

UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL - UNISC  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - DOUTORADO  
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM DIMENSÕES INSTRUMENTAIS DAS POLÍTICAS  
PÚBLICAS

Mauro Luís Silva De Souza

PARTICIPAÇÃO SOCIAL E CONTROLE SOCIAL NA CONFORMAÇÃO DO  
DIREITO À SAÚDE: CRÍTICA À ATUAÇÃO JUDICIAL E INVERSÃO DA LÓGICA  
CONSTITUCIONAL E PROPOSTAS DE HARMONIZAÇÃO PARA A GESTÃO DE  
SAÚDE NO BRASIL

Santa Cruz do Sul

2020

Mauro Luís Silva De Souza

PARTICIPAÇÃO SOCIAL E CONTROLE SOCIAL NA CONFORMAÇÃO DO  
DIREITO À SAÚDE: CRÍTICA À ATUAÇÃO JUDICIAL E INVERSÃO DA LÓGICA  
CONSTITUCIONAL E PROPOSTAS DE HARMONIZAÇÃO PARA A GESTÃO DE  
SAÚDE NO BRASIL

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de concentração: Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas.

Orientadora: Prof. Pós-Dra Caroline Müller Bitencourt.

Santa Cruz do Sul

2020

Mauro Luís Silva De Souza

PARTICIPAÇÃO SOCIAL E CONTROLE SOCIAL NA CONFORMAÇÃO DO  
DIREITO À SAÚDE: CRÍTICA À ATUAÇÃO JUDICIAL E INVERSÃO DA LÓGICA  
CONSTITUCIONAL E PROPOSTAS DE HARMONIZAÇÃO PARA A GESTÃO DE  
SAÚDE NO BRASIL

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito. Área de concentração: Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas.

Orientadora: Prof. Pós-Dra Caroline Müller Bitencourt.

Aprovado em: 16/ 03/2020

Banca Examinadora:

---

Prof. Dra. Caroline Müller Bitencourt – Orientadora - UNISC

---

Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem – Coorientador - PUCPR

---

Prof. Dra. Mônia Clarissa Henning Leal - UNISC

---

Prof. Dr. Janriê Rodrigues Reck - UNISC

---

Prof. Dra. Vanice Regina Lírio do Valle – Estácio de Sá RJ

---

Prof. Dr. Anderson Vichinkeski - UNISINOS

### CIP - Catalogação na Publicação

Souza, Mauro Luís Silva de

PARTICIPAÇÃO SOCIAL E CONTROLE SOCIAL NA CONFORMAÇÃO DO  
DIREITO À SAÚDE : CRÍTICA À ATUAÇÃO JUDICIAL E INVERSÃO DA LÓGICA  
CONSTITUCIONAL E PROPOSTAS DE HARMONIZAÇÃO PARA A GESTÃO DE SAÚDE  
NO BRASIL / Mauro Luís Silva de Souza. – 2020.

272 f. ; 30 cm.

Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do  
Sul, 2020.

Orientação: Profa. Dra. Caroline Müller Bitencourt.

Coorientação: Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem .

1. Direito à Saúde. 2. Participação Social. 3. Controle  
Social. 4. Judicialização da Saúde. 5. Políticas Públicas. I.  
Bitencourt, Caroline Müller. II. Hachem , Daniel Wunder . III.

Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da UNISC  
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

## AGRADECIMENTOS

Um trabalho como este não se realiza sem a colaboração de inúmeras pessoas que, posto não nominadas, se fazem presentes em cada linha produzida. Estes foram secretários, bibliotecários, membros de conselhos, colegas de Magistério e de Ministério Público com os quais se discutiram ideias sobre o tema, atendentes e servidores dos mais diversos órgãos em que se buscou algum elemento para a construção do texto e que, para além de suas funções, foram prestativos, gentis e compreensivos. Agradeço a estes, portanto, e mais.

Ao Ministério Público do Rio Grande do Sul e à Associação dos Membros do Ministério Público do Rio Grande do Sul, agradeço o financiamento parcial desta empreitada.

À Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, nas pessoas de seu Presidente, Diretor da Faculdade e Coordenador da Graduação, agradeço o fato de terem realizado este convênio com a UNISC e me estimulado a participar do programa.

À UNISC e à direção do Programa de Doutorado em Direito, o fato de terem me acolhido em uma linha de pesquisa tão afeta às minhas atividades cotidianas de Promotor de Justiça de Defesa da Saúde Pública, como a linha de Dimensão Instrumental de Políticas Públicas, tão necessária não só ao meio acadêmico, mas à comunidade como um todo.

À Minha Orientadora, a Professora Pós-Doutora Caroline Müller Bitencourt, essa jovem competente pesquisadora, agradeço a condução firme e disciplinada de nossas metas e prazos, a contribuição teórica inestimável, o carinho e a paciência de conduzir um aluno já maduro nas técnicas e necessidades da pesquisa acadêmica.

Aos meus filhos Mauro, Bruno e Artur, companheiros de diversão, mas sempre prontos para uma contribuição linguística, filosófica, ou de informática.

À Deise Maria, essa testemunha e protagonista dos últimos quarenta melhores anos da minha vida, agradeço a compreensão, dedicação e contribuição para que tudo o que desejo torne-se possível.

## RESUMO

O problema de pesquisa é descrever como ocorre a inversão da lógica do sistema constitucional do direito à saúde, e quais propostas de harmonização entre os poderes instituídos mostram-se necessárias para melhor conformação da gestão das políticas públicas de saúde no Brasil? Como hipótese tem-se que o Poder Judiciário, se não considerar a participação comunitária como indispensável à delimitação do conteúdo do direito à saúde a ser garantido por políticas públicas como posto na Constituição de 1988, negando vigência ao inciso III do art. 198 desta constituição, poderá dificultar a participação e o exercício do controle social de políticas públicas de saúde e enfraquecerá a diretriz constitucional da participação social. Utilizando para abordagem do tema o método hipotético-dedutivo, e como métodos de procedimento o método histórico e o método tipológico, a partir do registro e análise de casos selecionados exemplificativamente no Poder Judiciário, estabelece-se como se deu a participação social na formação constitucional do direito à saúde no Brasil. Definir-se-á o direito à saúde como direito fundamental social e o Sistema Único de Saúde como o encarregado juridicamente pelo Estado Brasileiro para construir e executar a política pública de saúde. Demonstra-se que a construção da política se faz de forma ascendente com participação das instâncias comunitárias e identifica-se como a judicialização do direito à saúde no Brasil se traduz em elemento comprometedor da gestão pública democrática da saúde. Apontam-se as contribuições da Teoria do Discurso e da Democracia Deliberativa para o exercício de participação popular e a formação do consenso. Estabelece-se o significado e o papel do controle social no direito à saúde, colocando a judicialização como um possível descaminho à participação e ao controle social da política de saúde, e indicam-se propostas de harmonização da atuação judicial para melhor conformação da gestão da política pública de saúde. Nas conclusões se apontará que a atuação interventiva do Poder Judiciário inverteu a lógica constitucional do direito à saúde, ratificando-se a hipótese de que o Poder Judiciário nega vigência ao inciso III do art. 198 da Constituição e, assim, enfraquece a diretriz de participação social no direito à saúde.

**Palavras-chave:** Participação social e controle social. Direito à saúde. SUS. Judicialização.

## ABSTRAC

The research problem is to describe how the logic reversal of the constitutional system of the right to health occurs, and which proposals for harmonization between the instituted powers are necessary to better shape the management of public health policies in Brazil? As a hypothesis, the Judiciary Power, if it does not consider community participation as indispensable for delimiting the content of the right to health to be guaranteed by public policies as set out in the 1988 Constitution, denying the validity of item III of the article 198 of this constitution, may hinder the participation and the exercise of social control of public health policies and weaken the constitutional guideline of social participation. Using the hypothetical-deductive method to approach the theme, and as the procedural methods, the historical method and the typological method, based on the registration and analysis of selected cases in the Judiciary, it is established how social participation took place in the constitutional formation of the right to health in Brazil. The right to health will be defined as a fundamental social right and the Unified Health System will be the one legally charged by the Brazilian State to build and execute the public health policy. It is demonstrated that the construction of the policy is done in an ascending manner with the participation of the community instances and it is identified how the judicialization of the right to health in Brazil translates into a compromising element of the democratic public health management. The contributions of the Discourse Theory and Deliberative Democracy to the exercise of popular participation and the formation of consensus are pointed out. The meaning and role of social control in the right to health is established, placing judicialization as a possible misleading way to the participation and social control of health policy, and proposals are suggested to harmonize judicial action to better suit health management. In the conclusions, it will be pointed out that the Judiciary's interventional action has inverted the constitutional logic of the right to health, ratifying the hypothesis that the Judiciary denies validity to item III of the article 198 of the Brazilian Constitution and thus weakens the guidelines for social participation in the right to health.

Keywords: Social participation and social control. Right to health. SUS. Judicialization.

## LISTA DE ABREVIATURA

AGU	Advocacia Geral da União
AME	Atrofia Muscular Espinhal
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CF	Constituição Federal
CIB	Comissão Intergestores Bipartite
CIR	Comissão Intergestores Regional
CIS	Comissões Interinstitucionais de Saúde
CIT	Comissão Intergestores Tripartite
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
COAP	Contrato Organizativo da Ação Pública da Saúde
CONASEMS	Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde
CONASS	Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde
CONITEC	Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias
ENFAM	Escola Nacional de Formação e Aprimoramento da Magistratura
ESF	Estratégia Saúde da Família
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
INAMPS	Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social
LAFERGS	Laboratório Farmacêutico do Estado do Rio Grande do Sul
LOS	Lei Orgânica da Saúde
NATS	Núcleos de Assessoramento Técnico em Saúde
NOAS	Normas Operacionais de Assistência à Saúde
NOB	Norma Operacional Básica
OMS	Organização Mundial de Saúde
OPAS	Organização Pan Americana de Saúde
OS	Organizações Sociais
OSCIPS	Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público
PACS	Programa Agentes Comunitários de Saúde
PGS	Planejamento Governamental em Saúde
PNS	Plano Nacional de Saúde
PRI	Planejamento Regional Integrado
PSF	Programa Saúde da Família
RAS	Rede de Atenção à Saúde
RENASES	Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUDS	Sistema Unificado Descentralizado de Saúde
TCERS	Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul
TCU	Tribunal de Contas da União

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>A PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA FORMAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL.....</b>	<b>17</b>
2.1	O movimento de reforma sanitária: a origem do direito à saúde .....	17
2.2	A inter-relação do direito à saúde com a comunidade: o direito da comunidade e para a comunidade .....	29
2.3	A subsidiariedade aplicada à lógica do direito à saúde: um olhar crítico	39
2.4	Meios de participação comunitária no sistema de saúde no Brasil .....	45
2.4.1	Conselhos .....	45
2.4.2	Conferências .....	47
2.4.3	Equipes de saúde da família e agentes comunitários de saúde.....	50
2.4.4	Audiências Públicas .....	51
2.4.5	ONGs, fundações, os e oscips .....	53
<b>3</b>	<b>AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL: DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE .....</b>	<b>57</b>
3.1	A saúde como um direito social: direito do indivíduo com prestação coletiva .....	57
3.2	A organização da prestação do direito social a partir da organização dos serviços públicos de saúde no Brasil.....	65
3.3	O direito social à saúde, os serviços públicos e as políticas públicas .....	71
3.4	Organização e gestão da prestação do direito social à saúde no Brasil: o Sistema Único de Saúde e os deveres de prestação estatal e comunitária .....	80
3.5	Um olhar acerca do significado de complementar em relação ao terceiro setor: um possível distanciamento do controle e da participação popular na gestão de saúde.....	92
<b>4</b>	<b>A VERTICALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E A PRETENSÃO DE REGULAÇÃO COM A EC/29 E LEI COMPLEMENTAR 141: O PAPEL DOS ORÇAMENTOS PÚBLICOS .....</b>	<b>97</b>
4.1	A conformação vertical e horizontal das políticas públicas de saúde: A construção ascendente da política pública de saúde .....	98

4.1.1	A atuação dos Conselhos Estaduais e Municipais para a validação da política pública de saúde.....	103
4.1.2	O papel interventivo do CONASS e do CONASEMS.....	107
4.2	<b>A forma de financiamento da saúde nos entes federativos.....</b>	<b>111</b>
4.3	<b>O papel do orçamento vinculativo em saúde: engessamento ou garantia de direitos?.....</b>	<b>116</b>
4.4	<b>A Emenda Constitucional nº 29 e suas implicações para os orçamentos de saúde .....</b>	<b>120</b>
4.5	<b>O significado de despesa em saúde com a Lei Complementar 141 e as limitações constitucionais: um olhar crítico .....</b>	<b>125</b>
4.6	<b>A possibilidade de o Município adequar a política nacional e estadual à realidade local.....</b>	<b>132</b>
5	<b>A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: UM OLHAR CRÍTICO DA ATUAÇÃO JUDICIAL COMO ELEMENTO DESORGANIZADOR DA GESTÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA DA SAÚDE NO BRASIL.....</b>	<b>136</b>
5.1	<b>Os números da judicialização da saúde no Brasil: um olhar individual a uma prestação que deveria ser coletiva .....</b>	<b>137</b>
5.2	<b>Possibilidades jurídicas do controle jurisdicional de políticas públicas: um hiato entre o direito social e as políticas públicas de saúde.....</b>	<b>143</b>
5.3	<b>Presença do Direito Sanitário como argumento para decidir.....</b>	<b>149</b>
5.4	<b>As decisões judiciais e o comprometimento dos recursos em saúde no Brasil: uma via inversa e paliativa ao problema .....</b>	<b>159</b>
5.5	<b>O exemplo das repercussões gerais no Supremo Tribunal Federal como a inversão da lógica do sistema.....</b>	<b>164</b>
5.6	<b>O que podemos aprender com a judicialização da saúde .....</b>	<b>171</b>
6	<b>A PARTICIPAÇÃO POPULAR E A FORMAÇÃO DO CONSENSO A PARTIR DAS CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DO DISCURSO: A RACIONALIDADE COMUNICATIVA DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE DA COMUNIDADE E PARA A COMUNIDADE .....</b>	<b>176</b>
6.1	<b>Um direito de participação e as condições ideais para a formação dos consensos .....</b>	<b>177</b>
6.1.1	<b>O princípio democrático e o princípio do discurso: condições ao princípio da universalização .....</b>	<b>177</b>

6.1.2	As especialidades dos discursos: o direito à saúde na lógica dos discursos de fundamentação e aplicação .....	184
<b>6.2</b>	<b>O direito como médium: o meio de conversão do poder comunicativo em poder administrativo a partir da formação dos consensos .....</b>	<b>187</b>
6.2.1	A esfera pública e a formação dos consensos .....	190
<b>6.3</b>	<b>O conteúdo do princípio da soberania popular .....</b>	<b>192</b>
<b>6.4</b>	<b>Contribuições da democracia deliberativa para qualificar os procedimentos: O acesso Universal ao processo deliberativo como legitimador do Direito.....</b>	<b>197</b>
<b>7</b>	<b>PARTICIPAÇÃO SOCIAL E CONTROLE SOCIAL NA CONFORMAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE COMO UM DIREITO NOTADAMENTE DE PARTICIPAÇÃO NA LÓGICA CONSTITUCIONAL: A NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO INSTITUCIONAL PARA A GESTÃO PÚBLICA DA SAÚDE NO BRASIL .....</b>	<b>209</b>
7.1	Significado e papel do controle social à saúde .....	209
7.2	A judicialização como um possível descaminho ao controle social: o sistema desfigurado .....	216
7.3	O problema da saúde no Brasil um exemplo da necessidade dos diálogos institucionais.....	221
7.4	Perspectivas de uma atuação judicial alinhada à “mens legem” do direito à saúde .....	227
7.5	Propostas de harmonização da atuação judicial para melhor conformação da gestão das políticas públicas de saúde.....	231
<b>8</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>242</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>255</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito à Saúde e o Sistema Único de Saúde (SUS) constituem a maior política pública de proteção social no Brasil, sendo uma das políticas que mais necessitam de gestão adequada de recursos, sempre insuficientes, dadas as circunstâncias de aplicação e desvios das reservas públicas do país.

Também é uma das políticas públicas que mais dependem da participação e controle social pela sua abrangência espacial e populacional e pela necessidade de legitimação da ação pública e aderência comunitária a esta para a potencialização da eficiência das medidas.

Contudo, em não havendo a compreensão de que a participação social e o controle social na conformação do direito à saúde como um direito notadamente de participação na lógica constitucional implique a necessidade de harmonização institucional para a gestão pública da saúde no Brasil, não se obterá a eficiência desejada de uma política tão abrangente.

É assim que o debate acerca do comportamento e da função de cada instituição pública e da sociedade na conformação desse direito tem-se tornado cada vez mais indispensável, especialmente para que se estabeleçam os limites e as possibilidades de o direito atuar como médio nesta questão, contribuindo para o desenvolvimento socioeconômico e redução das desigualdades sociais do modo apregoado na “Constituição Cidadã” de 1988 (BRASIL, 1988a).

Considerando-se o volume de ações judiciais em matéria de saúde que grassam pelo país e, especialmente, que grande parte desse volume tramita no Rio Grande do Sul, e mais ainda que o índice de procedência das demandas já ultrapassou os 80% (CNJ 2019), torna-se necessário identificar possíveis causas desse fenômeno indicando alternativas de encaminhamento.

O direito à saúde talvez seja o direito social que mais tenha suscitado debate acadêmico e judicial após a Constituição de 1988 (BRASIL, 1988a), especialmente acerca dos itens que constituem sua concretização, do custo destas prestações e do órgão que tem a competência para determiná-las. Daí a importância de se retomar a discussão sobre sua conformação histórica, constitucional e legal, com o intuito de indicar quem é competente para concretizá-lo, o possível desarranjo que a aplicação direta da Constituição pelo Poder Judiciário, sem a mediação do legislador, do

gestor e da comunidade pode ocasionar, e as perspectivas de harmonização da gestão da saúde e de prestação adequada do direito.

A presente pesquisa compreende o direito à saúde como um direito de conformação eminentemente social, a partir da participação e controle da sociedade e que, portanto, sua realização pela via judicial inverte a lógica de realização desse direito e pode enfraquecer a diretriz constitucional de participação da comunidade. Para tanto, buscar-se-á investigar o tema tendo como marco regulatório sua conformação na Constituição de 1988 (BRASIL, 1988a) como um direito fundamental social, as Leis 8.080/90 e 8.142/90 (BRASIL, 1990a, 1990b), chamadas leis orgânicas da saúde, que regulamentam o SUS e as formas de participação social para sua legitimação, bem como a Emenda Constitucional 29 de 2000 e a Lei complementar 141 (BRASIL, 2012) como diretrizes fundamentais a sua conformação.

A pesquisa se enquadra na linha de pesquisa Dimensões Instrumentais de Políticas Públicas do Programa de Doutorado da UNISC, pois busca-se analisar o debate institucional e social na construção desta ação pública, que é focada em uma perspectiva instrumental, baseada nos diferentes mecanismos jurídicos e sociais à disposição do poder público e da sociedade no sentido de se garantir e viabilizar a implementação dessas políticas públicas (a possibilidade de controle jurisdicional e social de políticas públicas, a repartição constitucional de competências entre os entes federados para a sua realização e o acesso à justiça).

Se saúde pública, como já se disse inicialmente, é das políticas públicas de proteção social de maior importância, instrumentalizada pelo direito e que suscita amplo debate, sua adequada compreensão e aplicação também são de grande importância tanto para o meio acadêmico quanto para a sociedade e para todos os poderes públicos. Donde se justifica discutir até que ponto a compreensão judicial desta política pública se alinha ao que foi juridicamente instrumentalizado.

O problema de pesquisa é, diante de tais exposições, como ocorre essa inversão da lógica do sistema e quais propostas de harmonização entre os poderes instituídos mostram-se necessárias para melhor conformação da gestão das políticas públicas de saúde no Brasil?

Como hipótese tem-se que o Poder Judiciário, se não considerar a participação comunitária como indispensável à delimitação do conteúdo do direito à saúde a ser garantido por políticas públicas como posto na Constituição de 1988

(BRASIL,1988a), negando vigência ao inciso III do art. 198 desta constituição, poderá dificultar a participação e o exercício do controle social de políticas públicas de saúde e enfraquecerá a diretriz constitucional da participação social.

Também se delimita espacialmente tal investigação ao sistema constitucional brasileiro, com certo foco na realidade do Rio Grande do Sul, pois é um dos Estados indicados pelo Conselho Nacional de Justiça (2019) com elevado índice de judicialização do direito à saúde, de cujo tribunal retirar-se-á, exemplificativamente, a maioria dos julgados que servirão de modelo para o estudo, muito embora outras realidades sejam apontadas como forma de contribuir para análise da atualidade brasileira, especialmente aquelas que integraram o movimento de reforma sanitária.

Enquanto marco teórico, especialmente no tocante à observação da qualidade da participação e controle social na conformação desse direito fundamental social, optou-se pela Teoria da Democracia Deliberativa, bem como por aportes da Teoria do Discurso como forma de apontar o direito à saúde, um direito de conformação democrática, que deve preocupar-se com os canais e mecanismos que asseguraram sua lógica interna. Para tanto, reflexões acerca do processo de judicialização da política serão utilizadas a fim de contextualizar a crítica que se entabula.

O ponto realmente inovador da pesquisa é a proposta de se interpretar que o direito à saúde, como posto na Constituição de 1988, só se concretiza com a efetiva participação social na confecção e respectivo controle social na execução da política pública por ela prevista, e de que isto, este processo constitucional e legal de construção e execução da política, portanto a dogmática constitucional e infraconstitucional do direito à saúde, deve ser respeitado pelo Poder Judiciário quando as questões de direito à saúde são a ele submetidas, questão que, praticamente, se passou ao largo nas últimas décadas.

Tem-se que o objetivo geral da pesquisa é investigar como o descompasso entre a atuação judicial e a lógica de formação democrática, constitucional e infraconstitucional do direito à saúde no Brasil, estabelecendo-se a postura do judiciário de desconsiderar as instâncias de participação social como legitimadoras das prioridades eleitas como ações e serviços de saúde, acaba por dificultar o exercício da participação social e do controle social na formatação de políticas públicas de saúde no Brasil e, assim, indicar possíveis caminhos para melhor harmonização das práticas de gestão e concretização do direito social à saúde.

