tomar (ou está tomando) sobre a situação do paciente.
b.6) promovam, para fins de conhecimento prático de funcionamento, visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, a dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – Unacon ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – Cacon;	Assim, é necessário que usemos um termo forte. É necessária a apropriação do Poder Judiciário da compreensão das políticas públicas para a saúde e, também, é necessário que o Poder Executivo se aproprie da compreensão do papel infestável do Poder Judiciário de aplicar o direito à saúde. Oliveira (Fiocruz)	Que o Judiciário busque uma melhor relação com instituições especializadas capazes de ampliar sua capacidade de julgamento através das suas capacidades técnica-especializadas	Capacidade Institucional	A expansão da capacidade intrainstitucional, buscando reduzir seus limites de atuação, passa pela ampliação da capacidade interinstitucional quando esta, através da relação com as demais instituições, fornece subsídios para a formação do juízo de valor do juiz.
c) incluam a legislação relativa ao direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para	Queremos que ele seja um operador do Direito do Século XXI; que ele verifique, portanto, a adequação de cada ato	Procure uma maior qualificação quanto ao direito sanitário, além da criação de espaços de consenso onde possa haver um entrosamento entre o Poder Judiciário e a comunidade administrativa, técnica e	Capacidade Institucional	Ampliação da capacidade intrínseca cognitiva, por meio do Estudo do Direito Sanitário para o ingresso na carreira de magistratura, assim como para a sua

<p>ingresso na carreira da magistratura, de acordo com a relação mínima de disciplinas estabelecida pela Resolução 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça;</p> <p>II. Recomendar à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – Enamat e às Escolas de Magistratura Federais e Estaduais que: a) incorporem o direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados; b) promovam a realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde, congregando magistrados, membros do Ministério Público e gestores, no sentido de propiciar maior entrosamento sobre a matéria.</p>	<p>normativo que compõe a política de saúde, a Constituição e as leis – como acaba de ser lembrado pela colega que me antecedeu. É necessário, nos protocolos clínicos e nas diretrizes farmacêuticas, que se verifique a existência desses protocolos e sua adequada atualização periódica. (Dalari)</p>	<p>científica, visando criar uma linguagem comum sobre o assunto.</p>		<p>promoção</p>
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------	--	-----------------

Fonte: Recomendação do CNJ nº 31 de 2010

Diante dos aspectos sistematizados na tabela acima descrita, pode-se concluir que a Recomendação nº 31/2010 do CNJ não se destina à democratização da interpretação das normas constitucionais aos intérpretes em sentido amplo. Seu

fundamento visa superar as várias críticas à judicialização da saúde identificadas na Audiência Pública nº 4, adotando, para isso, a teoria da capacidade institucional. Esta apresenta-se de várias formas nos instrumentos da Recomendação.

Para isso, elas se vinculam à chamada segunda melhor interpretação, que representa uma interpretação possível diante da análise das condições fáticas do Poder judiciário para solução do caso concreto. Neste contexto, os instrumentos da Recomendação são frutos desta análise, realizada na audiência, e se destinam a ampliar a capacidade do Judiciário para superar as críticas apontadas. Neste sentido, instrumentos buscam a ampliação da capacidade intrainstitucional (intrínseca e extrínseca) e de sua capacidade interinstitucional, ou seja, através de uma maior relação e diálogo interinstitucional com instituições especializadas, ele poderá superar suas limitações internas.

Nesse contexto, a Recomendação determina uma série de ações, como ouvir a comunidade médico-farmacêutica, conferindo ao juiz novos elementos externos aos conceitos jurídicos, capazes de lhe auxiliar na decisão. Além de ampliar sua capacidade intrainstitucional extrínseca, com a criação de um procedimento de natureza procedimental, potencializando, assim, os já previstos no sistema processual.

Outra consideração importante é a adoção do conceito da medicina baseada em evidências e a aproximação com a Anvisa. Está garantindo uma maior eficiência e segurança dos medicamentos, pode ser aproveitada pelo Judiciário para garantir uma maior segurança da efetividade de suas decisões. Logo, ao se relacionar com a Anvisa evitam-se os efeitos dinâmicos negativos quanto, por exemplo, a uma decisão que determine a compra de remédios ou tratamentos não comprovadamente eficazes e seguros, com efeitos sobre o Sistema de Saúde ou sobre a saúde do paciente.

A capacidade interinstitucional, ampliada pelo diálogo interinstitucional, aparece em vários dispositivos, a exemplo o que determina que o magistrado privilegie o uso dos programas já existentes. Para isso é necessário a abertura de canais de diálogo com o Executivo a fim de que o juiz entenda a racionalização do sistema, suas políticas, e o *modus operandi* de profissionais e órgãos. Com isso, amplia-se sua capacidade intrainstitucional intrínseca, evitando efeitos sistêmicos adversos sobre a lógica do sistema de saúde. Percebe-se também o diálogo interinstitucional quando da necessidade de verificação, junto à Comissão Nacional

de Ética em Pesquisas (Conep), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios. A medida visa evitar os efeitos dinâmicos negativos sobre o sistema de saúde (com a demanda de pacientes que outrora eram custeados pelos laboratórios) e sobre o paciente (com a interrupção do tratamento). No mesmo sentido, aplica-se a teoria institucionalista, quando se recomenda conhecer o funcionamento de Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como as unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – Unacon, ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – Cacon.

A Recomendação também se preocupa em ampliar a capacidade cognitiva dos magistrados quanto ao direito sanitário. Neste aspecto, ela determina a inclusão da legislação do direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos concursos para ingresso na carreira da magistratura. Além de buscar, através da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – Enamat e às Escolas de Magistratura Federais e Estaduais, a incorporação do direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento.

A construção de uma linguagem comum é estimulada pelos seminários e congressos com administradores, Ministério Público, defensorias e comunidade médico-farmacêutica. Com isso, vislumbra-se a possibilidade da criação de canais de entendimentos por meio da troca de experiências institucionais, ampliando, dessa forma, os horizontes de todas as instituições envolvidas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa buscou, no contexto da judicialização do direito à saúde, responder se a Recomendação nº 31/2010 do CNJ e seus instrumentos buscariam a superação das críticas relacionadas à judicialização do direito à saúde através da abertura da jurisdição, ou pela superação da (in)capacidade institucional do Judiciário de lidar com questões complexas como a saúde. Para isso, formulou-se duas hipóteses: a de que seus instrumentos estavam fundados na teoria da sociedade aberta dos intérpretes de Peter Häberle, baseada na construção de uma jurisdição constitucional aberta, sendo um mecanismo destinado à democratização e

ampliação do rol dos legitimados na realização da interpretação constitucional; e outra, para a qual seus instrumentos visariam à superação dos limites criados pelo desenho institucional do Judiciário e a consequente ampliação de sua capacidade institucional, visando reduzir o erro judicial e os efeitos dinâmicos de sua decisão.