Nos objetivos específicos se irá:

- a) Descrever como se dá a participação social na formação constitucional do direito à saúde no Brasil, desde sua evolução no mundo do Século XX, com ênfase no movimento sanitário brasileiro, até as formas consagradas de participação pela legislação, teoria e prática nos dias atuais.
- b) Definir o direito à saúde como direito fundamental social e o Sistema Único de Saúde como o encarregado juridicamente pelo Estado brasileiro para construir e executar a política pública de saúde.
- c) Investigar se há verticalização dessas políticas, sendo elas ditadas pelo governo nacional para os governos regionais e locais, ou se elas se constroem de forma ascendente, com participação e controle comunitário, do nível local para o nível nacional, e como são definidas e reguladas nos respectivos orçamentos a partir da legislação posta para isso.
- d) Identificar se a judicialização do direito à saúde no Brasil se traduz em elemento que dificulta a gestão pública democrática da saúde no Brasil, dados os seus números, as possibilidades jurídicas de controle jurisdicional, a presença do direito sanitário como argumento para decidir e o volume de recursos que desloca dos orçamentos públicos sem o respeito às prioridades democraticamente estabelecidas.
- e) Demonstrar as contribuições da teoria do discurso e da democracia deliberativa para o exercício de participação popular e a formação do consenso, fixando a racionalidade comunicativa do direito social à saúde como sendo da comunidade e para a comunidade, a partir das condições ideais para a formação dos consensos, da conversão do poder comunicativo em poder administrativo pelo direito, da valorização do princípio da soberania popular e das contribuições da democracia deliberativa para a qualificação dos procedimentos legitimadores do direito.
- f) Estabelecer o significado e o papel do controle social no direito à saúde, identificando propostas de harmonização da atuação judicial para melhor conformação da gestão da política pública de saúde numa perspectiva de que quanto maior a participação social maior a legitimidade da gestão pública.

A participação social e o controle social na conformação do direito à saúde, este como um direito notadamente de participação na lógica constitucional, implicam a necessidade de harmonização institucional para a gestão pública da saúde no Brasil. Quanto maior a participação e controle da sociedade, maior a legitimidade da gestão pública de saúde e mais o direito social é conformado como um direito de todos e para todos.

Isto posto, o processo de judicialização da saúde no Brasil e a atuação interventiva do Poder Judiciário no âmbito do funcionamento do SUS acabam invertendo a dogmática constitucional desse direito, que é conformado essencialmente pela lógica da participação.

Nesse sentido, é necessário construir propostas de harmonização para a lógica de conformação e respeito do direito à saúde como um direito eminentemente de origem/conformação a partir da participação e controle social, cuja aplicação, tanto judicial quanto administrativa deve respeitar.

Assim entre as ações existentes, serão analisadas criticamente suas diretrizes e efetividade e devem ser propostos mecanismos, tais como sistemas integrados entre municípios de informações do sistema único, plataformas de acesso e complementação compartilhadas pelos poderes e instituições como Judiciário, Executivo, Tribunais de Contas e Ministério público. Além da necessária capacitação permanente envolvendo funcionários públicos de forma geral, e em especial dos membros do Poder Judiciário, inclusão da disciplina de direito sanitário de forma obrigatória nos currículos, revisão dos portais da transparência na conformação dessas áreas, interlocução entre Judiciário, Administração, órgãos reguladores como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), Legislativo e comunidade acerca das ações de saúde mais tuteladas pela via judicial.

Para abordagem do tema será utilizado o método hipotético-dedutivo, buscando sempre testar a hipótese formulada para responder ao problema da pesquisa, e como método de procedimento serão utilizados (i) o método histórico, a fim de revisitar a construção histórica, teórica e legislativa do direito à saúde como direito conformado a partir da participação social no Brasil, visando estabelecer em que consiste o direito à saúde colocado na Constituição de 1988 (BRASIL, 1988a) e como ele deveria materializar-se, e (ii) o método tipológico, a partir do registro e análise de casos selecionados exemplificativamente no Poder Judiciário, buscando demonstrar até que ponto essas decisões desconsideram e enfraquecem a

participação social na concretização do direito à saúde como estabelecido, apresentando medidas a serem tomadas a fim de modificar a atuação judicial e aperfeiçoar as relações entre os poderes visando garantir o modelo de gestão democrática previsto pela Constituição. Tal método é bastante utilizado para fins de avaliação de políticas públicas e parece ser adequado para os objetivos propostos na investigação. A partir dessa análise será verificada a adequação da hipótese inicialmente formulada e antes apresentada, a fim de ser ratificada.

Assim sendo, se investigará como a atuação judicial em descompasso com a lógica de formação democrática, constitucional e infraconstitucional do direito à saúde no Brasil, na interpretação dessas instâncias como legitimadoras das prioridades eleitas como ações e serviços de saúde, acaba por desconsiderar o exercício da participação social e do controle social na formatação de políticas públicas de saúde no Brasil e, a partir daí, construir possíveis caminhos para melhor harmonização das práticas de gestão e concretização do direito social à saúde.

Desse modo, no primeiro capítulo, se descreverá como se deu a participação social na formação constitucional do Direito à Saúde no Brasil, desde sua evolução no Século XX, com ênfase no movimento sanitário brasileiro, a inter-relação do direito à saúde como direito da comunidade para a comunidade, até as formas de participação social na construção e execução da política pública de saúde consagradas pela legislação, pela teoria e pela prática nos dias atuais.

No segundo capítulo definir-se-á o direito à saúde como direito fundamental social e o SUS como o encarregado juridicamente pelo Estado brasileiro para construir e executar a política pública de saúde, como se organiza o Estado para a prestação do direito à saúde e quais as possibilidades de o Estado valer-se da iniciativa privada (mercado e terceiro setor) para esta prestação pública.

No terceiro capítulo se pretende investigar se há verticalização dessas políticas, sendo elas ditadas pelo governo nacional para os governos regionais e locais, ou se elas se constroem de forma ascendente, com participação e controle comunitário, do nível local para o nível nacional, e como são definidas e reguladas nos respectivos orçamentos a partir da legislação posta para isso. Este debate também visa confirmar se a participação social é, de fato, efetiva na construção da política.

No quarto capítulo identificar-se-á se a judicialização do direito à saúde no Brasil se traduz em elemento comprometedor da gestão pública democrática da

saúde, dados os seus números, as possibilidades jurídicas de controle jurisdicional, a presença do Direito Sanitário como argumento para decidir, o volume de recursos que desloca dos orçamentos públicos sem o respeito às prioridades democraticamente estabelecidas.

No quinto capítulo, posto tais teorias permeiem o trabalho inteiro, demonstrar-se-ão as contribuições da Teoria do Discurso e da Democracia Deliberativa para o exercício de participação popular e a formação do consenso, fixando a racionalidade comunicativa do direito social à saúde como sendo da comunidade e para a comunidade, a partir das condições ideais para a formação dos consensos, da conversão do poder comunicativo em poder administrativo pelo direito, da valorização do princípio da soberania popular e das contribuições da democracia deliberativa para a qualificação dos procedimentos legitimadores do direito.

No sexto e último capítulo buscar-se-á estabelecer o significado e o papel do controle social no direito à saúde; colocando a judicialização, da forma como se deu no Brasil, como um possível descaminho à participação e ao controle social da política de saúde e indicar propostas de harmonização da atuação judicial para melhor conformação da gestão da política pública de saúde, numa perspectiva de que quanto maior a participação social maior a legitimidade da gestão pública.

Nas conclusões finais se pontuará se, de fato, a atuação interventiva do Poder Judiciário na gestão da política pública de saúde, como descrita, inverteu a lógica constitucional do direito à saúde, ratificando-se a hipótese de que o Poder Judiciário nega vigência ao inciso III do art. 198 da Constituição e, assim, enfraquece a diretriz de participação social no direito à saúde. Também se reforça quais medidas de harmonização da atuação judicial com os demais poderes podem ser adotadas, além, é claro da principal proposta do trabalho que é o respeito à dogmática do direito à saúde como já descrito parágrafos atrás.

## **2 A PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA FORMAÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL**

A partir de momentos históricos tomados exemplificativamente, considerando-se que o trabalho não tem por objetivo discorrer sobre a história do direito à saúde, dos movimentos sociais ou da sociedade civil (nem se aprofundar nas teorias e autores que os descrevam ou conceituem), senão que se ampara em fatos com o intuito de demonstrar como a participação da comunidade é fundamental para a compreensão e legitimação do direito à saúde, busca-se, nos itens a seguir, apontar estes momentos e como se entende tenham eles contribuído para a positivação do direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988 (BRASIL, 1988a).

Daí que se comenta o fato conhecido por “movimento de reforma sanitária” como evento fundamental na mudança paradigmática que se operou no trato da saúde pública, reconhecendo-se esta como direito social, de trato coletivo, intrinsecamente relacionado à comunidade, e bem assim sobre as formas legalmente estabelecidas para que esta participação de fato aconteça.

### **2.1 O movimento de reforma sanitária: a origem do direito à saúde**

Quando o inciso III do art. 198 da Constituição de 1988 estabelece a diretriz de “[...] participação da comunidade.” como pilar de sustentação do SUS, sistema esse encarregado de construir e executar as políticas econômicas e sociais (BRASIL, 1988a, art. 196) asseguradoras do direito à saúde (BRASIL, 1988, art. 6º), talvez quem o leia, o interprete e o aplique não tenha a exata dimensão dos séculos que se percorreram e dos movimentos sociais nacionais e internacionais que se articularam para o estabelecimento dessa diretriz, fundamental para a delimitação da extensão do conceito de direito à saúde, tarefa indispensável para que se torne efetiva sua garantia (DALLARI, 2012).

Paim (2008, p. 25), com base no discurso proferido pelo senador italiano Giovanni Berlinguer no 1º Congresso Brasileiro de Saúde Coletiva, menciona momentos, características, locais, semelhanças e dessemelhanças das reformas sanitárias ocorridas pelo mundo, donde destacam-se duas, que apesar dos mais de vinte séculos que as separam, reputam-se determinantes para a compreensão da saúde como ação e necessidade coletiva, pública e social.

A primeira grande reforma se dá quando Hipócrates, tido por muitos como o pai da medicina, separa os médicos dos sacerdotes e a medicina da religião, reconhecendo as implicações entre saúde, meio ambiente e instituições políticas, tendo a norma como forma de prevenção, isto tudo no Século V a.C., no texto chamado “Ares, Águas e Lugares”, que compunha o “Corpus de Hipócrates” um tratado sobre saúde pública que iria fundamentar diversas teorias sanitárias pelos séculos seguintes (AITH, 2007, p. 52).

O segundo momento se dá já na virada do Séc. XIX para o Séc. XX com as descobertas e invenções de cientistas como Louis Pasteur e Oswaldo Cruz, que produziram grande avanço no tratamento e prevenção das doenças infectocontagiosas, com a produção de vacinas, por exemplo; as condições de vida nas cidades e a relação entre moradia e saúde, bem como uma tendência que se instaura de buscar o reconhecimento da saúde como um direito e a universalização do acesso a serviços públicos nacionais ou integrados de saúde. As reformas sanitárias ocorridas no Séc. XX se constroem a partir de dois movimentos históricos: ou como resultado de uma revolução político-social, de que são exemplos a revolução chinesa, a revolução cubana e a revolução bolchevique na Rússia de 1917 que incluiu a saúde nos planos quinquenais; ou, em um segundo grupo, como parte do resultado de um processo de democratização, onde trabalhadores e intelectuais exerceram um papel relevante, e em que se citam como exemplos o *National Health System* da Grã Bretanha, de 1948, que é tido como o primeiro sistema nacional de saúde pública de país capitalista, resultante do Relatório *Beveridge* que fundamentou o *Welfare State*, além das reformas resultantes da deposição das ditaduras espanhola e portuguesa (Revolução dos Cravos, 1974, Constituição Portuguesa, 1976), e das reformas canadense e italiana (PAIM, 2008, p. 26).

O movimento de reforma sanitária cabe, assim, no conceito de sociedade civil proposto por Habermas (2003), na medida em que fez ecoar as necessidades sociais que também ressoam nas esferas privadas, aglutinando-as e transmitindo-as para a esfera pública política, numa dimensão institucionalizada do discurso capaz de transformá-las em interesse geral nesse quadro de esferas públicas.

Habermas (2003) descreve o conceito de sociedade civil, deixando claro que este não coincide com o conceito de sociedade burguesa da tradição liberal, situado numa economia de mercado. O núcleo institucional da sociedade civil compõe-se

por associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, que dão suporte às estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida. A sociedade civil compõem-se de movimentos, associações, organizações, que captam a ressonância dos problemas sociais e os traduzem em discurso, transferindo-os para a esfera pública. Isso faz com que os discursos da sociedade civil sejam institucionalizados, transformando-os em questões de interesse geral no ambiente da esfera pública. Habermas (2003) cita Cohen e Arato (1992)<sup>1</sup>, que criaram um catálogo de características que identificam a sociedade civil distinta do Estado, da economia e dos outros sistemas de funções sociais, ainda que permaneça vinculada aos núcleos privados do mundo da vida. Cita os novos movimentos sociais, que perseguem objetivos ofensivos, ao lançarem temas de relevância para toda a sociedade. Ao mesmo tempo, também perseguem objetivos defensivos, consistentes em preservar certas estruturas da associação e da esfera pública, produzir contra-esferas públicas subculturais e contra instituições com o objetivo de ganhar novos espaços em forma de direitos mais amplos e instituições reformadas.

Ribeiro (2013) sustenta que o conceito de sociedade civil proposto por Habermas se mostra adequado para o entendimento da democracia brasileira, especialmente na proposta de consensos que conciliem a complexidade dos problemas e da sociedade brasileira com a necessidade de participação política popular. Pesquisas têm demonstrado que as sinergias entre sociedade organizada e instituições produzem maior eficiência das soluções propostas para a garantia de direitos sociais, as políticas públicas se mostram mais eficazes, há maior transparência nos argumentos e ações, aumentando a sensibilidade do poder público instituído às informações produzidas por esse contexto complexo e heterogêneo.

A importância da sociedade civil organizada é traduzida pela ação desses movimentos e grupos de interesse na busca de concretização dos desejos dos governados que contribui e direciona as decisões oriundas dos poderes públicos constituídos a partir da democracia representativa. Isto é uma consequência da virada obtida no Sec. XX, onde esses substratos da vida política, “sociedades parciais”, afrontam o Estado Liberal Clássico superando os mitos do “cidadão

---

<sup>1</sup> COHEN, J.L.; ARATO, A. **Civil Society and political theory**. Cambridge: 1992.

soberano” e da “vontade geral”, pois numa sociedade onde impera o pluralismo político as liberdades negativas e o absentismo do Estado já não são suficientes para garantir dignidade da pessoa e mínimos existenciais (SANSON, 2015, p. 126).

Vê-se que o movimento de reforma sanitária se insere no contexto de redefinição das sociedades e dos estados nos últimos cem anos, visto que alterações legislativas começam a ser sentidas a partir da inclusão dos direitos econômicos e sociais, do qual saúde é um, nas constituições Russa de 1918, Mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919, deixando claro que as questões sanitárias, as questões políticas, econômicas, o direito, a participação comunitária e as formas de organização social estão de tal modo imbricadas que mereçam um tratamento sistêmico.

Esses movimentos se percebem, ainda que de forma tênue, nas constituições brasileiras que antecederam à de 1988. Nestas, posto não se contemplasse a saúde como direito, sendo as menções a ela, bem como às responsabilidades pelo seu cuidado, tratadas, por vezes, de forma reflexa, e até como decorrência, ou confundida, com a assistência social ou previdenciária, que demandava até certo esforço interpretativo para concluir-se abordar alguma ação de saúde, a partir de 1934 já se percebe alguma mudança, pois a Constituição de 1824 no art. 179, inciso XXXI mencionava apenas, de forma genérica e vaga, a garantia de socorros públicos.

Logo, a Constituição de 1934, em seu art. 113, “caput”, referiu-se à garantia de inviolabilidade do direito à subsistência; no art. 5º, inciso XIX, estabeleceu a competência privativa da União para legislar sobre assistência social; no art. 10, inciso II, declarou a competência concorrente da União e dos Estados para cuidar da saúde e da assistência públicas, e de assistência médica ao trabalhador no art. 121, § 1º, alínea “h”. A Carta de 1937 no artigo 16, inciso XXVII, tratava da competência privativa da União para legislar sobre “[...] normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança”; no art. 18, alíneas “c” e “e”, permitia que os Estados legislassem concorrentemente sobre assistência pública, saneamento básico e vigilância sanitária; cuidados à criança e ao trabalhador nos arts. 127 e 137, respectivamente. A de 1946, no art. 5º, XV, “b” e art. 6º; estabeleceu como competência concorrente da União e dos Estados legislar sobre saúde, e no art. 157, XIV, como preceitos das legislações trabalhistas e previdenciárias, assistência à saúde do trabalhador e da gestante. A Constituição de

1967 tratava das competências legislativas e administrativas no art. 8.º, XIV e XVII, c, e art. 8.º, § 2.º, depois transformado em parágrafo único pela EC 01/69), e sobre assistência social e proteção à saúde do trabalhador no art. 165, IX e XV (SARLET;FIGUEIREDO, 2008; BRASIL, 1934,1937,1946,1967).

É claro que a saúde como garantia, do ponto de vista jurídico, se estabelece, mesmo, é a partir de 1988, onde se começa a construir toda uma disciplina que se convencionou chamar de Direito Sanitário que também é fruto dessa caminhada, na medida em que o Direito Sanitário é um conjunto de princípios e regras (Constituição, arts. 196, 197, 198, inciso III, Leis 8.080/90 e 8.142/90, por exemplo) que estruturam, dão instrumentalidade à política pública de saúde brasileira, que como qualquer política de caráter social tem um substrato político que corresponde a relações de poder instrumentalizadas nessas regras. Como na Lei 8.142 (BRASIL, 1990b) que expressamente estabelece um processo decisório, descentralizado e participativo, que se abre ao debate público (participação comunitária), e não apenas institucional estatal, para que se justifique e se valide a política pública de saúde a ser executada pelo gestor. É um direito que instrumentaliza um campo de “políticas públicas” que têm como objetivo principal a integração social por meio da participação e do acesso à política integral de saúde e não apenas o acesso individual a esta ou àquela utilidade de saúde individual (CASTRO, 2003, p. 382).

Daí o fato de o Direito à Saúde, como posto na Constituição de 1988, ser fruto das lutas populares e do Movimento Nacional de Reforma Sanitária, que se iniciaram antes da década de 1960 e foram sistematizados na VIII Conferência Nacional de Saúde em 1986, sendo na década de 1970 que populares, liderados por grupos de profissionais contrários ao Sistema Nacional de Saúde da época que não atendia às necessidades nem aos interesses do povo brasileiro, propuseram uma ampla reforma desse modelo que, na Constituição de 1988 (BRASIL, 1988a), viria a se transformar no SUS, baseado nos princípios do acesso universal e igualitário, integralidade da atenção e participação da comunidade (BALSEMÃO, 2003).

Sustenta Paim (2008, p. 27) que o nome “Reforma Sanitária” foi cunhado na VIII Conferência Nacional de Saúde, a partir da qual o povo brasileiro passou a dispor de uma estrutura doutrinária e de um arcabouço de proposições jurídicas que, para além de estarem voltados para a saúde pública, apontavam para a democratização da vida em sociedade e para a implantação da democracia no Estado Brasileiro. São constatações como estas que nos levam a pensar que o

SUS, como colocado na Constituição de 1988 (BRASIL, 1988a), ultrapasse os limites de um plano de saúde pública, para se constituir em uma proposta de sociedade democrática igualitária instrumentalizada pelo direito que é seu grande plano de ação.

As pautas do movimento de reforma sanitária faziam oposição à tendência privatista e individualista da assistência médica vigente no país nas décadas de 1960 e 1970 que, inclusive, previam a cobrança de serviços públicos de saúde fomentada pelo Banco Mundial, propondo, em convergência com as orientações dos movimentos internacionais apoiados Pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e Pela Organização Pan Americana de Saúde (OPAS), a redefinição das relações entre o setor privado e o setor público na área da saúde, a universalização do acesso aos serviços e a gratuidade destes, o rompimento da dicotomia “[...] assistência médica individual e ações coletivas de saúde [...]”, no que tinha apoio de entidades de pesquisa como a Fundação Oswaldo Cruz, o Centro Brasileiro de Estudos em Saúde e a revista Saúde em Debate (CASTRO, 2003, p. 385).

Ainda antes de 1988, há registros de modificações na legislação e ações de saúde nacionais que guardam relação com as pressões exercidas pela sociedade civil organizada e pelo movimento de reforma sanitária. Incorporando propostas da reforma sanitária, é instituído, em 1981, o “Plano Nacional de Reorientação da Assistência à Saúde no âmbito da Previdência Social”, uma experiência de descentralização para estados e municípios dos serviços de atenção à saúde com os respectivos recursos financeiros via convênio com o Ministério da Saúde. A primeira experiência de órgão colegiado de discussão da saúde com participação da sociedade civil são as Comissões Interinstitucionais de Saúde (CIS) no âmbito estadual e no âmbito municipal, instituídas em 1983 dentro do “Programa de Ações Integradas de Saúde”. Após a VIII Conferência Nacional de Saúde de 1986, é criado o Sistema Unificado Descentralizado de Saúde (SUDS) que, incorporando propostas da conferência, como gratuidade dos serviços, numa clara demonstração de que o SUS viria na Constituição de 1988, aprofunda a experiência de descentralização das ações e estabelece que, para o recebimento dos recursos por convênio, o município disponha de uma comissão interinstitucional de saúde com participação paritária da população e das instituições convenentes (BALSEMÃO, 2003, p. 302).

Daí a possibilidade de se entender esse movimento como um sistema de comunicação enlaçado no sistema jurídico e que ativa fórmulas de imunização do

direito que lhe permitem manter equilíbrio entre estabilidade e instabilidade, variação e redundância, mudança e conservação. O movimento nacional de reforma sanitária sensibilizou o direito para seu ambiente social e o sistema jurídico reordenou, por procedimentos que implicam interpretação legislativa, as expectativas dos movimentos em relação ao direito, forçando o debate, a organização e a agenda das políticas públicas e produzindo direito novo (CAMPILONGO, 2012).

No Estado Social, liberdade e participação se aproximam como direitos humanos interdependentes, fazendo com que o conceito de democracia supere o modelo representativo liberal, indo além do sufrágio universal, para estabelecer que direitos sociais, econômicos e culturais pertencem às pessoas em geral, e não exclusivamente a uma minoria dominante, especialmente a medir pela forma como são obtidos, a partir de movimentos populares como associações, sindicatos, parentes, amigos e pessoas que sofrem de determinada moléstia que, de forma organizada e permanente passam a exercer pressão no núcleo decisório estatal, por uma via não institucionalizada, não para a obtenção do poder (como é o caso das vias tradicionais institucionalizadas, os partidos políticos), mas para a obtenção de ações, de orçamentos, de utilidades públicas para a solução de seus problemas do cotidiano, operando como um canal de mediação entre poder político instituído e sociedade na busca dessas soluções (SANSON, 2015).

O Movimento Nacional de Reforma Sanitária assume as feições teóricas de "movimento social", como no dizer Gorczewski e Martin (2011), o que se denomina movimento social é o ativismo produzido por um grupo numeroso de pessoas que consegue chamar a atenção dos poderes públicos para sua pauta de reivindicações, cujas prioridades não foram atendidas nem pelo governo nem pautadas pelos partidos políticos por quem, daí, não se sentiam representados. O movimento cumpriu, assim, a tarefa de desvelar as assimetrias produzidas por sistemas (jurídico, político, constitucional) que supostamente deveriam incluir igualmente a todos e não o faziam (CAMPILONGO, 2012).

Modernamente se reconhece a sociedade civil como o lugar no qual se pode alavancar uma radical mudança política, como um espaço de política ativa, transformadora da realidade. Esta concepção se apoia na tradição teórica de Gramsci. Advoga esse cientista político que a sociedade civil é uma plataforma para a conquista do poder político, trata-se de um mecanismo para transformar o Estado,

para mudar todas suas estruturas de poder e dominação (GORCZEVSKI; MARTIN, 2011).

Dessas definições podem-se extrair algumas considerações:

- a) Os movimentos sociais são redes mobilizadas de indivíduos, grupos e organizações com um sentido muito desenvolvido da identidade coletiva, que perseguem objetivos cujo logro tem consequências para toda a sociedade e não somente para o grupo portador da reivindicação ou o conjunto de reivindicações.
- b) Deliberada ou inadvertidamente, os movimentos sociais seguem uma estratégia dualista, isto é, dirigem suas demandas às autoridades encarregadas de dar soluções a seus problemas, mas simultaneamente, problematizam os modelos culturais, normas, identidades ou instituições presentes em uma sociedade. Assim, os movimentos sociais entram em interação com ambas as esferas da vida social: o Estado e a sociedade civil.
- c) Outra característica dos movimentos sociais e que os distingue não somente dos grupos de interesses, mas também dos partidos políticos, é que exibem pautas organizativas menos formais, diferenciadas e integradas, isto é, costumam apresentar uma estrutura organizativa mais informal, descentralizada e horizontal que os demais atores coletivos. Numa sociedade diferenciada funcionalmente, um evento comunicativo muda de significado dependendo do sistema de referência. Saúde, por exemplo, ganha diferentes sentidos na política, no direito, na economia ou no sistema sanitário. Por isso, os movimentos sociais exigem um grau de liberdade e de informalidade que contrasta com os códigos binários e com a especialização funcional dos sistemas parciais (GORCZEVSKI; MARTIN, 2011; CAMPILONGO, 2012).
- d) Em sua prática cotidiana, os movimentos sociais enriquecem o repertório de formas de ação ao agregar às formas convencionais de participação, típicas dos grupos de interesses e partidos políticos (competição nas eleições, pressionar as autoridades para uma determinada direção, ou o recurso aos tribunais) outras formas não convencionais (tanto legais, como a princípio é a manifestação, como ilegais, como a desobediência

civil) pelas quais mostram uma especial preferência (GORCZEVSKI; MARTIN, 2011).

- e) Os movimentos sociais se constituem como ensaios deliberados de intervir nas mudanças sociais. Tais mudanças podem afetar as estruturas de um Estado-nação em particular (mudança local), a estrutura de relações internacionais (mudança global), ou ambos conjuntamente. Junto com os movimentos progressistas (ecologia, feminismo, pacifismo, solidariedade com o terceiro mundo, direitos humanos, homossexuais, antirracismo, etc.) há também movimentos que nascem com o objetivo de conservar o status quo, ou inclusive retroagir a épocas anteriores (neofascismo, antiecológico, etc.) (GORCZEVSKI; MARTIN, 2011).
- f) Para poder se caracterizar um movimento social é necessário que exista um grau de continuidade na ação coletiva (vários anos). Isso exclui da categoria de movimento social outras manifestações coletivas episódicas e efêmeras, como o pânico ou a moda (GORCZEVSKI; MARTIN, 2011).
- g) Não são entidades uniformes ou homogêneas: em todos eles convivem uma variedade de tendências a princípio discordantes entre si em relação a aspectos importantes como a ideologia ou a estratégia (GORCZEVSKI; MARTIN, 2011).

Segundo Campilongo (2012), Luhmann vê os movimentos sociais como “sistemas autopoieticos” que, do prisma sociológico, não são nem interações nem organizações, mas formas de protesto construídas em torno de temas que demarcam uma oposição entre os movimentos sociais e os sistemas que organizam e promovem decisões na sociedade contemporânea (política, economia, direito etc.).

Os movimentos sociais exercem uma influência sobre o desenvolvimento histórico das sociedades, pelas pressões que podem exercer sobre as pessoas constituídas em autoridade e sobre as elites de qualquer tipo de poder. Os conteúdos dominantes se centram no interesse por um território (físico), um espaço de atividades ou mundo de vida, como o corpo, a saúde a identidade sexual, a cidade, o entorno físico, a herança e a identidade cultural, étnica, nacional, linguística, características estas que se podem identificar no Movimento Nacional de Reforma Sanitária até mesmo pelas pautas propostas nas diversas conferências nacionais de saúde, das quais o movimento foi protagonista, todas tendentes à mudança do status quo da saúde pública no Brasil. Em alguns sistemas funcionais,

os movimentos sociais parecem especialmente ativos. Saúde, educação e direito – não são os únicos, mas merecem destaque (GORCZEVSKI; MARTIN, 2011; CAMPILONGO, 2012).

O conflito que contrapunha, e ainda contrapõe, a utilização de recursos públicos para a saúde pública, sempre escassos quando se trata de atender a interesses sociais, bem como o modelo de atenção à saúde pública e à saúde do trabalhador gerou o protesto do movimento contra os modos de organização e produção das decisões que lhe afetavam e mesmo contra a falta destas decisões (CAMPILONGO, 2012).

O movimento social constitui-se, desse modo, em um espaço público de debate não institucionalizado, onde diversos valores e interesses heterogêneos são concertados, propostos e mediados com o poder público instituído, por meio das mais diversas formas de pressão, o que reduz as distâncias entre sociedade e Estado, produzindo um novo modelo de cidadania que é, a um só tempo, promotora e destinatária de direitos.

A aposta dos movimentos sociais no direito – e, portanto, confiança na força do direito – pode aflorar de três modos: “contra”, “pelo” e “após” o direito. “Contra o direito” significa, na essência, luta pela sua revogação, substituição ou por nova interpretação do direito vigente. “Pelo direito” representa a luta pelo reconhecimento e afirmação de direitos ainda não estabelecidos: conquista de novos direitos, na lei ou na Justiça. “Após o direito” consiste na busca por eficácia: adoção de políticas, reorientação da jurisprudência em conformidade com os avanços legislativos, mudança de comportamento (CAMPILONGO, 2012).

Analisando-se a história do movimento nacional de reforma sanitária é possível identificar os três momentos, ou modos de atuação, em sua trajetória. Nas décadas que antecederam a VIII Conferência Nacional de Saúde a luta era pelo rompimento com modelo de (des)atenção à saúde existente, um modelo excludente, não universal, focado no hospital e em procedimentos curativos para alguns, sem participação comunitária, e era especialmente contra a Lei 378/37 que, ao instituir as conferências de saúde, contemplava apenas a participação de representantes governamentais e de experts, isto é uma luta **contra o direito posto**.

Na VIII conferência Nacional de Saúde, a primeira em que é admitida a participação popular justamente por pressão do Movimento Nacional de Reforma Sanitária, a luta era **pelo direito**, ou seja, pela mudança legislativa que acabaria

vindo com a Constituição de 1988 e com as leis orgânicas da saúde, instituindo a saúde como direito fundamental social universal, integral e igualitário, cuja concretização, através de políticas públicas, demanda ampla participação comunitária. Esse modo de atuação voltado à mudança legislativa por pressão externa ao órgão legislativo, exercida por grupos de indivíduos que representam interesses específicos, já foi tido como modo parasitário de exploração do poder político institucionalizado. Na atualidade, desde que se o faça às claras e por meios lícitos, simboliza um modo natural de expressão da vontade popular e de exercício do poder (SANSON, 2015).

Hoje, passadas décadas das alterações legislativas, portanto **após o direito**, a luta continua sendo para que essas normas se tornem efetivas em todo o país, garantindo políticas públicas saudáveis e eficientes, com amplo debate social que gere uma responsabilidade compartilhada quanto à solução escolhida facilitando sua implementação, avaliação e eficiência dos resultados, uma vez que a comunidade é parte da solução eleita; com a destinação de recursos suficientes, especialmente nos orçamentos da União; e para que o Poder Judiciário, ao julgar as demandas de saúde que lhe são propostas, respeite a deliberação popular traduzida na política pública estabelecida nos planos de saúde como regra jurídica que é.

Nessa linha, o Movimento Nacional de Reforma Sanitária constituiu-se naquela esfera pública conceituada por Habermas, pois, a partir de seus sensores não especializados, mas perceptíveis ao âmbito da sociedade como um todo, na perspectiva de uma teoria democrática, reforçou os problemas vividos pela comunidade, depois de percebê-los e identificá-los, tematizando-os de modo convincente e eficaz ao ponto de serem compreendidos, assumidos e elaborados pelo sistema parlamentar constitucional. Nos movimentos sociais e no direito existem características comunicativas que aproximam, complementam e, claramente, contrapõem os sistemas (HABERMAS, 2003; CAMPILONGO, 2012).

Os debates travados por ocasião da Assembleia Nacional Constituinte de 1988, não deixam dúvida do tipo de direito que se queria instituir e, especialmente a forma de concretizá-lo, dar-lhe conteúdo, sempre com o crivo da comunidade (BRASIL, 1988b)<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Ver: p. 93, 102-103, 105, 113, 120 e 326

Tais conclusões também incorporaram o eco de importantes documentos internacionais, frutos do movimento internacional para a busca de saúde para toda a população do globo, como a Declaração de Alma-Ata, de 12 de setembro de 1978, capital do Cazaquistão, na então União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, que reproduz as conclusões da Conferência sobre Cuidados Primários em Saúde, e a Carta de Ottawa para a Promoção da Saúde, de 21 de novembro de 1986.

Na convenção dos cuidados primários, se afirmou que saúde é direito humano fundamental, que se deveria buscar saúde para todos os povos até o ano 2000 e que a chave para atingir saúde para todos são os cuidados primários em saúde, constituídos em

[...] cuidados essenciais de saúde baseados em métodos e tecnologias práticas, cientificamente bem fundamentadas e **socialmente aceitáveis** (grifei), colocados ao alcance universal **de indivíduos, famílias da comunidade, mediante sua plena participação** e a um custo que a comunidade e o país podem manter em cada fase de seu desenvolvimento (VENTURA, 2003, p. 280, grifo nosso).

Ottawa, por sua vez, estabeleceu, dentre outros, os condicionantes e determinantes da saúde da população que, aliás, foram, praticamente, reproduzidos no artigo 3º da Lei 8.080 (BRASIL, 1990a); redefinindo o modelo de atenção em saúde para que se fuja do modelo hospitalocêntrico; e se reforce a ação comunitária estabelecendo que a "[...] promoção da saúde começa pela participação efetiva e concreta da comunidade [...]" (VENTURA, 2003, p. 285).

Também na declaração de Adelaide de 1988, se vai compreender que saúde é um fenômeno complexo que depende das condições de alimentação, lazer, trabalho, habitação, educação, meio ambiente, dentre outros, portanto um a política complexa que não depende apenas de acesso a serviços de assistência médica, donde se desenvolve o conceito de intersetorialidade entre as políticas sociais, em que as pressões, exercidas tanto pelos setores nacionais quanto pela bandeira internacional de reforma sanitária, expõem a dupla face da busca pela consolidação do direito à saúde: de um lado o resgate e consolidação de políticas públicas para além do setor saúde; e, de outro, a busca constante de um acesso universal, igualitário a políticas de saúde com integralidade da atenção e que resultem de ampla participação popular (BELLINI; FALER, 2015).

Percebe-se que a delimitação do conceito de direito à saúde, a eleição das prioridades, a compatibilização destas nos orçamentos, a escolha dos meios e das ações para concretizá-lo passa, necessariamente, pela efetiva participação do povo, em coerência com os requisitos do Estado Democrático de Direito, que dispôs que tudo isso se realize com a efetiva participação comunitária, nos termos do art. 198 da Constituição de 1988 (DALLARI, 2012).

Ainda que ninguém questione que a participação política é um elemento central dos sistemas políticos democráticos, dentro da ciência política se têm produzido debates em torno de que tipo de participação é a mais adequada. Para a teoria participativa da democracia a participação dos cidadãos deve ser regular, frequente e direta na tomada de decisões (ANDUIZA; BOSCH, 2004).

A construção jurídica da política pública de saúde no Brasil abre este espaço de participação regular, frequente e direta do cidadão na tomada de decisões, na medida em que, por força do art. 198, inciso III da CF de 1988, que instituiu o SUS como responsável pela construção e execução das políticas de proteção à saúde, bem como da Lei 8.142 (BRASIL, 1990b) que o regulamentou, da Lei 8.080 (BRASIL, 1990a) e da Lei Complementar 141 (BRASIL, 2012), a comunidade, por meio de suas instâncias deliberativas, que são os conselhos de saúde, as conferências de saúde e as audiências públicas, em cada esfera de governo (União, estados e municípios), participará da formulação e da fiscalização da execução, inclusive financeira, da política pública de saúde.

Vê-se, portanto, um direito intrinsecamente relacionado com a comunidade, que a partir das necessidades e prioridades por ela eleitas, se conjuga com as possibilidades fáticas e jurídicas de concretização, donde necessário descrever esta circularidade de uma garantia que parte da comunidade para retornar a ela mesma.

## **2.2 A inter-relação do direito à saúde com a comunidade: o direito da comunidade e para a comunidade**

O movimento nacional de reforma sanitária logrou fazer a comunicação e os enlances operativos necessários desde a esfera pública até a decisão de inscrição do direito à saúde na Constituição de 1988 como um direito social, garantido por políticas públicas de Estado, sempre com controle e participação social para a produção das atividades administrativas e sociais para a garantia desse direito

fundamental. Como diz CAMPILONGO (2012) os movimentos sociais são produto e reação da sociedade moderna a si mesma.

Não obstante isso, o sistema necessita continuar produzindo enlaces operativos e novas decisões, como, por exemplo, eleições de prioridades orçamentárias para a orientação da atividade administrativa de gestão do SUS, mantendo-se a necessidade de uso de elementos da democracia deliberativa tanto para o entendimento da Constituição, das normas que a regulamentam, produzindo o processo de auto entendimento comunitário indispensável que permita o fluxo comunicacional desde a esfera pública até a tomada dessas decisões que definem as ações e os serviços de saúde que serão continuados, alterados, implementados para a manutenção e até incremento da proteção do direito à saúde da comunidade (BITENCOURT; RECK, 2018a).

Habermas (1997, p. 159), em seu modelo procedimental de democracia deliberativa (que será melhor descrito no item 6.4), afirma que depois que os sujeitos desenvolvem os direitos fundamentais de liberdades subjetivas de ação, do status de membro de uma associação voluntária de parceiros de direito e da possibilidade de postulação judicial de direitos, eles assumem, também, o papel de autores de sua ordem jurídica por meio de: “Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação de opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo”.

Não foi outro o caminho desenvolvido pelos movimentos que desenharam o direito à saúde na Constituição de 1988 no Brasil, seja do ponto de vista amplo da participação popular, seja do ponto de vista específico da participação como elemento legitimador da concretização desse direito.

Ainda que o movimento de reforma sanitária tenha suas raízes em momentos anteriores, é nas décadas de 1970 e 1980 que ele se intensifica no Brasil. A crise econômica iniciada em 1973 com a alta do preço do petróleo fez eclodirem movimentos populares reivindicatórios que contribuíram para a reforma política de 1979, com admissão de novos partidos políticos e fim do bipartidarismo que fora instalado desde 1965 pelo Ato Institucional Nº 2, eleições diretas para prefeitos e governadores, anistia política e reivindicações sociais por mais direitos e melhores condições de vida para trabalhadores, que redundou na convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987, mandada instalar pela Emenda Constitucional Nº 26 de 1985, cujos debates e conclusões acabaram por devolver aos trabalhadores e à

comunidade a possibilidade de participação em conjunto com o governo nos órgãos de seguridade social, possibilidade esta que havia sido suspensa no período de 1964 a 1985, bem como a possibilidade de participação em diversos outros espaços de democracia deliberativa (LEDUR, 2009).

Observa Paim (2008) que o termo “reforma sanitária” na região das américas foi utilizado para descrever movimentos evolutivos articulados para a produção de mudanças setoriais com vistas ao adimplemento de eficiência, efetividade e equidade no objetivo de realizar os anseios da população no quesito saúde. Com esse desiderato cinco princípios se estabeleceram para orientar o planejamento reformista: equidade, qualidade, eficiência, sustentabilidade e participação social. No caso brasileiro essa reformulação surge durante a redemocratização do país.

É possível perceber que a participação social e comunitária foi determinante para que se construísse o direito à saúde posto na constituição, bem como para manter as conquistas ali registradas, como testemunham diversos momentos históricos apontados pelos documentos e autores de que se lança mão.

No caso brasileiro, o sentimento reformista que redundou na instituição do direito à saúde decorreu de um movimento com participação popular que se desenvolveu numa conjuntura de transição democrática não determinada por iniciativas de áreas econômicas do governo, tampouco por instigação de organismos internacionais, como ocorreu na Colômbia, ou de uma insurreição política como no modelo cubano, mas é a sociedade civil, buscando agir sobre si mesma, que vai para a arena pública discutir suas necessidades, e se utilizando de recursos não violentos, vai em busca de um consenso, a partir de um discurso baseado em argumentos de justificação, impõe sua vontade política (PAIM, 2008).

Desde os debates da Constituinte, movimentos populares, associações de bairros, representantes classistas e participantes sem mandato parlamentar exerceram intensa pressão para que suas reivindicações fossem incluídas no texto constitucional, produzindo no texto da constituição a previsão de institutos como a iniciativa popular de projetos de lei nos três níveis de governo do país e a participação da comunidade nos órgãos de gestão da seguridade social fruto de centenas de emendas populares propostas ao projeto de texto constitucional para o título que trata da ordem social (LEDUR, 2009).

Manifesto produzido pela Plenária Nacional de Saúde reunida em Brasília no dia 13 de maio de 1987, que reuniu quarenta e quatro entidades representantes dos

movimentos de trabalhadores e usuários de saúde como o Movimento Popular de Saúde de São Paulo, cobrava dos Constituintes um real compromisso com a área social, isto porque percebiam que as mudanças propostas pela VIII Conferência Nacional de Saúde não andavam no ritmo esperado, e que a Reforma Sanitária significava um projeto muito mais amplo que reformas estruturais na área de saúde. Neste mesmo ato comunicavam que as entidades integrantes da plenária estabeleceriam vigilância permanente aos trabalhos da constituinte, ainda que reconhecessem que as atividades da subcomissão de saúde, meio-ambiente e seguridade social se desenvolviam de forma altamente democrática e respeitavam a essência das propostas do movimento para a área da saúde (PAIM, 2008).

A força dos movimentos de participação comunitária na construção dos direitos sociais foi reconhecida, segundo Ledur (2009, p. 145), até mesmo por representantes de partidos alinhados à direita, e até então tidos como avessos à extensão dos limites jurídicos de intervenção popular para além do voto na eleição de representantes, que admitiram, como Jarbas Passarinho, o fato de o texto constitucional proposto para 1988 produzir a passagem da “democracia governada”, onde o povo aliena sua soberania ao representante eleito, para a “democracia governante”, na qual se faz intensa a participação popular.

A vitória do Movimento Nacional de Reforma Sanitária, como movimento nascido e comandado pela sociedade civil, na Constituição de 1988 foi evidente, na medida em que o texto inscrito na carta contempla sobremaneira a proposta do movimento, mas sempre se advertiu como na citação de Sergio Arouca selecionada por Paim (2008) que esta conquista nada representaria se não produzisse mudanças significativas na vida das pessoas, elevando seus níveis de saúde e de qualidade de vida, se não ganhasse espaços comunitários como escolas, associações de bairros, ambientes de trabalho, lares, e ali reproduzisse autonomia, com espírito democrático e justiça social. De fato, as ameaças que se seguiram deixaram muito claro que a consagração do direito à saúde na Constituição de 1988 foi uma batalha vencida, mas que o trabalho e a vigilância constante da sociedade seguiriam, pois este é o preço da democracia.

Inaugura-se a partir daí um novo modelo de democracia no Brasil, no qual a representação e a participação direta do povo não se excluem no exercício do poder, e que, em certos casos, como no do direito social à saúde, é indispensável para a legitimação de regras de concretização das prestações e da política pública.

O cidadão passa, assim, a dividir o espaço de tomada da decisão política com o administrador público. Tratou-se de incluir no texto constitucional, a partir da pressão exercida pelos movimentos sociais, normas referentes à participação popular no exercício do poder político, governamental e administrativo, para que a comunidade, em conjunto com o representante eleito, encontre as soluções mais apropriadas para a população, especialmente aquela mais carente de prestações sociais (LEDUR, 2009).

Contudo, estabelecida saúde como direito na constituição, e a participação popular como forma de legitimá-lo, era hora de arregaçar as mangas e dar conta das novas batalhas que se seguiram, uma vez que se reconhecia que as modificações necessárias ao setor saúde transcendiam as fronteiras de uma mudança meramente administrativa ou financeira, estando a demandar uma transformação mais profunda e até mesmo da concepção de saúde, que passava por reformulações legislativas infraconstitucionais que garantissem, de fato, a proteção e a recuperação da saúde, bem como estruturasse os mecanismos de participação popular na construção da política (PAIM, 2008).