Durante a pesquisa, observou-se que a judicialização do direito à saúde envolve questões sua ampliação pela Constituição, bem como das competências do Poder Judiciário e consequentemente da jurisdição constitucional, além de uma maior participação deste na vida dos cidadãos.

O direito à saúde deixou de ser seletivo, privatizado, restrito e passou a ser universal, integral, gratuito, descentralizado e hierarquizado. No entanto, por várias questões, o Estado não tem cumprido seus deveres em sua prestação, razão pela qual isso tem contribuído para que o cidadão se socorra ao Poder Judiciário no sentido de buscar o acesso ao sistema.

Para se compreender o contexto da judicialização à saúde, buscou-se estudar a gênese deste fenômeno através da análise evolutiva do Estado de Direito. Este nasce com as revoluções liberais burguesas, que criaram dois modelos de democracia, a americana e a francesa, e os sistemas *common law* e o *civil law*. No primeiro, o juiz aplica princípios gerais em suas decisões e, por conseguinte, participa da construção da norma. Já o modelo francês atua como um mero aplicador da lei (ato de vontade do legislado), não tem qualquer atividade criativa, limita-se ao processo de subsunção (silogista), sendo “a boca da lei”. O Brasil é um país de tradição continental europeia, apesar de alguma influência do modelo norte-americano. O juiz constantemente foi tratado como a “boca da lei”, o que representa uma barreira a um processo interpretativo mais aberto.

Com o Estado social, abandonou-se um sentido de Constituição formal adotando-se o material. Assim, o Estado passou a ter a obrigação de intervir nas relações sociais visando à redução de suas desigualdades. O Executivo passa a ser o responsável pelo cumprimento das políticas constitucionais. Isso contribuiu para afastar o Judiciário da implementação e fiscalização das políticas públicas, mas foi importante para a definição de conteúdos mínimos de direitos sociais que o Estado garantiria aos cidadãos.

Estado Democrático de Direito consagrou um sistema de direitos fundamentais amplo e destinado a uma efetiva ação por parte dos poderes públicos. Neste aspecto, foram constitucionalizados valores importantes da comunidade por

meio de normas constitucionais, isso tendo como pano de fundo a dignidade da pessoa humana. Aqui, tem-se uma visão importante de democracia substantiva fundada no reconhecimento de conteúdos mínimos de direitos fundamentais. A jurisdição passa a tomar um espaço destinado à proteção e implementação dos direitos a exemplo da jurisprudência dos valores do Tribunal Constitucional alemão.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais tem contribuído para essa visão de jurisdição constitucional substantiva. O fato de a Constituição ser uma ordem objetiva de valores tem como consequência sua aplicação a todos os ramos do direito na busca pela concretização de seus preceitos, além de exigir uma ação positiva por parte dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais como no Estado liberal.

O ativismo judicial, apesar de não ser uma consequência diretamente relacionada com a judicialização, relaciona-se com a necessidade de se buscar soluções, em alguns casos, para as demandas cada vez mais crescentes oriundas desse processo.

Os elementos citados passaram a ser utilizados pelo Poder Judiciário em seus julgamentos. Isso pode ser verificado pela análise dos julgamentos do STF no item 2.3, no qual se pode ver várias expressões como: ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos; reforço no papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo poder público; visão material (substantiva) na aplicação de princípios como a proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso. É nesse cenário de judicialização que o STF reconhece uma necessidade de uma maior postura ativista, em alguns casos ligados à saúde, para sua resolução. Nesse sentido, ele reconhece uma necessária colmatação das omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito. E é nesse sentido que os vários casos ligados à judicialização da saúde são tratados pelo Judiciário, e isso pôde ser visto pela análise das decisões do STF no item 2.3 da presente pesquisa.

Não obstante o crescimento da atuação do órgão jurisdicional, impulsionado pelas questões já descritas, o processo de judicialização é alvo constante de várias críticas, dentre as quais algumas foram avaliadas no item 2.4. A pesquisa sintetizou

quatro tópicos: a atuação paternalista do Judiciário, a aproximação entre o direito e a moral marcada pelo decisionismo, a falta de legitimidade democrática do Judiciário e, por fim, a violação do princípio da separação dos poderes em razão da politização do Judiciário ao tratar de temas que seriam de competência do Legislativo/Executivo.

A principal crítica de Peter Häberle é que a interpretação constitucional estaria concentrada nas mãos dos juízes e teria um caráter extremamente formal. Essa postura do Judiciário é identificada como a de uma sociedade fechada, que não se abre a razão e a pluralidade e passa a se portar como a única detentora do conhecimento. Logo, constatou-se que as críticas de Häberle estão focadas nas questões democráticas. Já Sunstein e Vermule voltam suas críticas para as questões institucionais, no tocante às relacionadas às limitações da capacidade do Judiciário em realizar uma interpretação que evite o erro judicial e considere seus efeitos dinâmicos sobre o Estado e a sociedade em geral. A pesquisa analisou a teoria da sociedade aberta e da capacidade institucional visando buscar alternativas destinadas à superação das críticas.

Verificou-se que a sociedade aberta dos intérpretes se identifica com o processo de democratização vinculado ao Estado Democrático de Direito. Isso passa pelo reconhecimento do *status activus processualis* como um direito de participação do cidadão na tomada das decisões do Estado. Desta feita, a superação das críticas apresentadas para esta teoria passaria pela abertura da jurisdição, na qual o Judiciário dividiria a responsabilidade pela interpretação das normas constitucionais com os cidadãos, órgãos públicos, associações etc.

Outro ponto importante é que, a partir desse debate entre os que vivem a norma constitucional, um consenso moral vinculado à comunidade, vinculado às suas forças produtivas de interpretação, poderia evitar a criação de um poder detentor da moral, de um direito acima dos outros poderes, ou mesmo de uma discricionariedade do magistrado que deveria levar em consideração esta interpretação coletiva. Inclusive, constatou-se que isto seria uma boa saída à falta de legitimação democrática do Poder Judiciário, já que o direito de participação na interpretação constitucional passaria a ser um fator democrático de legitimação de sua ação.