Veja-se que a possibilidade de petição judicial, seja de construção, seja de postulação, desses direitos, ainda que democrática, deve ser deixada sempre e apenas para aquelas situações limite na medida em que o sistema jurídico não está habilitado a promover comunicação sanitária, decisão política, pagamentos, produção de bens, solução de questões científicas. Porém, muitas vezes, as decisões dos tribunais parecem ignorar essa obviedade e assumem um ônus que o sistema jurídico não é capaz de saldar (CAMPILONGO, 2012).

Houve, portanto, que se regulamentar o texto constitucional obtido a partir do longo processo político de conquistas sociais representado pelo movimento de reforma, que vai redundar na construção de um novo sistema nacional de saúde a partir de diretrizes como o fato de ser a saúde uma consequência das condições de vida; uma atenção à saúde que abarque promoção proteção e recuperação, sem se restringir à assistência médico-clínica; subordinação das ações de saúde ao conceito de interesse público, já que direito de todos e dever do Estado que se realiza por políticas públicas; universalidade do acesso e igualdade na atenção e prestação das ações de saúde; regionalização e hierarquização da rede de serviços como modo de otimização das prestações; gestão colegiada com participação comunitária. É evidente que uma transformação desse porte não se obtém em um

processo pacífico, sem dores ou resistências, dado o volume de regalias e interesses, eleitores e clientelistas, incrustados na sociedade que haveria de remover, para que ao final se reafirmasse a cidadania e a dignidade da pessoa (PAIM, 2008).

A proposta de Lei Orgânica da Saúde, a Lei 8.080/90 contemplava tudo isso e ia além, não obstante, para surpresa da sociedade e, especialmente do movimento sanitário, o então Presidente Fernando Collor de Melo, em setembro de 1990, sanciona a lei vetando nove artigos totalmente e cinco artigos parcialmente, donde desaparecem do texto legal toda a estrutura da descentralização, controle social e repasses intergovernamentais de recursos financeiros. Em nova rodada de ajustes e estratégias políticas, representantes da sociedade e do movimento de reforma sanitária se articulam e entabulam o projeto de lei em complementação à Lei 8.080 (BRASIL, 1990a), tratando da participação comunitária com instâncias colegiadas, conferências e conselhos com caráter deliberativo, em cada esfera de governo, e dos repasses financeiros intergovernamentais, que viria a se transformar na Lei 8.142 (BRASIL, 1990b), promulgada em 28 de dezembro de 1990, cerca de três meses depois do veto, o que demonstrou a força do movimento social dentro e fora do congresso nacional (PAIM, 2008).

O direito à saúde, portanto, se materializa no SUS e revela a dimensão institucional do movimento popular de reforma sanitária, movimento que resulta da sociedade civil em busca de democracia, de direitos sociais, cujo processo busca constantemente a formação de cidadãos capazes de avançar em seu projeto civilizatório (PAIM, 2008).

Como resultado da IX Conferência Nacional de Saúde, e de consagração dessa instância popular de avaliação do estado de coisas da saúde e da proposição de diretrizes nacionais para a evolução do sistema, se denuncia o não cumprimento da legislação de saúde e a necessidade de descentralizar a ação de saúde municipalizando-se os serviços e a gestão. A pressão dos achados faz com que o governo realize esforços na diretriz de descentralização, donde se obtém a Norma Operacional Básica do SUS 01/93 (NOB) que, com apoio do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS), estabelece diferentes níveis de habilitação dos municípios na gestão dos sistemas municipais de saúde, como meio de transição para uma municipalização plena da atenção à saúde. A NOB é reconhecida como um avanço no sentido da descentralização e da participação da

comunidade, na medida em que a constituição e o funcionamento dos conselhos foram postos como requisitos para o repasse de recursos financeiros, também se podendo esperar que, com a fiscalização dos conselhos, as práticas clientelistas e o nepotismo nos serviços de saúde diminuiriam (PAIM, 2008).

A partir de sua interlocução com a sociedade civil por meio dos movimentos sociais, o Governo Itamar Franco é considerado um dos que mais produziu avanços na consolidação do SUS, pois esforçou-se por cumprir a lei promovendo a descentralização, promoveu a extinção formal do Instituto Nacional da Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), discutiu a reforma psiquiátrica, a questão dos medicamentos genéricos, a regulamentação dos planos privados de saúde e obrigação destes de ressarcirem o SUS pelo atendimento de seus associados e instituiu o Programa de Saúde da Família como estratégia de atenção primária (PAIM, 2008).

Apesar de um senso comum midiático não demonstrar, mesmo porque na imprensa de regra notícia o que não funciona, na virada do século organismos internacionais já reconheciam que o projeto de reforma sanitária brasileira produzira resultados significativos. Conforme registros da OPAS, o SUS cobria 95% da população brasileira com serviços de atenção primária em saúde, 70 % na média complexidade e 90% na alta complexidade, aliás há serviços de alta complexidade, como por exemplo transplantes, que só são disponibilizados pelo SUS. A descentralização avançava, pois os 27 estados e 436 municípios já respondiam pela gestão plena dos sistemas de saúde, e mais de quatro mil e duzentos municípios geriam a atenção básica da saúde de suas comunidades (PAIM, 2008).

A política de saúde brasileira já era tida como mais adiantada que a proposta pela OMS para aquele momento, isso conforme balanço apresentado pela 54ª Assembleia Mundial de Saúde realizada em 2001. Ações como controle da AIDS, produção de medicamentos a baixo custo para países pobres, acesso a medicamentos como direito fundamental decorrente da política pública de saúde, aleitamento materno exclusivo nos primeiros seis meses de vida, ações tendentes à redução da mortalidade infantil, reorientação do modelo assistencial e descentralização dos serviços etc. Nos anos seguintes se constataria a redução do número de internações hospitalares e o aumento do volume de consultas por habitante na rede de atenção primária e especializada, além do aumento e quase

cobertura total das imunizações de crianças com menos de um ano de idade (PAIM, 2008).

A partir de 2004, embora não se avançasse no item financiamento da saúde, dado o contingenciamento de recursos para a saúde no Governo Lula, que não era diferente do governo anterior, no nível nacional a participação social se coloca como diretriz para a realização de novos pactos (PAIM, 2008). E a cada nova conferência nacional de saúde, como no relatório da 12<sup>a</sup>, realizada em 2003, se reafirma a participação e o controle social como diretriz indispensável para a concretização da política assecuratória do direito universal à saúde, o controle social e a gestão participativa contribuem para a ampliação da cidadania, traduz o usuário do sistema como membro de uma comunidade que tem direitos e deveres e não apenas consumidor de alguns itens ou benefícios ofertados pelo poder público (PAIM, 2008).

A reforçar a tese da inter-relação do direito à saúde como um direito da comunidade para a comunidade se acrescenta que não há registros de conjugação de forças comunitárias, movimentos sociais, na consecução de uma garantia como a observada no processo do qual é oriundo o direito à saúde no Brasil. O direito nasce de um movimento articulado na sociedade civil por estudantes, trabalhadores da saúde, intelectuais, população em geral que, ocupando espaços no parlamento, no governo e mais recentemente convencendo alguns segmentos do Poder Judiciário e do Ministério Público, discute suas ideias, maneja seus argumentos transformando-os em consenso. Não se conhece nada parecido que tenha acontecido por exemplo com o movimento desenvolvimentista anterior a 1964 ou mesmo com o movimento sanitarista da República Velha (PAIM, 2008).

Na vertente constitucional, e em sua explicitação infraconstitucional, a participação da comunidade na construção do direito social à saúde se traduz no direito de participar das decisões do Poder Executivo do respectivo nível, sejam elas de natureza governamental, sejam de natureza administrativa propriamente dita, pois a comunidade, por meio das instâncias de participação legalmente instituídas, tem o direito de interferir na confecção da política pública de atenção à saúde, na fiscalização da execução orçamentária a ela correspondente e na avaliação dos resultados obtidos em comparação com as metas projetadas, ou seja, a comunidade participa de todas as etapas de construção e garantia do referido direito social (LEDUR, 2009).

Considerando que garantir a participação comunitária nas esferas decisórias da administração pública é uma das dimensões de eficácia e fundamentalidade dos direitos sociais, Pivetta (2013) afirma que este elemento não pode ser afastado, pois houve todo um esforço do constituinte originário para que se democratizasse o agir estatal e pelo fato de que tais objetivos encontram-se plasmados em normas-princípio que determinam processos deliberativos para a definição de seu conteúdo. Ledur (2009, p. 161), com suporte em autores como Celso Campilongo, Cretella Júnior e José Afonso da Silva, sustenta haver mesmo um “[...] direito fundamental de participação da comunidade [...]” de que é exemplo o inciso III do art. 198 da Constituição de 1988, que é um direito coletivo, que tem sentido diverso daquele direito de participação vinculado à cidadania ativa simplesmente expresso na possibilidade de votar em eleições, pois vai muito além deste. Logo é um direito que engloba as funções de defesa, típicas dos direitos de liberdade individual, porque contém, além da liberdade individual, a liberdade coletiva de participar na formação da vontade do Estado, que deve, portanto, ser preservado de limitações e intervenções indevidas sejam oriundas do Estado, onde se inclui até mesmo o Poder Judiciário, ou do setor privado. Também na função de prestação o direito social de participação deve ser protegido, por meio de atuação estatal no sentido de propiciar os espaços e mecanismos adequados para o exercício desta participação, como no caso da participação no direito à saúde os espaços foram estabelecidos por meio da Lei 8.142/90 que, com caráter de norma geral no exercício da competência estabelecida pelo art. 24, §1º, da Constituição, determinou que o mesmo se fizesse nos níveis estadual e municipal (LEDUR, 2009).

Mais, há que se trabalhar para que a participação de fato funcione tanto na dimensão da produção de ações para a concretização do direito social, quanto na compreensão comunitária e judicial de que essa é a prestação devida ao cidadão, porque não se pode correr o risco de um esvaziamento da democracia deliberativa, onde o cidadão-eleitor e as propostas políticas sejam substituídas por um cidadão-juiz, haja passividade dos cidadãos, Estado e política sejam inimigos e não espaços de luta por uma vida digna. E a participação política dos cidadãos torne-se acidental. Por exemplo, os medicamentos concedidos em processos isolados desgastam a política sanitária e, ao mesmo tempo, a judicialização desse tema enfraquece a política. Em todas essas situações emergem os paradoxos da sociedade moderna.

Incluir pode significar excluir do acesso à justiça (CASARA, 2017; CAMPILONGO, 2012).

A leitura da Constituição e do Direito à Saúde pela ótica da Democracia Deliberativa oferece vantagens como as enumeradas por Caroline Bitencourt e Janrie Reck:

Assim como a Constituição como um todo é mais adequadamente lida através de um prisma deliberativo, também o é especificamente o Direito à saúde. A partir da Democracia deliberativa consegue-se obter uma série de ideias reitoras para a construção do regime jurídico da despesa em saúde, a ser realizada no penúltimo capítulo. Mas é possível enumerar, tais como: a) caráter histórico do direito à saúde, e não metafísico, jusnaturalista e pré-político; b) sociedade e principalmente poder público responsável pela saúde, em afastamento à perspectiva liberal; c) caráter ético de uma missão, de todos os entes federativos, em realizar o projeto comunitário brasileiro de realização da saúde; d) a saúde não se dá via mercado, mas sim via serviço público; e) **o cidadão é visto como um formulador de políticas, e não como um mero cliente do serviço**; f) o discurso que embasa o direito à saúde não é unicamente ético, mas uma mescla de auto interesse, eticidade e moralidade universal; g) o regime de execução do direito à saúde, com descrição de uma política pública complexa na Constituição, com competências, formas de parceria, de execução dos serviços públicos, de despesas etc. também encontra fundamento em uma mescla de argumentos de auto interesse, éticos e morais; h) caráter aberto tanto do conceito de direito à saúde mas também da sua forma de efetivação, o que requer discursos de justificação e pragmáticos adicionais (BITENCOURT; RECK, 2018a, p.7-8, grifo nosso).

Os discursos de justificação política e pragmáticos<sup>3</sup> são indispensáveis porque as políticas governamentais de saúde só podem ser consideradas legítimas se são capazes de superar a crítica pública. É através da deliberação pública que se torna possível, no mundo contemporâneo, adequar o conteúdo das decisões estatais à vontade popular constituída dialógica e intersubjetivamente. Pela via da justificação pública permanente, o conteúdo da ordem jurídica pode se conformar às expectativas normativas que afloram do mundo da vida (SOUZA NETO, 2006).

Essa linha de raciocínio decorre do modelo de proteção dos direitos fundamentais e sociais adotado pela Constituição, do regime democrático e da soberania popular. E não há Estado Democrático de direito sem respeito à constituição e aos direitos humanos, com trunfos contra-majoritários e democracia substancial com participação comunitária na tomada decisões, sem esses limites, instaura-se a pós-democracia (CASARA, 2017).

---

<sup>3</sup> Maiores detalhes sobre discursos de justificação, aplicação e pragmáticos no item 6.1.

A adoção da política pública como categoria jurídica<sup>4</sup> que reproduz o processo de comunicação entre a política e o direito no nível da constituição, realizando a vontade geral e o bem comum, ressignifica o interesse público como modo de controle administrativo no Estado Democrático de Direito. Na política pública a definição de interesse público sai da esfera isolada do agente público e passa a decorrer de uma opção consciente dos cidadãos, informada pelo conhecimento dos meios disponíveis que vincularia ao alcance das metas (BUCCI, 2006).

O interesse público está ligado diretamente à satisfação de interesses gerais, expressos pela garantia de direitos fundamentais, econômicos e sociais. São esses os valores que devem orientar a ação da Administração Pública, com a superação da dicotomia antes existente entre Estado e Sociedade, Estado e cidadão. A supremacia do interesse público deriva da sujeição de todos, Estado e cidadãos, à supremacia da constituição e ao ordenamento jurídico. Ou seja, no embate entre o interesse público e o interesse privado na eleição da ação administrativa, o interesse público sempre deve preponderar. O interesse público se identifica com a ideia de bem comum, social, ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, que se situa num patamar superior até mesmo à soma dos interesses particulares (GABARDO; HACHEM, 2010).

### **2.3 A subsidiariedade aplicada à lógica do direito à saúde: um olhar crítico**

As prescrições de participação da sociedade e da comunidade, do art. 194 e do art. 198, III, da CF de 1988; de descentralização do art. 198, I; de competência do município para prestar, com apoio técnico e financeiro do Estado e da União, serviços de atendimento à saúde da população, art. 30, VII; e a possibilidade de exploração dos serviços de saúde pela iniciativa privada seja na modalidade complementar ao SUS – art. 199, §1º, seja na modalidade suplementar, art. 199, caput; suscitaram o debate acerca da aplicação de subsidiariedade ao direito à saúde.

Segundo Baracho (2000), esse debate tem origem na doutrina social da Igreja Católica, observado em textos como a *Encíclica Quadragesimo Anno*, de 15 de maio de 1931, onde o Papa Pio XI, escreveu que toda a função social que puder ser exercida pela comunidade local não deve ser atribuída aos níveis regionais ou de

---

<sup>4</sup> A conceituação de política pública como categoria jurídica encontra-se no item 3.3.

maior abrangência. A adoção deste princípio justificaria a opção política pela descentralização, permitindo a ampliação das funções e liberdades das comunidades locais (municípios, por exemplo) sem suprimir o que é essencial nas funções do Estado Nacional.

O Estado Federal seria o campo fecundo para o desenvolvimento de subsidiariedade. Conjugando-se os mecanismos de separação horizontal e vertical de competências, propicia-se um processo mais transparente, equilibrado e controlável para a tomada de decisões.

A adoção do princípio de subsidiariedade impõe uma dinâmica tal ao federalismo, que está a permitir fundamente até mesmo a adoção de uma estrutura federal pela Comunidade Europeia. A correlação entre integração e autonomia, propiciada pela implementação da ideia de subsidiariedade federativa, é capaz de assegurar paz e liberdade aos diversos Estados que compõem o bloco, com preservação das potencialidades individuais.

No federalismo com subsidiariedade, os diversos entes federativos mantêm suas autonomias no respectivo nível, funcionando como “vasos comunicantes”. Dá-se preferência à atuação do nível mais próximo ao destinatário para a realização da ação política. Esgotadas as possibilidades de realização desse nível, surge o dever de os níveis seguintes de abrangência suprirem a necessidade. Tudo isso com vistas à realização de um mínimo de bem-estar exigido pelo interesse geral.

Considerando o Município como a célula mínima da democracia estatal, a subsidiariedade visa estimular, afirmar e fortalecer o Município como local de realização do indivíduo e da cidadania. Permite-se, desse modo, a participação social do cidadão na vida do Estado e o desenvolvimento do federalismo como forma de repartição constitucional de competências, notadamente naquelas áreas em que se exigem prestações positivas do Estado e, devido aos custos desses serviços, deverá haver cooperação e coordenação, notadamente financeira, dos diversos níveis federativos (BARACHO, 2000).

Veja-se que a parte da abordagem que se aproveita deste autor, de início apoiada na doutrina social da Igreja Católica (apontada como de inspiração liberal e de desoneração do Estado), foca apenas no caráter vertical da subsidiariedade, ou seja considera os níveis administrativos do Estado Brasileiro como postos na Constituição de 1988 e atribui ao nível local a competência para a execução das políticas públicas de realização de direitos sociais como saúde e assistência pública.

Mas houve quem cogitasse de uma subsidiariedade horizontal, entendendo permitir a Constituição de 1988 que prestações sociais como saúde pudessem ser delegadas ao mercado, na medida em que saúde seria responsabilidade do indivíduo e da sociedade também. Necessário, pois, abrir o parêntesis, para delimitar o foco da abordagem de subsidiariedade que se pretende, dadas as consequências que isso implica na análise da possibilidade de controle social e até mesmo jurisdicional da política pública de saúde.

Trabalho de fôlego e esclarecedor da questão foi desenvolvido por Gabardo (2009). Segundo ele, do ponto de vista do Direito Público e da Teoria do Estado o conceito de subsidiariedade significa, pela ótica da verticalidade, descentralização, ou seja, o município está mais próximo do cidadão, deve ter, portanto, mais condições de conhecer, entender e resolver os seus problemas do que o Estado ou a União. E pela ótica da horizontalidade, privatização, pois o Estado não deve intervir naquelas questões que o indivíduo ou a sociedade civil (mercado?) possam dar conta. Gabardo (2009), portanto, alberga um entendimento oposto ao de Baracho (2000).

Gabardo (2009) alinha dezenas de autores que defendem uma posição ou outra, identificando mesmo entre aqueles que advogam uma subsidiariedade horizontal a impossibilidade de se aplicar o conceito de subsidiariedade para atividades como saúde pública. E, por outro lado, autores que não se filiam à corrente da subsidiariedade horizontal, como Maria Sílvia Di Pietro, por exemplo, admitem uma atuação apenas supletiva do Estado em áreas como saúde e educação. Daí a importância do trabalho desenvolvido por Gabardo (2009) e que refuta, um a um, os argumentos dos que pretendem, à guisa de uma pretensa constitucionalização do princípio da subsidiariedade em 1988, relegar o Estado a uma função de mero regulador de atividades que garantam direitos sociais como saúde, intervindo apenas quando e onde o mercado não se mostre suficiente ou interessado. E uma de suas conclusões é lapidar:

Uma breve leitura do texto constitucional fala por si. O simples fato de tanto a educação quanto a saúde, e também a previdência, serem livres à iniciativa privada, no máximo, indicam que no Brasil há o regime de liberdade de iniciativa quanto a estas matérias. Trata-se, portanto, do mero resultado do tipo de coordenação econômica escolhido pelo constituinte, cuja matriz capitalista justificou adequadamente a inexistência de planificação mas, por outro lado, atribuiu responsabilidade típica ao Estado no tocante à realização das políticas públicas, principalmente as sociais – o

que alude a uma inafastável competência própria e direta para gerir o processo de desenvolvimento (GABARDO, 2009, p. 235).

O processo de descentralização previsto na Constituição de 1988 estabelece de forma clara as competências de cada ente, dentre as comuns (CF, art. 23), portanto administrativas, e as concorrentes (CF., art 24), legislativa, sendo depois esta competência constitucional regulamentada pela Lei Orgânica da Saúde (BRASIL, 1990a), onde se discriminam as atribuições de cada ente, hoje, inclusive, com disciplina do financiamento (BRASIL, 2012), além da regulamentação específica que é direcionada à iniciativa privada, na medida em que saúde, do ponto de vista dos instrumentos do Direito Administrativo para a realização do interesse público, é “serviço social” e, portanto, aberto à iniciativa privada. Mas aberto à iniciativa privada no sentido de que há serviços de saúde explorados pelo mercado que não compõem o SUS, ou seja, podem ser adquiridos diretamente pelo cidadão, sem a intermediação do Estado, como qualquer outro item de consumo (CF, art. 199, Caput), e há serviços privados de saúde que integram o SUS, ou seja, são adquiridos da iniciativa privada pelo Estado para compor a política pública de saúde que será assegurada ao cidadão e aí a participação da iniciativa privada se dá de forma complementar aos serviços públicos de saúde (CF, art. 199, § 1º). Contudo, pelo aspecto da garantia constitucional é “direito fundamental social” garantido por políticas públicas, daí a inexorável conclusão de que não se está a tratar de subsidiariedade horizontal, ou seja, da possibilidade de se delegar completamente esse serviço ao mercado, atuando o Estado apenas quando o mercado não seja suficiente ou não tenha interesse.

As bases para um federalismo de cooperação demandam que haja respeito às competências e capacidades de cada unidade federativa, pactuadas na carta constitucional e nas leis regulamentadoras, compreendendo-se o princípio da subsidiariedade vertical (descentralização administrativa) como modo de proteção das pessoas e da sociedade dos desvios das instâncias superiores, permitindo que as instâncias intermediárias do modelo federal desempenhem suas próprias funções, impondo-se essa hermenêutica porque cada instância intermediária tem algo de original a ofertar à comunidade (CAVALCANTI, 2011).

Exemplo expresso de princípio da subsidiariedade como descentralização ente níveis federativos, no direito comparado, é o art. 3b do tratado de Maastricht, de 1992, onde diz, textualmente, que a comunidade europeia não intervirá nos estados-

membros a não ser que eles não tenham capacidade para a realização dos objetivos e ações previstos para a comunidade, e isso com base no princípio da subsidiariedade (CAVALCANTI, 2011). Dito de outro modo, a comunidade Europeia deixa a cargo do estado membro todas aquelas atividades que este tenha condições de realizar por si. Aliás, é do direito comparado e, especialmente, da experiência constitucionalista italiana, a divisão entre subsidiariedade vertical, esta utilizada no sentido de descentralização entre os vários níveis de um estado federado, ou mesmo descentralização administrativa para regiões ou comunidades locais em estados unitários (caso das autarquias portuguesas, vilas e freguesias), enquanto a subsidiariedade, e solidariedade horizontal aquela que trata das relações do Estado com entidades não estatais, mercado, terceiro setor, cidadão, etc. Na Constituição Brasileira de 1988 o que se estabeleceu foi a subsidiariedade vertical, nos moldes da repartição de competências estabelecida nos art. 23, ainda que não suficientemente regulamentada pela legislação infraconstitucional ali apregoada (CAVALCANTI, 2011).

Além de descentralização, que no caso da saúde, por força dos art. 198, inc. I, 30, inc. VII, da Constituição, art. 7º, IX, a da Lei 8.080 (BRASIL, 1990a), por exemplo, se dá da União para os Estados, e destes para os municípios, também se trata de desconcentração do poder político. As competências cumulativas, concorrentes e comuns, portanto as previstas nos arts. 23 e 24 da Constituição, estabelecem a subsidiariedade como princípio constitucional, tanto que no art. 24 fica claro: onde um não atuar o outro atua, subsidiariamente (ZAINAGHI, 2000). E a solidariedade quando mencionada aqui se dá no sentido de cooperação, como exposto no art. 30, inc. VII, que o município é responsável pela execução das ações e serviços de saúde com a colaboração técnica e financeira do Estado e da União.

Necessário estabelecer, portanto, ainda que rapidamente, a distinção entre subsidiariedade e responsabilidade obrigacional solidária (as teses jurisprudenciais sobre solidariedade serão abordadas no item 5.5) que é um instituto do direito civil das obrigações, portanto direito privado, e não público, hoje assente nos arts. 264 e seguintes do Código Civil, e que segundo o art. 265 não se presume, resultando da lei ou da vontade das partes.

Ainda que se quisesse sustentar que a lei que supera a presunção antes referida é o art. 23, inciso II da Constituição, no caso da saúde, essa argumentação

iria de encontro à própria teoria do federalismo cooperativo que a doutrina pátria admite como pacificada, além de tal equívoco também ser denunciado pelo fato de não haver nenhuma outra hipótese em que as competências comuns recebam esse tratamento tanto dos constitucionalistas, quanto da jurisprudência referente a outras matérias que não saúde (SARMENTO; TELLES, 2012).

Segundo Sarmiento e Telles (2012) há um conjunto de argumentos que sustentam o federalismo cooperativo como base da atribuição de competências aos entes federados no Brasil. Estas competências não exigem uma atuação sobreposta dos entes, senão que determinam a elaboração de políticas cooperativas, onde há espaços de atuação preferencial para cada um dos envolvidos, que decorrem de mecanismos de auxílio e fiscalização mútuas, cuja separação de atribuições também facilita o controle social, produzindo uma atuação mais eficiente por parte do Estado.

A ideia de sistema (art. 198 CF) remete a uma organização das partes para que atuem de forma planejada, harmônica e complementar que, do ponto de vista da cooperação exige articulação, divisão de tarefas a partir do reconhecimento da capacidade operativa de cada um, fazendo com que os entes regionais e o ente nacional saibam como e quando agir em socorro dos demais. Em nenhum momento as regras, sejam constitucionais, sejam ordinárias, deixam claro que um ente deva responder por toda a prestação de saúde, ainda que na falta dos demais. Antes, ao contrário, seja a Lei 8.080 (BRASIL, 1990a), seja a constituição no art. 30, VII, quando trata do município, sejam os arts. 195, § 10, ou 198, §3º, quando tratam do financiamento, estabelecem as responsabilidades de cada ente quanto à execução de ações e quanto ao seu financiamento (SARMENTO; TELLES, 2012).

Ao invocar uma pretensa responsabilidade solidária, desconsiderando todo o planejamento instituído com base nas regras que disciplinam o sistema, se desorganiza toda a política prevista para a atenção do direito à saúde, e se tem uma falsa ideia de se o estar fortalecendo porque, ainda que imediatamente se assegure esta ou aquela prestação a um demandante, ou a alguns, a desestrutura produzida no planejamento do sistema prejudicará a muitos (SARMENTO; TELLES, 2012).

E o art. 196 da Constituição de 1988 é suficientemente claro: saúde é direito de todos e dever do Estado, estado aqui com a conotação de organização política, ou seja, um

[...] sistema que opera com comunicações do tipo jurídico, acoplado, sob um símbolo de unidade, processos, decisões e órgãos para gerar outras comunicações jurídicas, com a função de gerar decisões vinculantes a toda comunidade para o exercício de sua autonomia e emancipação (BITENCOURT; RECK, 2018b, p. 59).

Acrescente-se a isso que as ações de saúde pública são executadas pelo SUS (CF 1988, art. 198, caput), leia-se administração pública, e que a iniciativa privada pode participar do SUS de forma complementar (CF 1988, art. 199, §1º) desde que se submeta aos princípios e regulamentos do sistema público, inclusive ao controle de suas atividades pela comunidade via conselhos.

Portanto não se diga que o fato de o art. 198, inciso III, da Constituição de 1988 ter inserido a participação da comunidade como legitimadora das decisões que informam o programa de ação proposto para a realização do direito à saúde teve qualquer conotação com a vinculação desse fato a uma pretensa subsidiariedade horizontal, senão que de fato inseriu as conclusões dos movimentos nacional e internacional de reforma sanitária no sentido de que políticas públicas, da dimensão de políticas de saúde, só se efetivam dando-se voz e vez aos indivíduos e às comunidades, que se sentirão senhores da construção de seus direitos via democracia deliberativa, pelos meios de participação propostos pelo constituinte e pelo legislador ordinário como se verá no item seguinte.

## **2.4 Meios de participação comunitária no sistema de saúde no Brasil**

Regulamentando a participação da comunidade instituída pelo inciso III do art. 198 da Constituição de 1988, a Lei 8.142 (BRASIL, 1990b), recepcionou as conferências de saúde e instituiu os conselhos de saúde como órgãos deliberativos da gestão do SUS, além de outras normas que disciplinaram outras formas de participação da comunidade na execução das ações e serviços de saúde, tarefa esta última não afeta às conferências e conselhos. A respeito de cada um deles se tecem os comentários a seguir.

### **2.4.1 Conselhos**

A Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990, regulamentando o disposto no inciso III do art. 198 da Constituição, disciplinou a participação da comunidade no SUS, a partir de instâncias colegiadas representadas pela Conferência de Saúde e

pelo Conselho de Saúde, em cada esfera de governo, definindo os conselhos de saúde como órgãos permanentes e deliberativos, constituídos a partir de representação paritária dos governos respectivos, dos prestadores de serviços e dos usuários, cabendo ao conselho a formulação de estratégias e fiscalização da execução das políticas em cada esfera. Estabelece esta lei, também, normas e requisitos para a distribuição dos recursos necessários para a execução das políticas de atenção à saúde.

Além de democratizar a administração pública em especial, essa diretriz se alinha a outros dispositivos da Constituição no sentido de democratizar o Estado, construindo espaços de participação comunitária nos mais diversos níveis de gestão o sistema de saúde (PIVETTA, 2013). Esse modelo de participação proposto para a política pública de saúde cabe no conceito de participação regulada, que ocorre quando há previsão, constitucional e/ou infraconstitucional, de sua existência, expresso no caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com participação da comunidade, como, por exemplo, de trabalhadores, empresários e aposentados na seguridade social (art. 194, inciso VII da Constituição), o que se reafirma com relação à saúde (art. 198, inciso III da Constituição) e à assistência social (art. 204, inciso II da Constituição); dentre outros.

A participação administrativa regulada se expressa juridicamente através da inclusão do cidadão no procedimento de tomada da decisão administrativa, construindo-se espaços públicos de diálogo (conselhos, conferências, audiências públicas, vide item 2.4) que permitam a deliberação (PIVETTA, 2013). Tudo isso tem ligação com os antecedentes histórico-políticos que levaram à conformação do SUS na Constituição de 1988 (vide item 2.1), sendo tudo depois regulamentado pela Lei nº 8.142/1990, que incorporou dois órgãos de participação, a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde, incluindo neles a participação popular paritária, pois embora tais órgãos já existissem antes de 1988 como instâncias de discussão, eram privativos de determinados setores que não o popular. Por meio dessas duas instâncias viabiliza-se a inserção dos cidadãos nos processos decisórios da política pública sanitária.

Os conselhos, órgãos colegiados, permanentes e de caráter deliberativo, tal qual instituídos pelo § 2º do art. 1º da Lei 8.142 (BRASIL, 1990b), devem ter em sua composição 50% de usuários do sistema de saúde (§4º), e os outros 50% formados por representantes dos prestadores de serviço de saúde, profissionais da saúde e

representantes do poder executivo. Deve haver um conselho em cada nível da gestão (nacional, regional e local) com atribuição de propor as prioridades da política pública de saúde e fiscalizar a sua execução, inclusive orçamentária. Portanto, instrumentalmente, o conselho é um poderoso espaço de participação social e de deliberação democrática.

No que toca ao controle das ações do gestor o conselho se insere na categoria de controle popular institucionalizado, ou seja, é exercido por um particular em colaboração com a Administração Pública, isto é, um sujeito que não faz parte da Administração Pública, mas está em um espaço institucionalizado de controle, (BITENCOURT; RECK, 2018a).

Contudo, ainda recentemente, boa parte dos conselhos municipais de saúde do Rio Grande do Sul tinha participação meramente formal na política de saúde. No quesito autonomia faltavam-lhes equipamentos, recursos humanos e recursos financeiros. Nenhum deles tem orçamento próprio, nem mesmo o conselho estadual de saúde, todos dependem de aprovação item por item de suas despesas perante o executivo, secretaria de saúde e de fazenda. Boa parte deles não dispõe, sequer, de um espaço reservado na estrutura da secretaria de saúde para suas reuniões, as fazendo, até mesmo, nos plenários das câmaras de vereadores.

No que tange à organização, não há capacitação dos conselheiros, a não ser algumas iniciativas isoladas do conselho estadual de saúde nesse ponto. As reuniões obedecem a certa periodicidade. Mas as instâncias internas se resumem à mesa diretora e secretaria, que em alguns casos é exercida pelos próprios conselheiros, não há funcionários designados para isso, com exceção do Conselho Estadual. No quesito inclusividade, a maioria dos conselhos municipais tem o secretário municipal de saúde, ou seu representante, como presidente. O conselho estadual elege seu presidente, mas por bom tempo esse presidente, posto que representante do segmento dos usuários, era funcionário de carreira de uma secretaria de estado.

#### 2.4.2 Conferências

As conferências de saúde foram instituídas no Brasil pela Lei nº 378, de 13 de janeiro de 1937, que reorganizou o Ministério da Educação e da Saúde, instituindo em seu artigo 90 as conferências nacionais de saúde e de educação, tendo sido

convocada a primeira para o ano de 1941, pelo Decreto Presidencial 6.788, de 30 de janeiro, mas que só ocorreu entre 10 e 15 de novembro daquele ano, por força de adiamento pelos decretos 7196, de 19 de maio, e 8090 de 22 de outubro (CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 1980). Dos itens debatidos nesta convenção, já se percebe forte preocupação com a atenção primária em saúde, reorganização e regionalização da atenção à saúde.

A segunda conferência se realiza em 1950, com foco no estudo de “normas suscetíveis de emprestar maior uniformidade à resolução de problemas de saúde brasileiros”. A terceira ocorre em 1963, no Rio de Janeiro, e se destacam temas como municipalização dos serviços de saúde e fixação de um Plano Nacional e Saúde (PNS) (CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 1980). Veja-se a importância deste debate, que a necessidade de disciplinar as ações e os serviços de saúde (política social) com a disponibilidade de recursos nos orçamentos (política econômica), foi posta no artigo 36 da Lei 8.080 (BRASIL, 1990a), que regulamenta o art. 196 da Constituição de 1988.

De 30 de agosto a 4 de setembro de 1967, ainda no Rio de Janeiro, ocorre a IV Conferência Nacional de Saúde, debatendo a formação de recursos humanos para a saúde, na medida em que identifica inadequação da capacidade técnica dos profissionais de então para darem conta dos problemas de saúde da população. Nos anos de 1975 e 1977, ocorrem a V e a VI conferências nacionais de saúde, sempre com foco nas questões de atenção primária em saúde como saúde materno-infantil, controle de grandes endemias, vigilância epidemiológica. Em 1980, 24 de março, instala-se a VII Conferência Nacional de Saúde, que se propõe a debater apenas um tema: extensão das ações de saúde através dos serviços básicos. E no subtema 10 fica explícita a necessidade de participação comunitária, dada a relação intrínseca entre os serviços básicos de saúde e as comunidades (CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 1980).

Circunstância que chama à atenção é a irregularidade da convocação das convenções. Segundo o art. 90 da Lei 378 de 1937, as convenções deveriam ser convocadas por decreto presidencial com intervalos máximos de dois anos, sendo a primeira convocada quatro anos depois da promulgação da lei, e a segunda nove anos depois da primeira. Ora, a citada norma entendia como primordial para a orientação das ações nacionais de saúde a escuta das comunidades e demais setores, porém o comportamento das autoridades encarregadas de propiciarem a

ocorrência desses eventos, quase que, transforma aqueles nobres motivos em meros recursos de retórica.

A VIII Conferência Nacional de Saúde, que teve lugar em Brasília, de 17 a 21 de março de 1986, discutiu três temas: saúde como direito inerente à cidadania e à personalidade, reformulação do sistema nacional de saúde e financiamento para o setor de saúde. Conferindo os debates que se traduziram nas mais de quatrocentas páginas de seus anais, percebe-se que os artigos 196 a 200 da Constituição de 1988, cuja Assembleia Nacional Constituinte se instalara em 1º de fevereiro de 1987, sintetizam todas as conclusões de seu relatório final, daí ser considerada a "pré-constituente" (BALSEMÃO, 2003, p. 304), convindo, portanto, a reprodução de alguns trechos do TEMA 1, Saúde como Direito:

1- Em primeiro lugar ficou evidente que as modificações necessárias ao setor saúde transcendem aos limites de uma reforma administrativa e financeira, exigindo-se uma reformulação mais profunda, ampliando-se o próprio conceito de saúde e sua correspondente ação institucional, revendo-se a legislação que diz respeito à promoção, proteção e recuperação da saúde, constituindo-se no que se está convencendo chamar de reforma sanitária [...]

3 - Direito à saúde significa a garantia, pelo estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade.

4 - Esse direito não se materializa, simplesmente pela sua formulação no texto constitucional. Há, simultaneamente, necessidade de o Estado assumir explicitamente uma política de saúde consequente e integrada às demais políticas econômicas e sociais, assegurando os meios que permitam efetivá-las. Entre outras condições, **isto será garantido mediante o controle do processo de formulação, gestão e avaliação das políticas sociais e econômicas pela população** (BRASIL, 1980, p. 378,382, grifo nosso).

A última conferência nacional de saúde, a XV, ocorreu em 15 de maio de 2015, com o tema "Saúde pública de qualidade para cuidar bem das pessoas: direito do povo brasileiro".

A conferência de saúde, que ocorre também nos três níveis de gestão do sistema, de acordo com o art. 1º, § 1º da Lei nº 8.142/1990, é composta por representantes "dos vários segmentos sociais", devendo se reunir, ordinariamente, a cada quatro anos, para avaliar a situação da saúde e propor diretrizes, cumpre importante papel para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, na medida em que o plano de saúde, documento que, enfim,

corporifica a política pública de saúde, é construído de forma ascendente do nível local para o nível nacional, nos termos do art. 36 da Lei 8.080 (BRASIL, 1990a).

A participação da comunidade através das Conferências e dos Conselhos de Saúde é de grande importância para o processo de gestão das políticas sanitárias, em todos os seus momentos: formação, execução, controle e avaliação. A participação popular nestas etapas cumpre um relevante papel de inteligência das escolhas administrativas: o fortalecimento de mecanismos de interlocução com os cidadãos – que serão justamente aqueles afetados pela política – viabiliza a definição de condutas mais bem informadas, amparadas nas efetivas demandas populares. (PIVETTA, 2013).

#### 2.4.3 Equipes de saúde da família e agentes comunitários de saúde

Em 1991, o Programa Agentes Comunitários de Saúde (PACS) começou a funcionar como a etapa inicial para a implantação do Programa Saúde da Família (PSF) cujas primeiras equipes foram formadas em 1994, sendo este projeto definido pelo Ministério da Saúde como um modelo de assistência à saúde que vai desenvolver ações de promoção e proteção à saúde do indivíduo, da família e da comunidade, através de equipes de saúde, que farão atendimento na unidade local de saúde e na comunidade, no nível de atenção primária.

A Portaria n.º 648/GM de 28 de março de 2006 (BRASIL, 2016), que aprovou a Política Nacional de Atenção Básica, estabelecendo revisão de diretrizes e normas para a organização da Atenção Básica para o PSF e o PACS. Após especificar os princípios gerais, definiu que a atenção básica tem a Saúde da Família como estratégia prioritária para sua organização de acordo com os preceitos do SUS. Define, também, como princípios gerais do PSF:

- a) o caráter substitutivo do Programa em relação à rede de Atenção Básica tradicional nos territórios em que as Equipes Saúde da Família atuam;
- b) atuar no território, realizando cadastramento domiciliar, diagnóstico situacional, ações dirigidas aos problemas de saúde de maneira pactuada com a comunidade onde atua, buscando o cuidado dos indivíduos e das famílias ao longo do tempo, mantendo sempre postura pró-ativa frente aos problemas de saúde-doença da população;

- c) desenvolver atividades de acordo com o planejamento e a programação realizados com base no diagnóstico situacional e tendo como foco a família e a comunidade;
- d) buscar a integração com instituições e organizações sociais, em especial em sua área de abrangência, para o desenvolvimento de parcerias;
- e) ser um espaço de construção de cidadania.

A Estratégia Saúde da Família (ESF) (BRASIL, 2011) visa à reorganização da atenção básica no País, de acordo com os preceitos do SUS, e é tida pelo Ministério da Saúde e gestores estaduais e municipais como estratégia de expansão, qualificação e consolidação da atenção básica por favorecer uma reorientação do processo de trabalho com maior potencial de aprofundar os princípios, diretrizes e fundamentos da atenção básica, de ampliar a resolutividade e impacto na situação de saúde das pessoas e coletividades, além de propiciar uma importante relação custo-efetividade.

A Portaria n.º 2.488, de 21 de outubro de 2011 (BRASIL, 2011) do Ministério da Saúde aprovou a Política Nacional de Atenção Básica, estabelecendo a revisão de diretrizes e normas para a organização da Atenção Básica, para a ESF e o PACS.

A Lei nº 11.350, de 5 de outubro de 2006 (BRASIL, 2006), regulamentou a função de agente comunitário de saúde, exigindo como requisito para o exercício residir na área da comunidade em que atuar (art. 6º, I).

Esses requisitos e diretrizes confirmam, de modo indeclinável, o plano de ação proposto por um direito da comunidade, na comunidade e para a comunidade.

#### 2.4.4 Audiências Públicas

Audiências públicas se observam no Brasil, pelo menos desde a Assembleia Nacional Constituinte instalada em 1986 para a elaboração da Constituição de 1988, tendo sido consagradas no Legislativo ao inscrevê-las no inciso II do art. 58 da Constituição, onde se possibilita às comissões temáticas do Parlamento convocá-las para ouvida da sociedade civil nas matérias de competência da respectiva comissão.

Hoje esse instrumento está disseminado em todos os poderes do Estado e em todos os níveis da federação numa tentativa de afirmar “[...] que o direito de participação, no Estado Democrático, é tão essencial quanto foi a posição de

‘cidadão’ (passivo) no Estado de Direito, aparecendo o aspecto procedimental como um importante elemento de concretização dos direitos fundamentais [...]” (LEAL, 2014 p. 337).

Assim, na fiscalização da execução orçamentária da saúde, a Lei Complementar 141, de 13 de janeiro de 2012 (BRASIL, 2012), instituiu a audiência pública como mais um elemento do controle social e de participação social, transparência e visibilidade da gestão pública, como incentivo à participação comunitária (parágrafo único do art. 31) na elaboração do plano de saúde e como prestação de contas quadrimestral de execução do orçamento de saúde pelo gestor do respectivo nível perante o parlamento (art. 36, § 5º).

No Judiciário as leis 9.868 de 1999 e 9882, também de 1999, instituíram as audiências públicas para auxílio dos magistrados no julgamento de causas de repercussão social, permitindo que a comunidade que sofrerá os efeitos da decisão, ou experts no assunto, tragam peculiaridades por vezes decisivas e alheias ao julgador (LEAL, 2014).

A Emenda Regimental n. 29/2009, possibilita que, a critério do relator, sempre que o interesse público se mostre relevante, sejam convocadas audiências públicas em qualquer ação ou recurso que tramite no STF.

No que toca à judicialização direito à saúde, uma das audiências públicas mais comentadas foi a realizada no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE, Tribunal Pleno, DJe de 30/4/10, convocada pelo Ministro Gilmar Mendes, realizada em 27, 28 e 29 de abril e 04, 06 e 07 de maio de 2009, e que definiu parâmetros para a concessão de medicamentos não previstos nas listagens do SUS.

Dadas as críticas feitas ao judiciário, de invasão da esfera de atuação dos demais poderes, e violação do princípio democrático, à guisa de assegurar direitos fundamentais, Leal (2014, p. 334) entende a Audiência Pública como um espaço privilegiado de democratização da tarefa hermenêutica, onde elementos tais como “[...] a sociedade aberta de intérpretes [...]” e a noção de *“status activus processualis”*, ou seja, quem interpreta, os participantes do processo ativo de interpretação também são objeto de reflexão, poder-se-ia construir um fundamento teórico para essa participação. Veja-se que aqui, na linha proposta por este estudo, estaríamos diante de “[...] interpretação autêntica [...]” (REALE, 2012, p. 107), na medida em que a sociedade, encarregada de, em conjunto com o gestor (executivo

na respectiva esfera), confeccionar a política pública de saúde (ao fim e ao cabo a norma concreta que define as prestações relativas ao direito à saúde) e de fiscalizar sua execução, seria chamada a interpretá-la.