Quanto à questão da invasão na prerrogativa de outros poderes, viu-se que Häberle, em seu livro *El Estado constitucional* propõe uma maior flexibilização das

funções entre os três poderes. Assim, todos devem buscar através de seus órgãos, alcançar os fins determinados pelo Estado, dentre eles, a proteção da dignidade humana. Logo, as três funções estão a serviço dessas tarefas fixadas pela Constituição e todos são instrumentos do Estado Constitucional submetidos a mudanças históricas. Neste contexto, cabe ao Poder Judiciário atuar face a ineficácia ou a ineficiência dos outros poderes na efetivação das políticas públicas eleitas pela Constituição.

Quanto à teoria de Cass Sunstein e Adrian Vermule, a pesquisa identificou que os autores passam por uma avaliação da capacidade institucional do Judiciário em realizar a interpretação constitucional. Diante desta análise, constatou-se diversas falhas nos tradicionais métodos de interpretação, visto que os mesmos não levam em consideração questões empíricas quanto às limitações institucionais do Poder Judiciário, e os efeitos dinâmicos das decisões dos juízes. Isso porque a hermenêutica tradicional restringe-se a uma assertiva falsa sobre “como eu decidiria o caso se fosse juiz”. Na visão dos autores, o correto seria perguntar “qual é minha capacidade de interpretação diante das condições fáticas que estou inserido”. Isso levaria a uma análise dos elementos externos a tais conceitos como a capacidade dos juízes de decidir os casos judicializados, o conhecimento técnico dos mesmos para julgar casos ligados à saúde, o apoio material de servidores e estrutura disponível, a possibilidade de haver instituições mais bem preparadas para a realização do julgamento etc. Nesse contexto, o trabalho chegou à conclusão de que o foco na capacidade institucional real do Judiciário reestrutura consideravelmente a análise da interpretação jurídica. Todos que pretendem levar uma interpretação a sério devem considerar questões empíricas que envolvem o ato de interpretação e as consequências das decisões sobre os demais atores da sociedade.

Quanto as críticas realizadas à judicialização, a capacidade institucional também avalia que não é possível uma instituição ser o “superego da sociedade”, uma vez que todas instituições são dotadas de instrumentos e limitações para tomada de decisões, podendo umas, em determinados casos, ser mais capacitadas do que o Judiciário face sua especialização técnica e desenho institucional.

Sobre a possibilidade de aplicação de valores substantivos ou uma leitura moral da Constituição, a crítica a partir da capacidade institucional é no sentido de que os juízes são pessoas normais, não podendo ser detentores de toda a moral e valores da sociedade. Neste aspecto, seria melhor para as decisões judiciais a

aplicação de uma “segunda melhor teoria” da interpretação face a impossibilidade institucional para implementação das melhores teorias interpretativas como a de Dworkin. Aqui, os autores identificam o formalismo (aplicação literal do texto) por questão de segurança jurídica e, como forma de controle do discricionarismo, eles propõem acordos parcialmente teorizados.

Quanto à crítica à falta de legitimidade democrática do Judiciário, inicialmente, Sunstein e Vermeule avaliam uma ampliação fictícia dos limites interpretativos do Judiciário (o caso do *judicial review*). No entanto, é possível sua atuação, desde que leve em consideração questões ligadas à capacidade institucional e dos efeitos dinâmicos de suas decisões.

Definidas as ideias básicas das teorias e sua aplicação para superação das críticas à judicialização da saúde, a dissertação passou a tratar da Recomendação 31/2010. Inicialmente, foi contextualizado seu nascimento através da Audiência Pública nº 4 do STF, que debateu os problemas relativos à judicialização do direito de saúde. O trabalho identificou no procedimento da audiência uma aplicação da teoria da sociedade aberta de Peter Häberle. Isso porque ela buscou uma abertura da interpretação da norma por meio de debates sobre saúde com a comunidade científica, profissionais da saúde, administradores do SUS, associações e ao cidadão como usuário do sistema. Ao final, diagnosticaram-se vários problemas ligados à judicialização da saúde, servindo estes de base para a criação da Recomendação nº 31/2010 do CNJ.

As propostas de superação das críticas abordadas na audiência foram identificadas pela pesquisa e podem ser resumidas como: 1) necessidade de introdução de novos mecanismos que substituam, ou potencializem, os já existentes previstos no arranjo constitucional, legal, regimental e infralegal do Poder Judiciário; 2) ampliação da capacidade interinstitucional com cursos ligados ao direito sanitário para os juízes, melhoramento da infraestrutura como servidores e equipamento, parcerias com equipes médico-farmacêutica; 3) aproveitar a capacidade especializada de entidades das áreas afins como CFM, Anvisa, CFF, CRF, MS, conselhos municipais, estaduais, nacional de saúde etc. Isso amplia a capacidade intrainstitucional ao se relacionar com outras instituições, o que poderá ajudar na redução de erros judiciais, bem como os efeitos dinâmicos negativos de suas decisões.

Da análise da Recomendação, percebeu-se que ela se destina à coleta de informações técnicas como forma de subsidiar a decisão do juiz. Sendo assim, não foram encontrados elementos de abertura e participação democrática integrando a comunidade médica, farmacêutica, o cidadão e os gestores do SUS para a realização da interpretação constitucional. Contudo, identificou-se uma necessidade de apoio técnico a fim de qualificar a decisão do juiz, conferindo-lhe novos elementos, externos aos conceitos jurídicos e capazes de lhe auxiliar na formação de um juízo de valor.

A construção de um espaço para o exercício da cidadania e seu decorrente direito de participação (*status activus processualis*) seria fundamental para se identificar a teoria de Peter Häberle como fundamento da Recomendação. Neste sentido, não se identificou, em seus instrumentos, elementos destinados à transparência e publicidade para a realização deste fim, fato que demonstra e reforça a impossibilidade da participação ativa do cidadão quanto ao aspecto de interpretação da norma por meio de seus mecanismos.