Contudo, da análise feita pela autora, das sete audiências públicas realizadas no STF entre 2007 e 2012, é possível concluir pela baixa efetividade desse instrumento como legitimador da decisão judicial, seja pela pouca frequência dos ministros nas sessões, ou até mesmo pela não consideração dos elementos trazidos pela audiência na formulação do voto. Donde, conclui a autora, dada a relevância desse instrumento para a democracia, os elementos trazidos pelos participantes da audiência deveriam ser mais bem aproveitados (LEAL, 2014).

No âmbito do Ministério Público, o inciso IV do parágrafo único do art. 27 da Lei 8625, de 12 de fevereiro de 1993 (BRASIL, 1993), autoriza o órgão, na defesa dos direitos postos nas constituições Federal e Estadual, a convocar audiências públicas. Exemplifica-se, aqui, com a audiência pública convocada conjuntamente pelo Ministério Público Federal e Pelo Ministério Público Estadual do Rio Grande do Sul para o dia 21 de agosto de 2014, nos autos do Inquérito Civil nº 1.29.000.000975/2013-97, com ampla participação comunitária, e que tratou da humanização e assistência ao parto pelos prestadores de serviço de maternidade no Estado.

#### 2.4.5 ONGs, fundações, os e oscips

Depois que o art. 196 da CF de 1988 estabeleceu que o direito à saúde fosse garantido por uma política pública, e o art. 198 da mesma constituição estabeleceu que o SUS seria o responsável pela gestão dessa política, o nosso legislador constituinte abriu a assistência à saúde para a iniciativa privada nos seguintes termos:

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

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (BRASIL, 1988).

Isto significa dizer que o mercado poderá explorar serviços de assistência à saúde, ou seja, há dois modelos possíveis de assistência à saúde no Brasil: um

público, executado sob a gestão do SUS a partir de serviços e servidores públicos, ou serviços privados contratados pelo sistema, e custeados com recursos do orçamento público; outro privado, executado por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado e custeado também por recursos privados que, é claro, como todo serviço ou produto de interesse para a saúde humana ficam sujeitos à vigilância sanitária e a todas as demais regulamentações de polícia administrativa.

Contudo, o foco do tópico é o espaço que foi aberto pelo § 1º do artigo em comento para a participação de entidades privadas como complementação ao serviço público de saúde. Veja-se, compreendendo que em determinado lugar, ou em determinado momento, o poder público poderia não ter todas, ou as melhores, condições de atender ao que a política pública de saúde determina, permitiu o constituinte lançar mão o gestor público dessas entidades para completar o volume necessário de serviços para atendimento da população, por meio, é evidente, dos contratos públicos com a administração. O setor privado, neste caso, será contratado para a execução de uma atividade pública em nome do gestor público. Não obstante, estabeleceu o legislador uma ordem de preferência para esta contratação: primeiro as instituições filantrópicas, depois as sem fins lucrativos e, só em último caso as instituições com fins lucrativos.

Essa proposição, de certo modo, resgata um pouco do histórico brasileiro na atenção à saúde que, ao menos no setor hospitalar sempre foi muito dependente de instituições não integrantes da administração pública:

No Brasil, a forma de relação mais antiga, tradicional e, possivelmente, ainda a mais institucionalizada, entre Estado e “terceiro setor”, seja a filantropia, e, na saúde, entidades filantrópicas detêm historicamente um papel relevante na assistência hospitalar. Nos dias atuais, esse segmento se responsabiliza por cerca de 1/3 da capacidade instalada hospitalar, além de apresentar amplitude geográfica e capilaridade de rede (único estabelecimento de saúde em municípios de pequeno porte) que o credencia a cumprir papel de relevo nas políticas públicas de universalização do acesso aos serviços de saúde (CANABRAVA et. al., 2007, p.116).

A Constituição de 1988 não excluiu, sequer, as entidades privadas com fins lucrativos, apenas as colocou em último lugar na ordem de preferência para a contratação. Contudo, algumas ações da política de saúde parecem indicadas para as atividades comunitárias do terceiro setor. São atividades com fins públicos, que devem ser financiadas e coordenadas pelo Estado, mas que apresentam

peculiaridades loco regionais, cujo vínculo e confiança nas entidades e pessoas que as executam é determinante para o maior ou menor sucesso da ação.

Veja-se, nessa linha, a Portaria 2488 (BRASIL, 2011), que aprovou a “Política Nacional de Atenção Básica à Saúde” e que estabeleceu, expressamente, as questões do vínculo e do pertencimento comunitário, como determinantes para o sucesso da estratégia, coloca em seu Anexo I que a atenção básica é desenvolvida por meio de práticas democráticas e participativas, tem como fundamentos e diretrizes um território adstrito (item I), o vínculo e a responsabilização das equipes com o território e com as pessoas a ele adstritas (item III), estimula a participação dos usuários como forma de garantia da ampliação do controle social (item V).

Outros textos legais também abrem espaço para a participação de entidades do terceiro setor na execução da política pública de saúde, sempre, é bom lembrar, que essa participação se dê de forma complementar<sup>5</sup>, isto é não se pode, pura e simplesmente, substituir a ação do Estado por uma entidade não estatal.

A Lei das chamadas Organizações Sociais (OS) Lei n. 9.637/98 (BRASIL, 1998) prevê em seu artigo primeiro a possibilidade de qualificação de entidades da sociedade civil, que tenham entre seus fins atividades voltadas para a saúde, para, mediante contrato de gestão, assumirem a prestação de determinados serviços de saúde.

A Lei das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs) – Lei n. 9.790/99 (BRASIL, 1999) também prevê a qualificação de instituições que tenham entre seus fins a prestação gratuita de serviços saúde, mas que formadas há mais de três anos. A restrição, no caso dessas duas leis, se estabelece no sentido de que devam ser as instituições não lucrativas, isto é, os textos legais proíbem expressamente que se distribuam quaisquer tipos de resultado da atividade aos sócios ou dirigentes das entidades. Isto afasta parte significativa de entidades do terceiro setor de contratar prestação de serviços públicos de saúde com base nas citadas normas.

A Lei das Parcerias entre a Administração e as Organizações da Sociedade Civil, Lei n. 13.019/14 (BRASIL, 2014), é outra modalidade em que se busca fomentar a participação do terceiro setor, a partir do estabelecimento de um regime jurídico diferenciado para o estabelecimento da parceria e transferência dos

---

<sup>5</sup> Sobre o significado de complementar vide item 3.5.

recursos para a execução de projetos de interesse mútuo entre o ente público e a organização social.

### **3 AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL: DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE**

Postos alguns itens históricos de como a participação social contribuiu para a inscrição do direito à saúde nos textos jurídicos, é momento de se apresentar uma ideia de que direito foi construído, como ele se define ou se classifica na ordem dos direitos fundamentais, que formas e que serviços ou estruturas a Constituição definiu para que o Estado se desincumba de seus deveres de respeito proteção e garantia.

É certo que, no caso brasileiro, com relação ao direito à saúde a Constituição foi clara no sentido de estabelecer que o direito à saúde se trata de direito social, que se garante por meio de políticas públicas e, essencialmente, de serviços públicos para sua proteção.

Destarte, faz sentido discorrer sobre como se deu essa previsão, como ela opera no mundo jurídico e no mundo dos fatos, como a administração se organiza para dar conta desse desiderato, bem como de que modo os demais poderes do Estado e a sociedade devem se comportar em relação à compreensão, interpretação e aplicação desse direito.

Assim, nos itens a seguir se buscará definir o direito à saúde como um direito fundamental social, portanto de prestação coletiva que busca garantir a igualdade das pessoas, por meio de políticas públicas em que Estado e sociedade se coordenam para conceber, organizar e executar serviços públicos tendentes à obtenção de resultados eficientes.

#### **3.1 A saúde como um direito social: direito do indivíduo com prestação coletiva**

O direito à saúde que gera a responsabilidade pela prestação de serviços para sua promoção, proteção e recuperação é de formulação recente, como se viu nos itens 2.1 e 2.2 retro. Seu acolhimento constitucional, mesmo em outros estados, também é ocorrência do Séc. XX, em decorrência da constitucionalização dos direitos econômicos e sociais.

Não se perscrutaram todas as constituições do mundo, mas colhem-se os exemplos a seguir. Na Itália, foi afirmado na Constituição de 1947<sup>6</sup> como “direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade”. No art. 76 da Constituição da Venezuela de 1961<sup>7</sup> consta que “todos têm direito à proteção da saúde”. Na Constituição Espanhola de 1978<sup>8</sup>, e na Portuguesa de 1976<sup>9</sup>, aparece como norma de aplicação imediata.

No Brasil, a Constituição de 1988 coloca a saúde no art. 6º no rol dos direitos sociais, dentro do título que trata dos direitos e garantias fundamentais, e no art. 5º, § 1º, determina que as normas relativas aos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Depois, reafirmando a inspiração nos movimentos do Séc. XX, em busca dos direitos sociais e econômicos, a Constituição de 1988 trata especificamente da saúde no art. 196, colocando-a como direito de todos e dever do Estado, dentro do capítulo da seguridade social no Título da Ordem Social.

Isto faz com que, segundo Sueli Dallari, todas as normas referentes às ações em nível de promoção e proteção à saúde sejam autoaplicáveis e interpretadas em conjunto, como a que atribui ao município a competência para “[...] prestar serviços de atendimento à saúde à população [...]” (art. 30, VII), ou a que institui como “[...] competência comum da União, dos Estados do Distrito Federal e dos Municípios: [...] cuidar da saúde e assistência pública [...]” (art. 23, II), ou da que coloca saúde como “[...] direito de todos e dever do Estado [...]” (art. 196) (DALLARI, 1991, p. 402-3). E, acrescenta-se, todas as demais normas referentes à estrutura do SUS (arts. 198 a 200), porque disciplinam, constitucionalmente, a forma pela qual o Estado (nos seus três níveis) deverá organizar-se para prestar a garantia ao cidadão, também devem ser interpretadas como de aplicação imediata.

---

<sup>6</sup> ITÁLIA. [Constituição (1947)]. **Costituzione della Repubblica italiana 1947**. Roma: Senato della Repubblica, 1947. Disponível em: <https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>.

<sup>7</sup> VENEZUELA. [Constitución (1961)]. **Constitución de la República de Venezuela de 1961**. Venezuela: Presidente de la República, 1961. Disponível em: <http://americo.usal.es/oir/legislatura/normasyreglamentos/constituciones/Venezuela1961.pdf>.

<sup>8</sup> ESPAÑA. [Constitución (1978)]. **Constitución Española de 1978**. Junta de Castilla y León: Presidente de la Junta, 1978. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>.

<sup>9</sup> PORTUGAL. [Constituição (1976)]. **Constituição da República Portuguesa de 1976**. Lisboa: Presidência da República, 1976. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP1976.pdf>.

Anderson Cavalcanti Lobato (1999), sustenta que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais não se encontram exclusivamente nos setenta e sete incisos do art. 5º da Constituição Brasileira de 1988. Para este Professor as garantias descritas nos títulos VII e VIII da Constituição consistem em desdobramentos dos direitos sociais previstos no artigo 6º e, em se tratando de direitos fundamentais sociais, a autoaplicabilidade prevista no § 1º do artigo 5º para eles também se estende.

O autor aqui citado, discriminando as consequências dessa conclusão, isto é, o efeito que esse enquadramento deve produzir na interpretação e aplicação dessas normas para os diversos juristas e administradores, ou seja, esta aplicabilidade imediata determina a atuação do poder público no sentido de produzir os instrumentos jurídicos e administrativos, bem como os serviços públicos necessários à realização desses direitos (LOBATO, 1999).

E, pode-se afirmar, a Constituição de 1988 foi específica no que se refere ao direito à saúde, não se limitando a incluí-lo no rol das garantias fundamentais, mas indo além, criando um verdadeiro instituto constitucional de proteção a esse direito, com determinações claras e cogentes não só ao legislador e ao administrador, mas, igualmente ao intérprete, tanto que no art. 197 declara de relevância pública<sup>10</sup> as ações e serviços de saúde, mesmo sendo estes prestados por particulares.

É da Constituição que se tira a base para a interpretação de todas as regras e estruturas referentes à garantia do direito à saúde, pois também está estabelecido no artigo 196 da Constituição Brasileira de 1988 que a saúde, além de ser direito de todos e dever do Estado, será garantido mediante políticas econômicas e sociais, ou seja, políticas públicas, e a “[...] constituição tem, no final do século vinte, o papel de definir o direito que instrumentará as políticas públicas [...]” (DALLARI, 1991, p. 401).

Convém lembrar, conforme afirma Custódio Filho (2000, p. 61) que “[...] interpretar normas sem a preocupação com suas respectivas finalidades é olvidar que o direito positivo é meio e não fim em si mesmo [...]” e em se tratando do exame do texto constitucional, há dois tópicos a se considerar:

- a) o princípio da unidade hierárquico-normativa, segundo o qual não há hierarquia entre normas de uma mesma Constituição, sejam normas-princípios, sejam normas-disposições;

---

<sup>10</sup> Sobre o conceito de relevância pública vide Araújo (1996, p. 27) e o item 3.4.

- b) o princípio da máxima efetividade da norma constitucional, vinculado à noção de que os enunciados constitucionais devem ser sempre interpretados como veiculando verdadeiros comandos e ordens, pois inexistem no texto constitucional palavras inúteis ou meras recomendações e conselhos.

Mesmo autores que entendem não autoaplicáveis as normas inseridas nos títulos VII e VIII da Constituição, definidoras dos direitos sociais, onde se insere a saúde, afirmam, claramente, que estas, enquanto normas jurídicas de valor constitucional, produzem efeitos jurídicos imediatos, como a derrogação das normas infraconstitucionais incompatíveis com esses novos direitos e o manejo de instrumentos jurisdicionais de garantia destes como o mandado de injunção e a inconstitucionalidade por omissão (LOBATO, 1998).

Aliás, é de Canotilho a lição de que as normas instituidoras de garantias fundamentais obedecem ao princípio da máxima efetividade, segundo o qual, a essas normas constitucionais deve ser atribuído pelo intérprete o sentido que maior eficácia lhe dê, considerando, também, o princípio da unidade da constituição, devendo esta ser considerada em sua globalidade, evitando contradições, harmonizando-se espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar (como, por exemplo, a autonomia nacional, regional e local). Sendo assim, o intérprete deverá, sempre, considerar estas normas “[...] não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios [...]” (CANOTILHO, 1996, p. 226).

Comentando os ensinamentos de Canotilho na obra Constituição Dirigente, José Afonso da Silva afirma que, diferentemente do que ocorre na Constituição Portuguesa, a Constituição Brasileira de 1988 permite até mesmo a invocação judicial contra as omissões inconstitucionais do legislador, por que no § 1º do art. 5º da nossa Constituição está expresso que as “[...] normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata [...]”, prevendo-se, também, o mandado de injunção para suprimento das omissões inconstitucionais do legislador. E quando trata das normas que define como “[...] programáticas dirigidas à ordem econômica e social [...]”, não inclui entre elas o direito à saúde definido no artigo 196, porque esta norma institui um dever correlato de um sujeito determinado: o Estado, tendo este, em função dessa disposição constitucional, o dever de satisfazer o direito. Se por acaso esta norma - e ousa-se acrescentar aqui, toda a estrutura

constitucional criada para o SUS – não for satisfeita, não se trata de programaticidade, mas de desrespeito ao direito e de descumprimento da norma (SILVA, 2001, p.145,150).

Não obstante, o tratamento das questões relativas ao SUS parece estar sempre relegado a um segundo plano. É certo que tivemos uma cultura de centralismo político e administrativo na União, que durou bem mais que os vinte anos de governo militar do país, fazendo com que o senso comum ainda acredite que tratar da saúde é obrigação do Governo Federal e que se realiza através do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), extinto em 1993.

Entendimentos desse nível tornam difícil a concretização do texto constitucional, notadamente dos avanços obtidos no campo dos direitos fundamentais que exigem prestações positivas do Estado, talvez porque, passados todos esses anos da promulgação da Carta de 1988, ainda falte aos nossos administradores e julgadores o que Konrad Hesse chamou de “[...] vontade de constituição [...]”, ou seja, que se faça presente na consciência geral, e em especial, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional (o legislador, o administrador e o julgador), não só a vontade de poder, mas a compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável, que proteja o Estado do arbítrio, que é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos, e que não é eficaz sem o concurso da vontade humana (HESSE, 1991, p. 19-20).

Da conjugação dos comandos constitucionais com a legislação ordinária resulta a norma de direito fundamental social garantidora do direito à saúde do indivíduo, não sendo a atividade do legislador infraconstitucional uma discricionariedade do Poder Legislativo, senão que um comando impositivo da Lei Maior para que dê concretude ao direito nos termos por ela postos, daí que sua realização/concretude se dá de forma coletiva, na medida em que não bastam os argumentos políticos (do tipo é adequado ou melhor que se dê isso ao indivíduo que o postula, precisamos lhe entregar o máximo) senão que é necessário identificar os parâmetros jurídicos que determinam que assim se o faça, buscando-se soluções de problemas jurídicos a partir da adequada compreensão da eficácia dos direitos sociais (PIVETTA, 2013).

Veja-se que já é de algumas décadas a compreensão de que direitos sociais, ainda que não se constituam em direitos subjetivos nos mesmos moldes das

liberdades individuais, outorgam créditos ao indivíduo contra o Estado, e porque não dizem contra a sociedade, mas que se realizam de modo coletivo, por meio de políticas públicas, na medida em que constituem a opção, com base em uma ética de responsabilidade, por uma prestação estatal que efetivamente possa ser disponibilizada ao indivíduo e à coletividade, considerados os recursos técnicos e financeiros disponíveis, “[...] evitando-se discórdia excessiva e desagregação da unidade de poder [...]”, porque é a coletividade que, por meio do Estado, sujeito passivo desses créditos, e das instâncias de participação social, estabelece as prioridades e em que medida, considerados os recursos orçamentários e tecnológicos alcançáveis, se irá saldar esse compromisso em relação ao indivíduo em matéria de saúde (LAFER, 1991, p.126,128).

Comparato (1999) reforça esse entendimento afirmando que os direitos sociais são aqueles que se realizam a partir da execução de políticas públicas, que se destinam a proteger aos mais fracos e mais pobres, que não teriam condições de fazê-lo por si, por não disporem de recursos próprios para viverem dignamente. Vê-se, aqui, alinhamento do direito social à saúde ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, inscrito no inciso III do art. 1º da Constituição de 1988, e com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade justa e fraterna (CF 1988, art. 3º, inciso I) erradicando a pobreza e as desigualdades sociais (CF 1988, art. 3º, inciso I).

Marshall (1967), ao descrever a importância do Estado na redução das desigualdades sociais, coloca que este deve garantir um mínimo de certos bens e serviços sociais, tais como assistência médica, ou uma renda nominal mínima a ser gasta com esses bens e serviços, e conclui dando a entender que a forma de tornar as desigualdades sociais aceitáveis, deixando-as sem função do ponto de vista econômico, é pelo fornecimento de serviços sociais de maior monta, como saúde e educação, sem que haja contraprestação direta.

Comparato (1999), a seu turno, afirma que direitos econômicos e sociais, um dos quais exemplifica com o direito à saúde, são demandas de melhores condições de vida, onde se procura criar situações vitais novas, cuja reforma ou construção devam ser coordenadas pelo Estado e que só se concretizam coletivamente, diferentemente dos direitos individuais clássicos que representam resistências ao poder, defesa contra interferência indevida de outro na esfera de vida individual.

Não se pode negar, contudo, haja interdependência entre direitos sociais e direitos individuais, sendo aqueles condição para a fruição destes, na medida em que são “[...] facetas de uma mesma expressão que constitui a dignidade do homem [...]” (BITENCOURT, 2013, p. 115).

Desse modo, não há uma relação direta, ou análoga, do direito à saúde com o direito à vida, por exemplo, este sim, um direito de liberdade que gera direito subjetivo capaz de ser exigido contra tudo e contra todos, na sua dimensão de não poder o Estado tomar medidas que interrompam a vida do cidadão, como pena de morte. Quem faz esse tipo de relação, confundindo os planos biológico e jurídico da relação vida e saúde, quer apenas deixar uma porta aberta para o deferimento de certas prestações a partir do art. 6º da Constituição, sem considerar os demais requisitos constitucionais e legais para a concretização do direito à saúde, bem como toda a teoria dos direitos sociais que, por exemplo, no dizer de Alexy (2008, p. 501-502) são direitos subjetivos “[...] *prima facie* vinculantes [...]”, isto é impõe comandos de concretização coletiva ao Estado que decorrem da constituição, mas dependem de uma configuração infraconstitucional, pois ainda que ao dever de realização do “Estado Social” não corresponda um direito subjetivo do cidadão e um dever objetivo do Estado, se o legislador e o administrador se absterem desses deveres de forma arbitrária, isto é, sem uma razão objetiva, daí poderá surgir para o indivíduo uma pretensão sindicável por meio de reclamação constitucional (ALEXY, 2008, p. 436). Klatt (2015, p. 221) comunga desse entendimento ao dizer que o conceito que adota de direitos a prestações positivas corresponde à posição 2 da tabela proposta por Alexy na obra citada, ou seja normas jurídicas vinculantes que garantem direitos subjetivos “*prima facie*”; essa classificação se faz importante para compreendermos o posicionamento deste autor quando da abordagem da judicialização da saúde no Brasil.

Não considerar esses aspectos, e tratar o direito à saúde, pura e simplesmente como se tratam os direitos individuais, ou seja, o exercício pleno por parte de um indivíduo é capaz de produzir a exclusão de todos os demais, é correr os riscos para os quais advertiu Sônia Fleury quando disse que “[...] a heterogeneidade intrínseca à estrutura econômica latino-americana retraduziu-se no sistema de proteção social, transformando benefícios em privilégios cumulativos para os grupos sociais com maior poder de barganha [...]” (FLEURY, 1997, p.40).

As abordagens exclusivamente políticas de maximização da efetividade dos direitos sociais, sem que se atente para uma adequada normatização de sua concretude, antes de propiciar o incremento da garantia poderão enfraquecê-la, dado que se corre o risco, como tem acontecido aqui e ali, de esquecer que, em termos de direitos sociais, só se pode deferir ao indivíduo aquilo que o Estado tem condições de ofertar à coletividade como um todo, pois é no coletivo que os mais necessitados são vistos e atendidos, e o foco em uma determinada questão individual que não corresponda à normatização posta pelo sistema pode comprometer, exatamente, o atendimento aos mais carentes. Não é por outro motivo que a Constituição (art. 196, 197, 198) e as leis (8.080/90, por exemplo) determinam que o Estado se articule por meio de políticas públicas para garantir o direito social à saúde, que também deve ser entendido como estratégia para obtenção do objetivo fundamental da República de redução das desigualdades sociais (CF 1988, art. 3º, inc. III) (PIVETTA, 2013).