Diante de tais fatores, percebeu-se que a Recomendação não busca, tanto, garantir uma legitimação democrática para a atividade do juiz, mas apenas uma legitimidade técnica com instrumentos capazes de ampliar a capacidade do juiz para a tomada de sua decisão. Ficou demonstrado que os juízes necessitam dessa ampliação a fim de realizarem seus julgamentos de forma que não desarticule a lógica e a operacionalidade do sistema de saúde ao se conceder um medicamento sem a segurança e eficácia asseguradas pela Anvisa, ou sem as observações técnicas dos relatórios médicos etc.

Todos os instrumentos apresentados e analisados estão focados em questões que limitam à atividade jurisdicional sejam elas limitações intrínsecas ou extrínsecas. A audiência demonstrou que tudo isso restringe sobremaneira a capacidade intrainstitucional do Judiciário.

Diante de todos os elementos catalogados no decorrer do trabalho, chegou-se à conclusão de que a teoria de Cass Sunstein e de Adriam Vermule pode ser utilizada como leitura da Recomendação na medida em que ela busca uma ampliação da capacidade intrainstitucional extrínseca, com procedimentos que visam reduzir suas deficiências de natureza processual, objetivando melhorar os já previstos pelo sistema processual. A medicina baseada em evidências passou a ser um referencial importante para as decisões dos juízes. A aproximação com a Anvisa

amplia sua capacidade interna levando em consideração essa opinião técnica e evita os efeitos dinâmicos negativos quando se determina a compra de remédios ou tratamentos não comprovadamente eficazes e seguros. Nesse cenário, percebeu-se uma ampliação da capacidade interinstitucional através do diálogo com outras instituições, inclusive com a Administração Pública no sentido de se ampliar os conhecimentos do magistrado quanto ao uso dos programas criados pelo sistema. Aqui há uma influência direta da questão dos efeitos dinâmicos. Essa preocupação também pode ser observada quando a Recomendação determina que se abra diálogo interinstitucional junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (Conep), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios.

O diálogo como forma de se ampliar a capacidade interna através da relação com as outras instituições é percebido em ações que fomentam a necessidade de se conhecer o funcionamento de conselhos municipais e estaduais de saúde, unidades de saúde pública, conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos, hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – Unacon, ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – Cacon.

Por fim, observa-se uma necessidade de construção constante de uma cultura de diálogo interinstitucional destinado a criar uma linguagem comum relacionada à questão da saúde. Isso passa por uma maior capacitação dos magistrados nos concursos para ingresso na carreira, uma melhor formação nos cursos da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam, à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – Enamat, e às Escolas de Magistratura Federais e Estaduais, e na busca pela construção de uma linguagem comum com as outras instituições via seminários e congressos entre todos os envolvidos no processo de judicialização da saúde.

A Recomendação nº 31/2010, dentro de um cenário de judicialização da saúde pelo qual passa o Brasil, pode ser um instrumento extremamente importante para a superação de seus problemas. É necessário, para isso, que o Judiciário se aproprie de suas diretrizes, uma vez que elas foram o resultado de um diagnóstico criado a partir de um processo democrático de discussão. Além do mais, deve o Judiciário reconhecer suas limitações. Enquanto ele buscar de forma fictícia a ampliação de sua capacidade e não considerar as questões institucionais, estará

propício ao erro judicial e aos sistêmicos efeitos negativos decorrentes deste. Neste aspecto, a tão almejada justiça estará cada vez mais distante do jurisdicionado, e a atividade jurisdicional não estará cumprindo corretamente a sua função, que é a efetivação do direito à saúde para todos.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA FILHO, Naomar; JUCÁ, Vlândia. **Saúde como ausência de doença: crítica à teoria funcionalista de Christopher Boorse**. Ciênc. Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v.7, n.4, 2002. p. 879-889. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141381232002000400019. Acesso em 06 de agosto de 2015. Acesso em: : 02/02/2015

ALMEIDA, Maria Clara D'Ávila. **Audiência Pública sobre a judicialização da saúde: contribuições, consequências e contradições**. XV Curso de Formação em Teoria Geral do Direito Público. v. 2, n. 27: 2013, p. 1-27. <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/928/626>. Acesso em: 03/12/2016.

ARGUELLES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. **O argumento das "capacidades institucionais" entre a banalidade, a redundância e o absurdo**. Rio de Janeiro: Direito, Estado e Sociedade (PUC-RJ), n. 38, jan-jun 2011. http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/01_Arguelhes_Leal.pdf

BARBOSA, H. **Hospital Regional de Iguatu pode suspender atividades a partir do mês que vem**. Diário do Nordeste: Caderno regional, Fortaleza – CE, 18 de set. de 2015, p. 2. <http://blogs.diariodonordeste.com.br/centrosul/cidades/crise-financeira-hospital-regional-de-iguatu-pode-suspender-servicos-a-partir-do-proximo-mes/>. Acesso em: 04/12/2016.

_____. **Crise pode fechar hospital de Iguatu**. Diário do Nordeste: Caderno regional, Fortaleza – CE, 23 de set. de 2015, p. 4. <http://blogs.diariodonordeste.com.br/centrosul/cidades/crise-financeira-hospitalregional-de-iguatu-pode-suspender-servicos-a-partir-do-proximo-mes/>. Acesso em: 04/12/2016.

_____. **Falta de leitos causa mortes de bebês**. Diário do Nordeste Fortaleza: Caderno regional, Fortaleza – CE, 23 de set. de 2015, p. 1 <http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/regional/falta-de-leitos-causa-morte-de-bebes-1.380074>. Acesso em: 04/12/2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Trabalho desenvolvido por solicitação da Procuradoria-Geral do

Estado do Rio de Janeiro. 2007. Disponível em <http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2015.

BARZUN, Charles. **The forgotten foundations of hart and sacks**. [Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2011-44](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1959406). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1959406. Acesso em: 23.11.2016.

BENTHAM, Jeremy. **Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**. São Paulo: Abril, 1979. (Os Pensadores).

BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia**. Valencia: Trotta, 2000. <https://www.passeidireto.com/arquivo/22538815/estudios-sobre-el-estado-de-derecho-y-la-democracia-ernst-wolfgang-bockenforde>. Acesso em: 06/03/2016

BOLONHA, Carlos; EISENBERG, José; RANGEL, Henrique. **Problemas Institucionais do Constitucionalismo Contemporâneo. Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, v. 17, pp. 288-309, 2011. <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/373>. Acesso em: 15/03/2016

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Audiência pública – saúde. O acesso às prestações de saúde no Brasil – desafios ao poder judiciário. Em 27.04.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma> Acesso em 29/11/2016

_____ Audiência pública – saúde. Responsabilidade dos entes da federação e financiamento do SUS. Em 28.04.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma> Acesso em 29/11/2016

_____ Audiência pública – saúde. Gestão do SUS – legislação do sus e universalidade do sistema. em 29.04.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma> Acesso em 29/11/2016

_____ Audiência pública – saúde. Registro na ANVISA e protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS. em 04.05.2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma> Acesso em 29/11/2016

_____ Audiência pública – saúde. Políticas públicas de saúde – integralidade do sistema. em 06.05.2009. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>> Acesso em 29/11/2016

_____. Audiência pública – saúde. Assistência farmacêutica do sus. e, 07.05.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>> Acesso em 29/11/2016

_____. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 581352/AM – Amazonas. Relator: Min. Celso de Mello, segunda turma, julgado em 29/10/2013, acordão eletrônico Dje-230, divulgado 21-11-2013, publicado 22-11-2013. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=203350608&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 12/04/2016.

_____. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 727864/MG – Minas Gerais. Min. Celso de melo, segunda turma, julgado em 04.11.2014. DJe-223, divulgado 12-11-2014, publicado 13-11-2014.. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28727864%2ENUME%2E+OU+727864%2EACMS%2E%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/z67nx7q> Acesso em: 12/04/2016.

_____. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 745745/MG – Minas Gerais. Min. Celso de melo, segunda turma, julgado em 02/12/2014. DJe-250, divulgado 18-12-2014, publicado 19-12-2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28745745%2ENUME%2E+OU+745745%2EACMS%2E%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hw5mhty>>. Acesso em: 13/04/2016.

_____. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 581352/AM – Amazonas. Relator: Min. Celso de Mello, segunda turma, julgado em 29/10/2013, acordão eletrônico Dje-230, divulgado 21-11-2013, publicado 22-11-2013. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=203350608&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 13/04/2016.

_____. Embargo declaratório no Agravo de Instrumento nº 598212 / PR – Paraná. Min. Celso de melo, segunda turma, julgado em 23/05/2014. DJe-077, divulgado 23-04-2014, publicado 24-04-2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28598212%2ENUME%2E+OU+598212%2EACMS%2E%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gqqp2st>> Acesso em: 14/04/2016.

_____. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5551 / DF – Distrito Federal. Rel. Min. Marco Aurélio, segunda turma, julgado em 24.08.2016. DJe- 176, publicado 19/08/2016. Disponível em: <html do arquivo <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi5501MMA.pdf>> Acesso em: 15/04/2016.

_____. Recurso Extraordinário nº 985435 / SC – Santa Catarina. Min. Luiz Roberto Barroso, segunda turma, julgado em 24.08.2016. DJe-186, publicado 01-09-2016. Disponível em: <html do arquivo <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310200977&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 15/04/2016.

BRUGGER, Winfried; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Os direitos fundamentais nas modernas Constituições: Análise comparativa entre as Constituições Alemã, Norte-americana e Brasileira.** Revista do Direito, Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007. <http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/184>. 10/12/2015

CAMAZANO, Joaquín Brage. **Rudolf Smend: un constitucionalista lúcido en las repúblicas de weimar y bonn.** In. Smend, Rudolf. Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal alemán. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 4-12. <http://minhateca.com.br/action/SearchFiles>. Acesso em: 12/03/2016.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional.** 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 667

CARLI, Patrícia de. **A Judicialização da política e o protagonismo dos juízes nas decisões que envolvem o direito constitucional à saúde: reflexões acerca da Jurisdição Constitucional.** Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM v. 9, n. 2 / 2014. www.ufsm.br/redevistadireito. Acesso em: 20/10/2016.

CARLINI, Angélica Lúcia. **Judicialização da saúde no Brasil: Causas e possibilidades de solução.** 2012. 202 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo/SP, 2012.

CAVALHEIRO, Andressa Fracaro. **O recall e os conceitos häberlianos de hermenêutica constitucional dos intérpretes da constituição.** Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, n. 4, Jan-Jun. p. 140-160, 2011. <http://www.abdconst.com.br/revista5/recallAndressa.pdf>. Acesso em: 13/10/2016.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo Direito e Justiça Distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder.** Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 35, n. 138, abr./jun. p. 185-192, 1998.

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/376/r138-15.pdf?sequence=4>. Acesso em: 14/10/2016.

CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 8. **Relatório final**. Brasília: Ministério da Saúde, 1986.
http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf Acesso em: 08/02/2015.

CNJ. **Recomendação n. 31 de 31 de março de 2010**. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando a melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/atos_administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113_recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010 Acesso em 26/02/2015.

CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. **O Financiamento da Saúde**. Brasília: CONASS, 2011.
<http://www.conass.org.br/arquivos/file/miolo%20livro%202.pdf> Acesso em 10/12/2016

CRUZ, Marly Marques da. **Histórico do sistema de saúde, proteção social e direito à saúde**. In: Oliveira, Roberta Gondim de Org.. Qualificação de gestores do SUS. Rio de Janeiro, RJ: EAD/Ensp, 2009.
<http://www.ensp.fiocruz.br/portalemsp/posgraduacao/site/materialdeapoio/detalhes/?site=1&id=12543>. Acesso em: 17/02/2016.

DALLARI, Sueli Gandolfi; JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Direito Sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010.

DONATO. Verônica Chaves Carneiro. **O Poder Judiciário no Brasil: estrutura, críticas e controle**. 2006. 107 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Fortaleza. Fortaleza/CE, 2006. p. 58.
<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp041679.pdf> Acesso em 08/01/2017

DWORKIN, Ronald. **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 271-201.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 46-72.

FARONI, Fabrício; RANGEL, Henrique. **Perspectiva institucional sobre o ativismo e a supremacia judiciais**. Grupo de Pesquisa do Mestrado sobre Instituições do Programa de Pós-Graduação em Direito (GPM Instituições – PPGD) da Universidade Federal do Rio de Janeiro.
<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e1d5be1c7f2f4566> Acesso em 30/11/2016

FERNANDES, Fernanda Sell de souto goulart; DANTAS, marcelo buzaglo. **Constituição e deficit procedimental na garantia dos direitos fundamentais no brasil: análise a partir da proposta de José Joaquim Gomes Canotilho**. iii

encontro de internacionalização do conpedi – madrid. V1, 2015. p. 260-274. <http://portaltutor.com/index.php/conpedireview/article/view/24>. Acesso em: 10/10/2016.

FERNANDES, L. C., and FERREIRA, M. C. **Qualidade de vida no trabalho e risco de adoecimento: estudo no poder judiciário brasileiro**. Psicol. USP [online]. 2015, vol.26, n.2, pp. 296-306. [viewed 14th October 2015]. ISSN 1678-5177. DOI: 10.1590/0103-656420130011. Available from: <http://ref.scielo.org/mjhwhs>. Acesso em 28/01/2017.

FGV, **RelatórioCJBrasil: 1º trimestre/2011. 4º onda-ano 2**. Escola de direito de São Paulo, 2011 http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8700/RelICJBrasil1TRI2011.pdf?sequence=1&isAllowed=y;http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17204/RelatoriolCJBrasil_1_sem_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em 20/01/2017

GARCIA, Belaunde Domingo. **El precedente vinculante y su revocatoria por parte del Tribunal Constitucional: a propósito del caso Provincias Nacional** (2006). Publicado el 12. IV, 2011. http://www.alfonsozabrano.com/corte_constitucional_ec/doctrina/190211/cce-doc-precedente_GARCIA.pdf. Acesso em: 27/06/2016.

GESSAT, Rachel. **1950: Decreto contra "inimigos da Constituição**. Folha de São Paulo. São Paulo: Caderno Deutsche Welle, São Paulo-SP, 17 de set. de 2004, p. 1 <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dw/ult1908u1297.shtml>. Acesso em: 01/02/2017.

GODOY, Arnaldo Moraes. **Direito e Filosofia nos Estados Unidos**. Revista de informação legislativa, v. 41, n. 163, p. 69-83, jul./set. 2004. <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/978>. Acesso em: 23.11.2016.

GOMES, Gustavo França. **O direito à saúde na Constituição de 1988 e a contra-reforma do Sistema Único de Saúde (SUS)**. In: VI Jornada Internacional de Políticas Públicas, 2013, São Luís. Anais do VI Jornada Internacional de Políticas Públicas. São Luís: Programa de Pós-Graduação de Políticas Públicas UFMA, 2013. p. 123-138. <http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinpp2013/JornadaEixo2013/anais-eixo8-direitosepoliticaspUBLICAS/odireitoasaudeenaconstituicaoede1988eacontrareformadosistemaunicodesaude-sus-.pdf>. Acesso em: 07/02/2016.

GUEDES, Ana Emília Leite. **Da Integração de Programas à Integralidade de Ações de Saúde: algumas reflexões preliminares** In R. Pinheiro & R. A. Mattos (Eds.). Os sentidos da integralidade na atenção e no cuidado à saúde. 8º edição. Rio de Janeiro: Abrasco. 2009. pp. 131-161. <https://cepesc.org.br/wp-content/uploads/2013/08/Livro-completo.pdf> Acesso em 28/01/2017

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y Derechos Fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2006. p. 158-165. <http://biblio.upmx.mx/library/index.php?title=284756&query=@title=Special:GSMSearchPage@process=@classification=342.02@mode=&recnum=17>. Acesso em: 20/06/2016.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contrição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. Sergio Antônio Farbis Editor, 1997.

_____. **El Estado Constitucional.** México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003. <https://www.passeidireto.com/arquivo/22066817/el-estado-constitucional---peter-haberle>. Disponível em: Acesso em: 24/05/2016

_____. **A Jurisdição Constitucional na Fase Atual de Desenvolvimento do Estado Constitucional.** Trad. Tânia Abrão Rangel. Editorial N. P. Engel, Kehl am Rhein/Estrasburgo/ Arlington, Fascículos 5-8, de 26 de abril de 2004. Europäische Grundrechte Zeitschrift, 2004. <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42470>. Acesso em: 08/09/2016.

HART, H.L.A. **O conceito de direito / H.L.A. Hart;** pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HERKENHOFF, João Batista. **Como aplicar o Direito.** 9º ed. Rio de Janeiro: Editora forense, 2008. p. 23. http://pt.slideshare.net/Tammycarvalho/livro-como-aplicar-o-direito-escolas-joao-baptista-herkenhof-2?from_action=save. Acesso em: 28/07/2016.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha.** Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998. <https://www.passeidireto.com/arquivo/18036838/konrad-hesse---elementos-de-direito-constitucional-da-republica-federal-da-alema>. Acesso em: 15/10/2016.

JOHN F. Manning. **Textualism and Legislative Intent.** 91 VA. L. REV. 419, 440-41, 2005. http://www.virginialawreview.org/sites/virginialawreview.org/files/419_0.pdf. Acesso em: 23.11.2016.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia.** ALCEU - v.5 - n.9 - p. 105 a 113 - jul./dez. 2004. p. 105-110. http://revistaalceu.com.pucrio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf. Acesso em: 21/05/2016.

_____. **Jurisdição constitucional aberta: Reflexão sobre a legitimidade e os limites da jusdição constitucional na ordem democrática – Uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana.** Rio de Janeiro: Lumen juris editora, 2007.

_____. **Jurisdição constitucional aberta: a abertura constitucional como pressuposto de intervenção do amicus curiae no direito brasileiro.** DPU nº 21. 2008. Disponível em <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/direitopublico/article/viewArticle/530>> Acesso em: 12/12/201.

_____. **la jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: existe realmente un “activismo” O “el” activismo?**. Estudios Constitucionales, v. 10-2, p. 429-454, 2012. http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071852002012000200011
Acesso em: 24/07/2016.

_____; GERVASONI, Tássia Aparecida. **Ativismo judicial? o “antes” e o “depois” da constituição de 1988 na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: um estudo a partir da noção de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.** Pensar, Fortaleza, v. 18, n. 3, p. 953-970, set./dez. 2013. <http://ojs.unifor.br/rpen/article/view/2815/pdf> Acesso em: 28/08/2016.

_____. **As Audiências Públicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal Brasileiro: Uma nova forma de participação?**. Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 19 - n. 2 - mai-ago 2014. P. 327-347. <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6010>. Acesso em 06/01/2017

LIMA, Luziane. **Colapso do Judiciário: OAB/RS debate precariedade da prestação jurisdicional em Caxias do Sul.** OAB/RS: Notícias, Caxias do Sul – RS, 19 de mai. de 2014, p. 1 <http://www.oabrs.org.br/noticias/colapso-judiciario-oabrs-debate-precariedade-prestacao-jurisdicional-em-caxias-sul/15108>. Acesso em 02/02/2017.