Clevé (2011) e Sarlet (2009) ao defenderem que, a despeito de exigirem gastos para sua realização, prestações relacionadas ao direito à saúde, como direito fundamental social, podem ser determinadas pelo poder judiciário diretamente do art. 196 da Constituição, equivocam-se exatamente porque este direito exige a intermediação do legislador (CF 1988, art. 197), do gestor/administrador e da comunidade para a conformação e delimitação do direito e de suas prestações, como por exemplo eleições das prioridades, que também é uma exigência constitucional nos termos do art. 198, inc. III, da Constituição (PIVETTA, 2013).

É evidente que se concorda que o fato de o direito à saúde estar diretamente conectado à dignidade da pessoa humana e à necessidade de um mínimo existencial não autorizaria o Estado a nada fazer na inexistência dessas normas, ou a não tomar as providências devidas para a produção legislativa e administrativa adequada à proteção e prestação do direito social à saúde (daí a autoaplicabilidade das normas constitucionais de proteção à saúde antes mencionada), tarefa, aliás, que já estava alinhavada desde 1990 com a edição das leis 8.080 e 8.142 (BRASIL, 1990a, 1990b), que estruturaram todo o SUS e a participação social na gestão da política pública, para dar concretude ao comando constitucional.

O que se contesta aqui é que posições doutrinárias como estas têm sido adotadas reiteradamente como argumento para infirmar as escolhas e prioridades democraticamente estabelecidas pelo legislador, pelo administrador e pela

comunidade, fazendo-se compreender que a dimensão constitucional do direito à saúde, quando submetida ao judiciário, autoriza o deferimento de qualquer pedido, a qualquer custo, comprometendo completamente toda a estrutura de prestação social e coletiva já estabelecida.

Reitera-se a constituição estabeleceu parâmetros para a delimitação do conteúdo e concretização do direito à saúde onde se inclui a participação da comunidade na determinação das prioridades, esta é a parte autoaplicável defendida, esses os parâmetros que devem ser observados, se fosse o caso de omissão legislativa, que não é.

Assim não se pode dispensar a construção legislativa ordinária para a definição das prestações que compõem a concretização do direito à saúde, entendendo-se esta como parte indissociável do conteúdo fundamental do direito. É a explicitação feita pelo legislador e pela administração pública com a participação da comunidade que delimita o conteúdo que integra a norma constitucional fundamental de direito à saúde. Desse modo percebe-se um direito completamente delineado pelo ordenamento jurídico brasileiro, tanto no nível constitucional quanto no nível infraconstitucional, sempre com foco na solução dos problemas coletivos mais recorrentes (PIVETTA, 2013).

### **3.2 A organização da prestação do direito social a partir da organização dos serviços públicos de saúde no Brasil**

A estrutura normativa da administração pública, e, portanto, dos serviços públicos no Brasil, sofreu profunda alteração a partir da Constituição Federal de 1988. Além dos títulos e capítulos específicos, há todo um regime principiológico a conformar institucional e funcionalmente as ações da Administração (PIVETTA, 2013). A esse cenário de conformação positivo-constitucional dos serviços públicos em geral acrescentam-se as disposições específicas de serviços sociais como saúde e educação. Dessa conjugação tem-se todo um sistema constitucional e infraconstitucional de prestação dos serviços públicos de saúde, de contratação de particulares dos mais diversos matizes para complementar os serviços públicos de saúde e do controle da prestação desses serviços por particulares no âmbito privado.

Identifica-se, desse modo, e na medida em que o conceito de serviço público tenha evoluído desde a implementação do estado constitucional até hoje, a necessidade de conceituar e definir o que seja serviço público, especialmente porque, no caso dos serviços sociais que garantem os direitos sociais, por vezes, e cada vez mais, o Estado se valha de particulares para a sua prestação.

Di Pietro (2003), depois de analisar clássicos do direito administrativo brasileiro como Celso Antônio Bandeira de Melo<sup>11</sup>, Hely Meireles<sup>12</sup> e Cretella Júnior<sup>13</sup>, entre outros, distingue duas dimensões do conceito de serviço público: uma em sentido lato, outra em sentido estrito.

Na dimensão lato, se incluem toda e qualquer atividade desenvolvida pelo Estado, diretamente ou por meio de terceiros, para a satisfação das necessidades públicas, desde que submetidas a um procedimento típico de direito público. Anota a autora, contudo, que tal amplitude não distingue Estado de Administração, nem as atividades típicas de administração como a legislativa e a executiva da judicial, nem serviço público de poder de polícia, por exemplo (DI PIETRO, 2003).

De outro modo, a dimensão estrita do conceito de serviço público distingue todos esses planos. Nesta dimensão, portanto, o conceito de serviço público limita-se estritamente àquelas atividades exercidas pela administração pública, deixando-se de fora as funções legislativa e jurisdicional. Observa-se, igualmente, dentre as atividades administrativas, uma distinção entre serviço público e poder de polícia, neste se verificam aquelas atividades relativas à ordem e paz públicas, naquele, também tido como atividade social, o estado fornece utilidades voltadas à garantia do bem estar coletivo e desenvolvimento social. É por meio da Constituição e das leis que o Estado define quais serviços e que direitos esses serviços irão resguardar. Assim, serviço público são aquelas atividades materiais desenvolvidas pelo Estado, diretamente ou por particular especialmente autorizado para esse fim sob sua supervisão, estabelecidas por lei, com fim de atender às necessidades coletivas, e sob um regime jurídico, ainda que parcial, de direito público (DI PIETRO, 2003).

Nesta definição fica claro que o responsável pelo serviço, ainda que indiretamente, é o Estado, como nos casos das delegações e autorização

---

<sup>11</sup> MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1996.

<sup>12</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Prestação de Serviços Públicos e administração indireta**. São Paulo: RT, 1975. MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. Paulo: Malheiros, 1995.

<sup>13</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. **Administração Indireta Brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

decorrentes do art. 175 da Constituição, seja do ponto de vista da criação do serviço por lei, seja do ponto de vista da gestão, sempre tendo-se em conta a importância da execução da tarefa para a coletividade. É da mesma lei que decorre o regime jurídico a que se submeterá o desenvolvimento da atividade, e ainda que se execute por empregados de empresas privadas contratados sob o regime da CLT, haverá as equiparações para os efeitos de responsabilidade civil, administrativa e penal. E este serviço sempre dirá respeito a uma atividade administrativa, uma atividade em que prepondera o interesse público da coletividade, logo, necessidades públicas.

Por ser público e por garantir o interesse público é um serviço que se submete aos princípios da continuidade, da mutabilidade do regime jurídico e da igualdade. A continuidade determina seja um serviço que não admita solução de continuidade na sua prestação dada a relevância pública da atividade. A mutabilidade do regime permite a adequação da execução dos serviços às necessidades do interesse público. E pelo princípio da igualdade qualquer usuário que preencha as condições legais tem acesso à prestação (DI PIETRO, 2003). Neste ponto mais uma coincidência dos princípios do serviço público em geral com os princípios específicos do direito à saúde como previstos no art. 196 da Constituição e no art. 7º, inciso IV, da Lei 8.080 (BRASIL, 1990a), qual seja o acesso igualitário às ações e serviços de saúde, sem qualquer privilégio ou preconceito.

Quanto ao objeto da prestação, os serviços públicos classificam-se em administrativos, comerciais ou industriais e sociais. Os administrativos propriamente ditos podem ser tidos como atividades meio desenvolvidas pela administração para sua gestão interna ou como suporte aos serviços que desenvolverá para atender ao interesse público, isto é, são serviços dos quais o cidadão não usufrui diretamente. Serviço comercial ou industrial são os executados pela administração para atender às necessidades coletivas de ordem econômica, como atividade econômica propriamente dita do art. 173 que o estado desenvolverá apenas em caráter subsidiário à iniciativa privada, os monopólios do Estado previstos nos arts. 176 e 177 da Constituição e os previstos no art. 175 da Constituição, como transportes e energia elétrica, que o Estado presta diretamente, ou indiretamente por concessão ou delegação. E por fim temos os serviços públicos sociais, que são serviços que, dada a sua relevância pública não podem prescindir da atividade do Estado, mas são abertos à iniciativa privada, e mesmo nesta condição estão sujeitos à

autorização e fiscalização do Estado, como no caso da educação e saúde, por exemplo (DI PIETRO, 2003).

Portanto, saúde é serviço público social, que deve ser prestado pelo poder público, mas também pode ser explorado pela iniciativa privada, desde que cumpridas as exigências legais. Quando prestado pelo poder público integra o SUS, que pode se valer de forma complementar da iniciativa privada, neste caso sem perder a condição de serviço público de saúde, com a finalidade de garantir o direito social à saúde. Quando explorado pela iniciativa privada, sem qualquer vinculação com o SUS, é um serviço prestado e regulado pelas normas de direito privado, especialmente as regras de direito das obrigações e de direito do consumidor, ainda que fiscalizado pelo poder público, dada sua relevância pública principalmente em razão dos riscos que a atividade pode oferecer à população quando não adequadamente exercida.

Doutrinadores e tribunais reconhecem força normativa à Constituição colocando-a no topo da pirâmide fontes do direito, determinando que toda a legislação infraconstitucional, seja anterior, seja posterior, se leia e se edite em conformidade com a supremacia da constituição (PIVETTA, 2013).

Desse modo, administração pública e serviço público estão vinculados a dar efetividade aos direitos fundamentais sociais segundo o modo determinado constitucionalmente para isso. O caráter prestacional do direito à saúde impõe um regime jurídico específico voltado ao fim que é concretizá-lo de modo adequado, qual seja o dever de confeccionar e executar políticas públicas (PIVETTA, 2013). E não são quaisquer políticas públicas, nem isso foi deixado ao talante do administrador. O regime jurídico constitucional-administrativo imposto pela constituição vincula o serviço público em primeiro lugar à aplicabilidade imediata do art. 6º da Constituição por força de seu art. 5º, § 1º. Dada a fundamentalidade desse direito social não se tolera um não agir administrativo.

Depois, não se compraz com qualquer agir, o direito social à saúde não se concretiza de qualquer modo, a administração pública está vinculada à concretização do direito à saúde por meio das políticas públicas que preencham as diretrizes impostas pelos artigos 196 a 200 da constituição, e pelas leis por eles determinadas (por exemplo, as Leis 8.080/90 e 8.142/90). Daí não se pode dizer que o conteúdo do direito à saúde é indeterminado (PIVETTA, 2013). Há um procedimento constitucional e legalmente estabelecido para determiná-lo e legitimá-

lo que vincula a administração ao cumprimento dessas determinações, fazendo com que todo o serviço público incumbido de realizar essas tarefas tenha de se adequar (constitucionalizar-se) ao cumprimento desse desiderato.

Não se pode dizer, contudo, que o administrador não tenha qualquer liberdade para a conformação do serviço público que atenderá ao direito à saúde, mas há de se concluir que, dada a vinculação constitucional, essa liberdade é muito pequena, pois além da vinculação geral aos princípios do art. 37 da Constituição, ainda haverá de observar as vinculações específicas da saúde, como, por exemplo, a participação da comunidade na determinação das prioridades e das ações de saúde para atendê-las (PIVETTA, 2013).

A estrutura do serviço público que atende à saúde já veio pré-determinada na Constituição. O art. 198 coloca que os serviços públicos de saúde constituem uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único que se organiza com as diretrizes ali elencadas. Portanto, o artigo em comento já impõe uma estrutura para o serviço, que é descentralizada e com direção única em cada esfera de governo. Um modo de atuação, que deve priorizar as ações preventivas. A participação da comunidade, como fundamental para a legitimação constitucional de qualquer ação ou serviço de saúde custeado pelos cofres públicos. A forma de financiamento dessas ações.

Depois, as Leis 8.080 e 8.142 (BRASIL, 1990a, 1990b), cumprindo a determinação do art. 197 da Constituição, discriminam em detalhes toda a estruturação do serviço público de saúde, estabelecendo as competências e responsabilidades de cada nível de governo na execução das ações de saúde. Donde se ousa afirmar que não há serviço público de saúde no Brasil fora do SUS.

Trabalho interessante foi desenvolvido por Antonio Franco Ravioli, Patrícia Coelho De Soárez e Mário César Scheffer, médicos pesquisadores da Universidade de São Paulo, sobre as modalidades de gestão de serviços no SUS no Brasil. Após revisarem trinta e três publicações entre 2005 e 2016, o recorte temporal da pesquisa se deve ao fato de ter sido publicada em 30 de dezembro de 2004 a Lei nº 11.079, que instituiu as normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública (RAVIOLI, 2018).

Com foco na produção de saúde coletiva a partir do viés político, de planejamento e de gestão, os autores sistematizaram as perspectivas e focos das investigações teórico-conceituais e empíricas sobre as modalidades de gestão de

serviços do SUS, identificando serviços de saúde executados e geridos de forma direta pela União, pelos estados e municípios, bem como serviços delegados ou concedidos para todas as formas de administração indireta, como autarquias, fundações de direito público e de direito privado, empresas públicas e sociedades de economia mista, além das mais diversas formas de contratos e convênios com entidades do terceiro setor e do mercado, como parcerias público privadas com OSCIPs, OSs, associações civis e empresas (RAVIOLI, 2018).

Além de identificarem uma proliferação das modalidades de gestão da saúde pública, os motivos que informaram a transferência dos serviços para essas entidades também foram vários, percorrendo a transferência de responsabilidades do setor público para o setor privado, este “sempre” mais eficaz que aquele; burocracia estatal, falta de autonomia orçamentária, engessamento da administração em razão dos controles como licitações e responsabilidade fiscal, que dificultam a contratação e dispensa de pessoal e as compras de materiais, e, no que toca ao pessoal, a questão da estabilidade do setor público constituir-se-ia num desestímulo à atualização e qualificação constante dos funcionários, indispensável a serviços que tais (RAVIOLI, 2018).

Contudo, as discussões dos estudos identificam várias falhas nos processos de transferência dos serviços de saúde para a administração não direta ou iniciativa privada tais como: dificuldade de controle das transferências financeiras, falta de transparência nas prestações de contas das entidades e perspectivas de preponderância de interesses privados com a obtenção de lucro. E o principal ponto do trabalho: os estudos não revelam uma preponderância de qualquer modelo de transferência sobre a execução direta dos serviços, seja do ponto de vista da economia para o estado, seja do ponto de vista de uma melhor prestação de serviços para os cidadãos.

Veja-se, à primeira vista algumas alegações dos gestores são, de fato, procedentes. Tome-se como exemplo as regras de responsabilidade de cunho limitativo e moralizador, como a Lei Complementar 101 (BRASIL, 2000, art. 19), que determina que os gastos com pessoal não ultrapassem 60% dos orçamentos de estados e municípios. No caso de ações de saúde, que não se sabe o que impõe maior custo, se a aplicação do aparato tecnológico de procedimentos e insumos, ou se a contratação de pessoal capacitado para o manejo dessas tecnologias, uma alternativa que prometa a fuga desses limites é realmente tentadora.

O mesmo se diga com relação à regra do art. 37, inciso XI, da Constituição que impede que a remuneração dos funcionários ultrapasse a remuneração do chefe do executivo. Imagine-se um município pequeno, com menos de dez mil habitantes, com razoável distância dos grandes centros e, por vezes, até com dificuldade de acesso, como é o caso de 330 dos 497 municípios do Rio Grande do Sul, segundo a população estimada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 1º de julho de 2018. Nestes municípios a remuneração do prefeito de regra é baixa, coisa de alguns salários mínimos. Como contratar e manter um médico para uma equipe de saúde da família por um salário menor que o do prefeito neste caso? Novamente, a opção por uma terceirização, ainda que de legalidade duvidosa, é uma tentação difícil de resistir.

Não obstante, como observado na pesquisa relatada parágrafos atrás, os dados empíricos dos estudos até agora realizados não autorizam que se conclua seja a opção de terceirizar os serviços à iniciativa privada mais vantajosa que a manutenção da prestação dos serviços públicos de saúde na administração direta. Portanto, razões de ordem pública, como o princípio da continuidade dos serviços e a relevância pública das ações e serviços de saúde plasmada no art. 197 da Constituição, estão a indicar que se canalizem os esforços públicos e sociais no sentido da busca constante da prestação dos serviços de saúde realizada por serviços públicos executados por servidores públicos da administração direta.

### **3.3 O direito social à saúde, os serviços públicos e as políticas públicas**

Já se disse itens atrás que o direito à saúde, ainda que direito do indivíduo, pois não se faz saúde pública sem tratar o indivíduo, é direito social de prestação coletiva. É essa aparente confusão entre direito individual, direito de liberdade, direito a respeito e a não intervenção do Estado “versus” direito social, direito de igualdade, mínimo existencial, dignidade da pessoa, portanto direito à promoção de direitos e a prestação positiva do Estado que irá produzir desdobramentos quando da análise da possibilidade de controle jurisdicional dos atos legislativos e administrativos que concedem ou negam prestações à guisa de concretização de direitos sociais. Necessário se estabelecer, portanto se, e até que ponto, o direito social à saúde gera direito subjetivo, ou seja, o direito de deduzir

administrativamente, ou em caso de recusa da administração judicialmente, uma pretensão individual específica contra o Estado.

As concepções de quais prestações são devidas pelo Estado como garantia de concretização de direitos sociais variam de Estado para Estado, dependendo do sistema jurídico constitucionalmente adotado, se a constituição positiva direitos sociais, ou se estes são positivados pela legislação infraconstitucional, ou até mesmo por precedentes judiciais naqueles Estados em que se admite o Poder Judiciário como produtor de regras jurídicas via precedentes, e também que meios a administração pública empregará para a concretização do direito, se serviços públicos, políticas públicas, ou ambos.

Vejamos por exemplo, Alexy (2008), na sua teoria dos direitos fundamentais, quando estabelece um modelo de direitos fundamentais sociais, escreve que seu modelo não determina quais os direitos sociais o indivíduo realmente tem, mas que o modelo por ele proposto descreve requisitos gerais para a identificação desses direitos, cuja resposta detalhada depende da dogmática jurídica de cada direito (fato este aqui muito importante para nós brasileiros no caso do direito à saúde, cuja dogmática, máxima vênua, está perfeitamente detalhada na Constituição de 1988, diferentemente da Constituição Alemã que não contempla direitos sociais específicos em seu texto). A regra geral é que uma posição em nível de direitos fundamentais sociais estará garantida se e enquanto os princípios da liberdade fática, da democracia e da separação dos poderes (que inclui a competência orçamentária do parlamento), bem como os princípios materiais colidentes (aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem atingidos minimamente pela posição prestacional da constituição e pela decisão do tribunal constitucional. E que isso ocorre no caso de garantia dos direitos prestacionais de mínimo existencial, como no caso do “[...] direito a um patamar mínimo de assistência médica [...]” (ALEXY, 2008, p. 512).

Observe-se que Alexy (2008) exemplifica com direito a uma assistência médica mínima, em um país em que o sistema de saúde é do tipo seguro social, ou seja, há uma contribuição específica de trabalhadores e empregadores e só esses têm acesso ao sistema de saúde, que aliás sofre limitações por parte da comissão nacional de seguro social, a qual estabelece que procedimentos, medicamentos, etc., podem ser oferecidos e custeados pelo seguro social. Segundo o Código Social V, a Comissão Federal Conjunta deve determinar quais procedimentos, exames,

medicamentos e outras ações de saúde podem ser deferidas à guisa de garantia do direito social (§34 I 2 do código), o Ministério da Saúde também pode excluir itens desta lista, dentre aqueles admitidos como adequados pelo mesmo código (MACHADO, 2018). Portanto a pretensão legal a medicamentos e procedimentos médicos, pode-se dizer ações de saúde para os alemães, está limitada às prescrições do Código Social V.

A despeito de tudo isso o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, até 2017, só recebeu dois casos de reivindicação de ações de saúde, especificamente medicamentos, um em 2005, outro em 2009, julgado em 2012. No caso julgado em 2012, a corte não conheceu do pedido, dado que o autor não demonstrou suficientemente onde o seu direito à igualdade estava sendo ferido pela limitação de fornecimento de medicamentos de receita obrigatória imposta pela Comissão Federal Conjunta. O argumento era de que tal limitação feria o direito fundamental à igualdade, uma vez que a Constituição Alemã não contempla o direito social à saúde em seu texto (MACHADO, 2018).

Segundo a doutrina de Novais (2010), filiada, com reservas, é certo, à teoria dos direitos fundamentais como princípios de Alexy, um direito social só gera direito subjetivo ao ponto de se pretender se constranja o Estado a satisfazê-lo pela via judicial, se e quando o legislador ordinário o densificar dando seus contornos materiais, condensando os interesses e pretensões individuais em proteção jurídica específica. Exemplifica com o direito fundamental à habitação, que aqui no Brasil ocupa o mesmo lugar de direito social que a saúde no art. 6º da Constituição de 1988, dizendo que um sem-teto tem um direito fundamental à moradia e pode pretender ver esse desiderato realizado pelo Estado, porém faltando determinabilidade à norma constitucional, não há parâmetros específicos e jurídicos o suficiente para permitir que o Poder Judiciário determine ao Estado a realização desse direito de forma adequada, daí não se poder classificá-lo como direito subjetivo público. Portanto um direito social pode configurar-se, ou não se configurar, como direito subjetivo, a depender da configuração (densificação, concretização) que a ordem jurídica, especialmente a regulamentação infraconstitucional e administrativa, lhe dê (NOVAIS, 2010).

No caso do direito social, há uma expectativa de que o Estado/Administração atue num determinado sentido, desenvolva ações de promoção das pretensões públicas que aquele determinado direito enseja, o que só gerará um direito subjetivo

sindicável judicialmente a partir da conformação jurídico-material que o Estado via poder legislativo e administração pública lhe der, definindo seus contornos mais específicos do tipo que meios, ações, prestações entregará aos cidadãos à guisa de garantia daquele direito. Novais (2010, p.106-107) vale-se aqui da doutrina administrativa alemã da teoria da norma de proteção para sustentar que um direito social só enverga o “[...] status [...]” de “[...] direito fundamental subjetivo público [...]” quando um enunciado jurídico de direito público impõe ao Estado o dever de agir de um determinado modo e em um determinado sentido, com uma determinabilidade e um detalhamento tal que se possa defluir daí não só a persecução de interesses coletivos mas também de interesses individuais, e aos particulares afetados pela não concretização do direito se reconheça a possibilidade de exigir da administração o seu cumprimento (NOVAIS, 2010).