LOCKE, John. **Segundo Tratado do Governo Civil.** Petrópolis: vozes, 1994.

LORENZETTO, Bruno Meneses. **O debate entre Kelsen e Schmitt sobre o guardião da constituição.** In: Congresso Nacional do CONPEDI, 18., dias 04,05,06 e 07 2009, São Paulo. Anais. p. 1924-1944. http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2236.pdf
. Acesso em 13.02.2016

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** in: os pensadores – Kant, tradução Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1974. p. 240-242.

MAAS, Rosana Helena. **O dever dos entes estatais de disponibilizar informações públicas como fundamento para o exercício do status activus processualis no controle de políticas públicas: uma proposta de canal de informação e transparência em políticas públicas da saúde (citapp saúde) frente ao estudo da judicialização da saúde em santa cruz do sul.** 2016. 289 f.

MACHADO, Felipe Rangel de Souza; DAIN; Sulamis. **A Audiência Pública da Saúde: questões para a judicialização e para a gestão de saúde no Brasil.** Rev. Adm. Pública — Rio de Janeiro 46(4):1017-36, jul./ago. 2012. http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122012000400006.
Acesso em 04/01/2017.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado.** 26. ed., atual. pelo Prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Saraiva, 2003.

http://filoinfo.net/disciplinasonline/pluginfile.php/3218/mod_resource/content/1/MALUF,%20Said.%20Teoria%20geral%20do%20Estado.pdf. Acesso em: 01/11/2017.

MARTINS, Leonardo (org). **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V. 2005. http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf. Acesso em 25 de outubro de 2015

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividadejurisprudencial na ‘sociedade órfã’**. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000. p. 184-188 <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/JUDICI%C3%81RIO-COMO-SUPEREGO-DA-SOCIEDADE.pdf> Acesso em: 18/06/2016.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e direitos fundamentais**. Porto Alegre: livraria do advogado, 2015.

MENDER, Helena. **Ministro Joaquim Barbosa vira herói das redes sociais**. Estado de Minas: Caderno Política, Belo Horizonte - MG, 08 de set. de 2012. http://www.em.com.br/app/noticia/politica/2012/09/08/interna_politica,316352/ministro-joaquim-barbosa-vira-heroi-das-redes-sociais.shtml. **Acesso em: 04.02.2017.**

MENEGON, V. S. M. **Crise dos serviços de saúde no cotidiano da mídia impressa**. Psicologia & Sociedade. Campo Grande, V. 20, Edição Especial, pp. 32-40, 2008. <http://www.scielo.br/pdf/psoc/v20nspe/v20nspea06.pdf>. Acesso em 04/04/2016.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Financiamento Público de Saúde**. In series ECOS: Economia da Saude para a gestão do SUS. V. 1. Brasília, 2013. http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/financiamento_publico_saude_eixo_1.pdf Acesso em 10/01/2017.

MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. **Políticas públicas e jurisdição constitucional: entre direitos, deveres e desejos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

MÜLLER, Friedrich. **Tesis acerca de la estructura de la norma jurídica**. R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 11, n. 15, p.364-379, jan./dez. 2011. <http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/viewFile/309/165>. Acesso em: 01/02/2017.

NELSON; Caleb. **Statutory luterpretatiou aud Decision Theory. Judging under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation**, Adrian Vermeule. Harvard, 2006. Pp viii, 333. HEINONLINE. Citation: 74 U. Chi. L. Rev. 329 2007 http://www.law.virginia.edu/pdf/faculty/hein/nelson/74u_chi_l_rev329_2007.pdf. 21/11/2016

OLIVERIA, Germano. **“Herói brasileiro”, diz Moro sobre ministro Teori Zavascki**. Isto é: Caderno Geral, São Paulo -SP, 19 de jan. de 2017. <http://istoe.com.br/heroi-brasileiro-diz-moro-sobre-ministro-teori-zavascki/>. Acesso em: 04.02.2017.

OLIVEIRA, Romualdo Portela de; SANTANA, Wagner. **Educação e federalismo no Brasil: combater as desigualdades, garantir a diversidade**. Brasília: UNESCO, 2010. (Principalmente: CURY, Carlos Roberto Jamil. “A questão federativa e a educação escolar” p. 149-168 <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001873/187336por.pdf>. Acesso em: Acesso em: 12/06/2016.

OMS. **Constituição da Organização Mundial de Saúde**. Nova Iorque em 22 de Julho de 1946. Disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMSOrganiza%C3%A7%C3%A3oMundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundialdasaudeomswho.html> Acesso em 06 de fevereiro de 2015.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Relatório da Saúde mundial: Financiamento dos sistemas de saúde - O caminho para a cobertura universal**. Suíça: 2010, p. 143. http://www.who.int/whr/2010/whr10_pt.pdf. Acesso em 12/01/2017.

PASCHOALINI, Felipe. **Interpretação e instituições o diálogo entre Cass Sunstein e Ronald Dworkin**. 2015. 199 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de São Paulo: faculdade de Direito. São Paulo/SP, São Paulo, 2015. p. 11-20. <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-18112015-145137/en.php> Acesso em: 11/10/2016

PEREIRA, Wilson Medeiros. **Atuação do poder judiciário no tocante às políticas públicas de saúde**. Revista da AJURIS – v. 40 – n. 132 – Dezembro 2013. p. 379-398. <http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/262/197>. Acesso em: 09/11/2016.

POOPER, Karl. **A sociedade aberta e seus inimigos: O fascínio de Platão**. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte. Editora Itatiaia Limitada, 1974. <https://saudeglobaldotorg1.files.wordpress.com/2013/08/te1-popper-a-sociedade-aberta.pdf>.

POSNER, Richard. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RIBEIRO FILHO, Carlos Alberto Alves. **A compatibilidade da sociedade aberta e o Estado Democrático de Direito com a judicialização da política**. Revista de Direito brasileira. Ano 4, Vol.7, jan./abril, p. 61-79, 2014. <http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/170>. Acesso em: 15/10/2016.

ROSA, Christian Fernandes Gomes da. **Jeremy Bentham e a constituição do conceito de direito no pensamento jurídico moderno**. Revista Estudos Jurídicos UNESP, Franca, A. 14 n.20, p. 01-348, 2010.

<http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/viewFile/257/306>. 22/11/2016

ROSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 23-26.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 67, p. 125-172, 2008. p. 116-117. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 20 de outubro de 2015.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. SOARES, Hector Cury. **O papel do Estado Democrático de Direito enquanto condição do controle judicial de políticas públicas de saúde no Brasil: preferência ou inevitabilidade do julgamento?** Novos Estudos Jurídicos, v. 14, n. 3, p. 208-254, 3º quadrimestre 2009. p. 211-213. <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/1939/1494>. Acesso em: 09/09/2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 67, p. 125-172, 2008. p. 116-117. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 20 de outubro de 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.142-143

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 147-148.

SCHWARTZ, Germano; BORTOLOTTI, Franciane Woutheres. **A dimensão prestacional do direito à saúde e o controle judicial de políticas públicas sanitárias.(p. 257-264)**. Revista de informação legislativa. Senado Federal. Brasília: Subsecretaria de edições técnicas. Ano 45. n. 177. jan.-mar./2008. https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160191/Dimens%C3%A3o_pres_tacional_direito_saude_177.pdf?sequence=7. Acesso em: 11/08/2016

SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitución**. Madri: Alianza Editorial, 1996. p. 29-44. <http://minhateca.com.br/action/SearchFiles> Acesso em: 04/07/2016.

SECONDAT, Charles. **Do espírito das leis**. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 87.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **O sistema único de saúde e suas diretrizes constitucionais**. 2ed. São Paulo: Verbatim, 2012.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios.** Barcelona: Orbis, 1985. p. 29-31.
<http://minhateca.com.br/action/SearchFiles>. 20 de outubro de 2015.

SILVA, José Afonso. **Aplicação das normas constitucionais.** 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 135-137; 164-165.

SILVA, Christine Oliveira Peter da; GONTIJO, André Pires. **Análise metodológica de Peter Häberle.** Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008. p. 5398-5426
http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/02_816.pdf
 Acesso em: 13/10/2016.

SOARES, Jussara Calmon Reis de Souza; DEPRÁ, Aline Scaramussa. **Ligações perigosas: indústria farmacêutica, associações de pacientes e as batalhas judiciais por acesso a medicamentos.** Physis Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 22 [1]: 311-329, 2012.
http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312012000100017.
 Acesso em 20/01/2017.

SMEND, Rudolf. **Ensayos sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal alemán.** Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005. p. 4-12.
<http://minhateca.com.br/action/SearchFiles> Acesso em: 03/07/2016.

STAFFEN, Márcio Ricardo; ABREU, Pedro Manoel. **Reflexões sobre o modelo participativo de processo jurisdicional brasileiro.** SCIENTIA IURIS, Londrina, v.16, n.2, p.69-82, dez.2012.
<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/14003>. Acesso em: 22/10/2016.

STRECK, Lenio Luiz. **A Interpretação do Direito e o dilema acerca de como evitar juristocracias: A importância de Peter Häberle para a superação dos atributos (eigenschaften) solipsistas do Direito.** OBSERVATÓRIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. Brasília: IDP, Ano 4, 2010/2011.
<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/561>. Acesso em: 23/10/2016.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil.** Novos Estudos Jurídicos - Volume 8 - Nº 2 - p.257-301, maio/ago. 2003.
<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/336/280>. Acesso em: 04/09/2016.

_____; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003

_____. **A jurisdição constitucional e o resgate das promessas da modernidade: a permanência do caráter compromissário (e dirigente) da constituição.** Rev. TRT - 9ª R. Curitiba, v. 29, n.52, p.17-53, Jan./Jun.2004.

p.30. http://www.trt9.jus.br/internet_base/arquivo_download.do?evento=Baixar&idArquivoAnexadoPlc=1498748. Acesso em: 19/10/2016.

SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. **El costo de los derechos: Por qué la libertad depende de los impuestos**. Trad. Stella Mastrangelo. Buenos Aires: Veintiuno Editores, 2015. Acesso em: 24/10/2016.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. **“Interpretation and institutions”**. Chicago Public Law & Legal Theory Working Papers Series, N° 28, 2002. <http://www.law.uchicago.edu/files/files/28.crs-av.interpretation.pdf> Acesso em: 17/10/2016.

PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Notícias – **Workshop discute melhorias nas ações de saúde**. Disponível em: <<http://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/imprensa/noticias/Informes/6685-I-Workshop-discute-melhorias-nas-acoes-de-saude.xhtml>> Acesso em 03/01/2017

TEIXEIRA, Carmen. **Os princípios do Sistema Único de Saúde**. Texto de apoio elaborado para subsidiar o debate nas Conferências Municipal e Estadual de Saúde. Salvador. 2011. p 5. Disponível em http://www.saude.ba.gov.br/pdf/OS_PRINCIPIOS_DO_SUS.pdf. Acesso em 10 de fevereiro de 2015. 16:36

VALDÉS, Diego. **Peter Häberle: un jurista para el siglo xxi. estudio introductorio**. In: HÄBERLE, Peter. El Estado Constitucional. Trad. Héctor Fix-Fierro. México. Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. <https://www.passeidireto.com/arquivo/22066817/el-estado-constitucional---peter-haberle>. Acesso em: 16/10/2016.

VARGAS, Daniel Barcelos. **O Constitucionalismo e a Esperança – Um Estudo dos Pressupostos da Constituição Aberta de Peter Häberle a partir do Princípio da Esperança de Ernst Bloch**. DIREITO PÚBLICO N° 6 – Out-Nov-Dez/2004 – ESTUDOS, CONFERÊNCIAS E NOTA. <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1367>. Acesso em: 20/10/2016.

VARGAS, Jeferson Dutra. **História das Políticas Públicas de Saúde no Brasil: Revisão de literatura**. 28 f. Rio de Janeiro, 2008. <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAfOZcAK/cd52-1-ten-al-jeferson-dutra-vargas#>> Acesso em 05/02/2015.

VERMEULE, Adrian. **Mechanisms of democracy: institutional design writ small**. New York: Oxford University Press, 2007. Acesso em: 23.11.2016.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Traducción de Marina Gascón. 10 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011. <https://www.academia.edu/4980303/155026921-El-Derecho-Ductil-Gustavo-Zagrebelsky-pdf?auto=download> Acesso em: 28/07/2016.