Na visão de Novais (2010), portanto, num direito social, diferentemente dos direitos fundamentais de liberdade onde a norma constitucional de direito fundamental cria ela mesma uma área de concretização juridicamente determinada ou determinável, a norma de direito fundamental obriga o Estado a uma prestação que, por dependente de pressupostos materiais e especialmente financeiros, não garante na esfera jurídica do titular um real ou potencial acesso determinável ao bem juridicamente tutelado, sem que se produza esta determinação a partir da intervenção do legislador infraconstitucional e do administrador público. Ao contrário dos direitos de liberdade, a norma constitucional de direito fundamental social não determina ela própria o conteúdo da prestação, ainda que imponha aos órgãos competentes do Estado (parlamento e/ou administração) a persecução e a delimitação desses conteúdos; contudo, o condicionamento material dos direitos sociais faz deles direitos sempre sob “[...] reserva do possível [...]” na medida em que é ao legislador e ao administrador, democraticamente eleitos, que cabe decidir as prioridades da ação política, não podendo os tribunais inverter essas prioridades como é possível no caso de direitos de liberdade (NOVAIS, 2010, p.138).

O mesmo autor português citado, que também não compactua com a diferenciação simples e estanque direitos de liberdade/negativos/abstenções do Estado “versus” direitos de igualdade/positivos/prestações do Estado, quando da análise específica da Constituição Portuguesa que diferencia direitos de liberdade como “direitos, liberdades e garantias” com um “status” especial de um lado, que pode ser retirado diretamente da regra constitucional, e “direitos sociais” de outro,

exemplifica com o caso do direito à vida: na dimensão principal, o direito à vida é garantia de proibição da pena de morte e, portanto, goza do regime proteção especial de direitos, liberdades e garantias do art. 17º da Constituição Portuguesa, ou seja, impõe obrigações diretas e imediatas ao Estado e gera direito subjetivo ao cidadão em caso de não atendimento; na dimensão direito a uma existência digna, ou a um mínimo existencial, é “[...] um típico direito social [...]” e, portanto, não goza daquela mesma proteção e não pode ter entregas/prestações ao cidadão determinadas judicialmente diretamente da constituição (NOVAIS, 2010, p.150-151).

Talvez as diferenciações propostas por Novais (2010, p. 2-3) merecessem um pouco mais de reflexão e até mesmo aplicação aqui no Brasil, aliás, é ele mesmo quem, no prefácio à segunda edição informa que desenvolveu a sua “Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais” a partir dos debates produzidos pelos alunos brasileiros do curso de doutorado da Universidade de Lisboa que, a despeito do grande interesse pelo debate dos direitos sociais, orientavam seu embasamento teórico na doutrina tradicional portuguesa, como Gomes Canotilho, Jorge Miranda e Andrade, que até então sequer enfrentavam dogmaticamente a questão dos direitos sociais como direitos fundamentais, ou numa doutrina e jurisprudência inspiradas nas correntes alemã e norte americana que não contemplam direitos sociais como direitos constitucionais, e, portanto, como direitos fundamentais, donde, como no caso da doutrina e jurisprudência alemãs, tiveram de inventar sucedâneos do tipo “[...] impossibilidade de retrocesso [...]” ou “[...] proteção dos direitos derivados por via indireta [...]” e que foram recepcionados na doutrina e jurisprudência portuguesa e brasileira sem o devido critério e justificação, gerando equívocos de interpretação inexplicáveis em ordenamentos que contemplam os direitos sociais nas respectivas constituições como direitos fundamentais (NOVAIS, 2010, p. 2-3).

Acca (2009, p. 148,153) alerta para a necessidade de se construir uma “[...] teoria brasileira dos direitos sociais [...]” que atente para a realidade brasileira e utilize a constituição como ponto de partida e não de chegada. Depois de descrever e analisar os textos teóricos publicados no Brasil entre 1964 e 2006, este autor produz conclusões inquietantes. Afirma que a doutrina brasileira repete uma retórica vazia, óbvia e superficial, que se limita a reiterar mantras como “[...] mínimo existencial [...]”, “[...] dignidade da pessoa [...]” e a “[...] desigualdade [...]” peculiar da sociedade brasileira sem, contudo, evoluir para uma compreensão teórica dos

direitos sociais que permita ao aparelho de justiça desenvolver mecanismos efetivos de redução das desigualdades sociais, por um lado, e garantias de mínimo existencial e dignidade por outro. Não se discutem critérios efetivos e jurídicos de distribuição de bens que são de fruição coletiva como saúde, educação e moradia. As invocações de dignidade da pessoa ou de mínimo existencial funcionam como “[...] abracadabras jurídicos [...]” de apelo sentimental que, sem uma análise mais percuciente dos fatos e do direito, permitem determinar ao estado que entregue ao indivíduo qualquer prestação, pois sua dignidade ou seu direito a um mínimo de fruição e gozo de direitos teria sido violado. Os autores brasileiros nem discordam expressamente, nem concordam justificadamente. Outro problema, e que também se encontra nas observações de Novais, é a importação de teorias alienígenas sem a conseqüente adequação às realidades jurídica e social brasileiras.

Têm sido adotadas soluções simples para problemas teóricos complexos, mesmo que isso represente a argumentação com teorias sofisticadas como as ponderações propostas por Alexy (2008) na sua “Teoria dos Direitos Fundamentais como Princípios”, por que isto é feito sem um critério mais profundo que, por vezes, não considera, sequer, o fato de tal teoria ter sido produzida em um Estado que não tem os direitos sociais constitucionalizados, diferentemente do caso pátrio que, além de constitucionalizar tais direitos como fundamentais, no caso do direito à saúde descreveu, pormenorizadamente, na Constituição a forma como o Estado, parlamento e administração se comportariam para garanti-lo, a partir da indicação das diretrizes e requisitos a serem observados na formulação e execução dos serviços públicos e políticas públicas para dar concretude aos deveres de respeito, proteção e promoção devidas pelo Estado a este direito.

Serviço público é uma modalidade específica de atuação administrativa que, na lição de Bandeira de Mello, são aquelas ações materiais de entrega de bens ou utilidades necessários ao desenvolvimento e conforto coletivo da sociedade, que não podem ficar exclusivamente sob a responsabilidade de atuação do mercado, por isso o Estado as assume como próprias e as executa por si ou por terceiro por ele patrocinado, público ou privado, especificamente designado para esse fim sob um regime jurídico de direito administrativo. São atividades de tal modo relevantes para o interesse público que não convém deixá-las simplesmente aos humores do mercado apenas fiscalizando-as por meio dos mecanismos de que dispõe o Estado como o poder de polícia. Daí que serviço público é um processo técnico, dentre

outras modalidades de atuação administrativa, de que o Estado se utiliza para realizar o interesse geral, há uma unidade normativa composta de princípios e regras disciplinando a prestação de serviço público, portanto (MELLO, 2010).

Contudo, há serviços públicos que são privativos do Estado, que os presta diretamente ou por terceiros mediante as modalidades de delegação, concessão e autorização do art. 175 da Constituição para as competências do art. 21, XI e XI, por exemplo; e serviços não privativos que, quando prestados pelo Estado são serviços públicos, e quando prestados por particulares não são serviços públicos, ainda que sujeitos a um regime diferenciado de fiscalização por parte do poder público, como no caso da saúde que é serviço social de relevância pública como explicitado no art. 197 da Constituição, e que não está sujeita à delegação, concessão, ou autorização na medida em que não pode ser financiada por tarifas, taxas ou preços públicos, por expressa disposição da Lei Complementar 141 (BRASIL, 2012), art. 2º, inciso I, como já era possível defluir dos princípios constitucionais que regem a prestação das ações e serviços públicos constituídos para garantir o direito social à saúde.

Justen Filho (2016), na mesma linha de Mello (2010), sustenta que serviço público é uma atividade do Estado no sentido da satisfação de um direito fundamental, contudo, diferentemente de Mello (2010) que afirma tratar-se de serviços divisíveis e fruíveis individualmente, admite possam satisfazer necessidades transindividuais ou difusas, mas sempre, como aliás já dissera Mello (2010), qualificada legislativamente e sob um regime jurídico de direito público, na medida em que insuscetíveis de satisfação exclusiva pelo mercado.

Medauar (2016) vai no mesmo sentido: para que um serviço se qualifique como público deverá haver prestações que o poder público disponibiliza à coletividade, com uma presença orgânica da administração, ou seja, uma relação de dependência entre o exercício da atividade e a administração pública e sua submissão total, ou ao menos parcial, ao regime jurídico de direito administrativo. Nos chamados serviços sociais, como no caso da saúde e educação, por exemplo, que abertos ao mercado por expressa disposição constitucional, além de satisfazer o requisito de atender à concretização de um direito fundamental, para que se possa falar em serviço público deverá haver a execução, ou coordenação da atividade pelo Estado, e seu exercício sob o regime jurídico de direito público. Essas mesmas atividades, quando executadas por particulares em nome próprio, ou seja, sem a coordenação ou contratação do Estado, estarão muito próximas do regime jurídico

de serviço público, dada a intensa fiscalização que sofrem do Estado em razão da relevância pública da atividade (JUSTEN FILHO, 2016).

A ação administrativa, no caso, vincula-se diretamente à satisfação de um direito fundamental com o atendimento de necessidades materiais do cidadão, não havendo o vínculo não haverá serviço público, embora este não seja o único meio utilizado pelo Estado para garantir direitos fundamentais (JUSTEN FILHO, 2016). Assim se tem que o Estado se utiliza, também, de outros meios para a satisfação dos direitos fundamentais e, especialmente, no direito fundamental à saúde que tem uma disciplina constitucional própria, talvez dos direitos fundamentais sociais seja o que recebeu a mais completa especificação constitucional para colocá-lo como um direito que se realiza, quando de responsabilidade do Estado, por meio de políticas públicas, isto é, algo que inclui os serviços públicos sociais, mas vai além destes.

A atividade administrativa se articula por meio de políticas públicas para a concretização do direito social, ainda que a formulação da política pública não dependa exclusivamente da atividade administrativa. A estrutura de política pública demanda atividade normativa constitucional, infraconstitucional e regulamentadora. Sem contar que, no caso da saúde, ainda demande ampla participação comunitária. Mas é, sem dúvida, o administrador público que dispõe dos instrumentos jurídicos de execução material dos objetivos constitucionais, tais como a gestão do orçamento, a capacidade de nomeação e designação de servidores públicos, o manejo de contratos e convênios administrativos com a iniciativa privada, donde a execução de políticas públicas se traduz, principalmente, em uma atividade administrativa dada a possibilidade de articulação de vários setores e atividades de que dispõe o gestor público (PIVETTA, 2013).

Sempre que se tratar de política pública haverá a coordenação dos meios à disposição do Estado em harmonia com a sociedade para a concretização das finalidades socialmente relevantes e politicamente determinadas. Como meios à disposição do Estado entendam-se todos os necessários e juridicamente possíveis para o atendimento da necessidade social em questão, como as criações e alterações legislativas constitucionalmente adequadas e devidas para a realização do intento, bem como todas as alternativas dos demais ramos do direito, como tributário, financeiro, etc..., e ainda os instrumentos do direito administrativo, como serviços públicos, obras públicas, poder de polícia, contratos administrativos e por aí vai. Nunca esquecendo que o direito social à saúde (art. 6º da CF de 1988) se

realiza por políticas públicas cujas diretrizes estão constitucionalizadas (art. 196 a 200 da CF de 1988) e cujo conteúdo (prestação devida pelo Estado) se estabelece pela conjugação do prescrito em lei (arts. 37 e 197 da CF de 1988) com o deliberado pela comunidade (art. 198, III, CF de 1988) (BITENCOURT, 2013).

Política pública, portanto, trata-se de um discurso preponderantemente pragmático determinado pelo interesse social, cujo plano de ação governamental é formatado pelo Direito, onde a sociedade busca, por meio do poder administrativo, agir sobre si mesma para modificar-se, congregando ainda órgãos e organizações governamentais e não governamentais em outras espécies de discurso (BITENCOURT, 2013). Ou, no dizer de Pivetta (2013), instrumentos de ação pelos quais o Estado, com a participação popular, planeja e articula a ação administrativa para a consecução dos fins traçados pela Constituição.

No caso do direito social à saúde há princípios próprios que delimitam as diretrizes que inspiram a política pública, e que determinaram a constituição do SUS, como visto nos arts. 196 e 198 da Constituição, por exemplo (BITENCOURT, 2013).

A estrutura jurídica da política pública é dada por todos os comandos normativos entabulados a partir da finalidade de concretizar o interesse público constitucionalmente traçado, qual seja garantir o direito social fundamental à saúde. A administração pública, assim, pratica atos administrativos, atos regulatórios, projetos de lei no exercício de suas competências, conformando essas ações com a legislação infraconstitucional e constitucional disciplinadora das linhas gerais da política, sempre com o intuito de dar substância ao direito protegido, substância esta que integrará o conteúdo da norma constitucional garantidora (PIVETTA, 2013).

Quanto ao direito à saúde, o dever de formular políticas públicas decorre diretamente do comando do art. 196 da Constituição. Tal comando foi explicitado no art. 2º, § 1º, da Lei 8.080 (BRASIL, 1990a) (mandada editar pelos arts. 197 e 200 da CF de 1988) que prescreve, expressamente, consistir o dever do Estado em prestar saúde na confecção e execução de políticas econômicas e sociais de respeito, proteção e promoção do direito à saúde. No art. 36 da mesma lei, que determina que as necessidades da política de saúde sejam compatibilizadas com as disponibilidades orçamentárias, ouvidas as instâncias deliberativas populares que foram estabelecidas pela lei 8.142 (BRASIL, 1990b), cumpridas as diretrizes determinadas pela Lei Complementar 141 (BRASIL, 2012) sobre aplicação de mínimos orçamentários e despesas que se enquadrem na definição de ações e

serviços de saúde para que se incluam nesses mínimos orçamentários, há a determinação de que estas ações sejam dispostas em planos de saúde. Portanto, como no dizer de Piveta (2013) há uma relação recíproca entre políticas públicas e Direito Administrativo na medida em que são os instrumentos do Direito Administrativo que viabilizam a atuação do gestor na obtenção do interesse público determinado pela norma constitucional.

Desse modo, a política pública de saúde corporificada no plano de saúde, mandada confeccionar nos termos do art. 36 da Lei 8.080 (BRASIL, 1990a) para cada um dos níveis de governo, vincula o gestor do respectivo nível à consecução daqueles objetivos e à realização das prioridades ali elencadas. O Descumprimento do plano de saúde, portanto, está sujeito ao controle social e, até mesmo, ao controle jurisdicional da política pública (PIVETTA, 2013).

### **3.4 Organização e gestão da prestação do direito social à saúde no Brasil: o Sistema Único de Saúde e os deveres de prestação estatal e comunitária**

Para dar conta da formulação e execução das políticas públicas previstas no art. 196, o art. 198 da Constituição instituiu o SUS, que se constituiu de uma rede de serviços e ações regionalizadas e hierarquizadas, organizada segundo as diretrizes de descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; participação da comunidade.

A regulamentação legal do sistema, prevista no art. 197 da Constituição, veio através da Lei Federal 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e funcionamento dos serviços correspondentes, estabelecendo as atribuições de cada um dos níveis federativos; e da Lei Federal 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS, nos termos do art. 198, inciso III, da Constituição.

Essas normas foram elaboradas dentro do exercício da competência legislativa concorrente da União, nos termos do art. 24, inciso XII, podendo ser suplementadas pelos Estados e até, admite-se, pelos Municípios, respeitada, aqui, a verticalidade, pois, dado o tipo de competência de que se trata, o nível federativo de abrangência territorial menor não pode contrariar a norma expedida pelo nível de

abrangência territorial maior. Assim, as atribuições previstas por estas normas são comandos cogentes que vinculam os diversos níveis juridicamente a sua execução como, de maneira mais genérica, já houvera feito a Carta Política de 1988.

A Lei Nº 8.080 (BRASIL, 1990a) já começa por estabelecer que suas disposições definem as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como sobre a organização e funcionamento de todos os serviços a isto correspondentes, deixando bem claro o seu caráter de explicitação, em nível de norma geral, do direito posto no art. 196 da Constituição Brasileira de 1988. Estabelece em seu artigo primeiro regular, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde independentemente de quem os executem, sejam pessoas jurídicas de direito público, de direito privado, ou pessoas naturais, isto é, pessoas físicas, atuem estas em conjunto ou separadamente, de forma eventual ou permanente.

Portanto, a Lei 8.080 (BRASIL, 1990a), também batizada de Lei Orgânica da Saúde (LOS), estabelece as regras e as condições para o funcionamento do SUS em todo o território nacional, disciplinando a forma de atuação de cada esfera de governo (nacional, regional ou local) bem como a articulação das ações destas esferas entre si e com a iniciativa privada, que atua de forma complementar ao sistema público de saúde.

O artigo 4º da citada lei, estabelece que o conjunto das ações e serviços de saúde prestados por instituições públicas federais, estaduais ou municipais, da administração direta, indireta ou mesmo fundacional, constituem o SUS. Assim não há serviço ou ação de saúde gerido, mantido ou administrado por instituição pública ou por fundação mantida pelo poder público que esteja fora do sistema ou fora do alcance de sua normatividade, isto é, a Lei 8.080 (BRASIL, 1990) se aplica a qualquer serviço de saúde mantido pelo poder público, seja ele municipal, estadual ou federal, mesmo que este serviço não esteja formalmente vinculado ao órgão responsável pelo SUS na respectiva esfera de governo.

A regionalização, além de um critério geográfico e populacional, atenta para a capacidade que uma determinada região tem de atender a um nível de complexidade das ações de saúde a partir dos serviços públicos ou privados de que dispõe. A hierarquização diz com os níveis de complexidade de atenção de que o sistema deve dispor que são ao menos três: atenção primária, primeiro nível, primeiro e permanente contato do cidadão com o sistema e responsável por ordenar

os fluxos de acesso aos demais níveis; média complexidade, segundo nível, onde se encontram procedimentos especializados e específicos que não se podem praticar no primeiro nível, como cirurgias de médio porte e redução de grandes fraturas; e, alta complexidade, terceiro nível, onde se oferecem procedimentos de alta tecnologia, como transplantes de órgãos, pesquisas e tratamentos para doenças graves ou raras, ocorrentes em hospitais escola ou clínicas especializadas.

Os artigos 8º e 9º da LOS estabelecem que as ações serão organizadas de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente, com direção única em cada esfera de governo, cabendo esta, no nível municipal, à Secretaria de Saúde ou órgão equivalente. A regionalização e hierarquização dos níveis de complexidade atendem aos requisitos de economia e resolubilidade dos serviços de saúde na medida em que determinados serviços de saúde, dado o seu custo, não teriam viabilidade econômica em certos municípios, notadamente os de baixa densidade populacional. Desse modo, identificada a necessidade de um desses serviços, o gestor local encaminha o usuário para o serviço regional mais próximo e com recursos para solucionar problema daquele nível de complexidade, e assim sucessivamente.

Da Constituição Brasileira de 1988, resultou um modelo descentralizado e municipalizado de atenção à saúde, cujo objetivo é manter a estrutura de atenção o mais próximo possível de seu destinatário, o cidadão. Não obstante, o nível de descentralização dessas políticas ainda não é o ideal. A esse propósito, interessante e atual a observação feita há décadas por Heimann (1992), de que os municípios não têm fé na descentralização do SUS, porque municipalização é sinônimo de repasse de recursos, e que se deve lutar por eles até mesmo contra a manutenção dos princípios constitucionais, daí que os repasses via de regra são implementados na construção de serviços de assistência médica, não havendo a implementação das demais diretrizes do SUS, mantendo-se o foco no modelo médico/clínico/hospitalocêntrico, produzindo uma atenção que não coincide com os princípios do SUS (HEIMANN,1992).

Mesmo nos países chamados periféricos da América Latina, há vários exemplos onde se conseguiu estabelecer uma política eficiente de saúde preventiva e curativa que atenda às necessidades da população, o que deixa transparecer que a questão parece ser muito mais de vontade política e organização administrativa. Nessas áreas, considerando-se o arcabouço legal e constitucional de que dispomos,

a prestação concreta de serviços públicos precários e insuficientes por parte dos municípios, dos Estados e da União, deveria ser corrigida pelo Poder Judiciário (KRELL, 2002).

Com efeito, o principal problema que se observa na descentralização desses serviços é a falta de cumprimento das disposições constitucionais que a preveem, havendo falta de efetividade da Constituição e do federalismo cooperativo nela previsto, sendo baixo o nível de coordenação e cooperação entre os níveis subnacionais e a União (BERCOVICI, 2003).

Arretche (2000), em laboriosa pesquisa sobre o estado da descentralização das diversas políticas públicas proposta pela Constituição de 1988 concluiu que o sucesso de cada processo de descentralização depende da estrutura de incentivos (repasse de recursos) oferecidos e do cálculo dos custos e dos benefícios nela implantados; não sendo os benefícios maiores do que os custos não há adesão à política setorial, a menos que haja uma imposição constitucional que, de fato, seja executada, visto que a decisão pela adesão é vista como parte da autonomia do governo local.

Ainda que se considere que a citada pesquisa se concluiu em 1997, portanto, antes da vigência da Emenda Constitucional Nº 29, de 13 de setembro de 2000, (de que se tratará com mais detalhes no item 4.4), que impôs limites mínimos de gastos anuais com saúde à União, Estados e Municípios – o que para a autora fazia diferença, pois foram diferentes suas conclusões referentes à educação que já dispunha de limite constitucional de verbas - não há como se considerar possa a implantação do SUS no nível municipal estar condicionada à decisão do administrador local de aderir ou não a programas nacionais, dadas, justamente as imposições constitucionais relativas ao SUS, e não estar esta decisão na esfera de discricionariedade do Prefeito.

A descentralização, portanto, impõe que as ações, especialmente as de atenção primária, estejam o mais próximo possível do cidadão, daí que o município é incumbido de, com apoio técnico e financeiro do Estado e da União, executar as ações e gerir os serviços públicos de saúde (CF, art. 30, inc. VII; Lei 8.080/90, art. 18, inc. I e art. 7º, inciso IX, alínea “a”).

Mesmo que se quisesse olvidar tais determinações constitucionais, seria necessário lembrar que o Município tem competência, segundo o art. 30, inciso I, da Constituição Brasileira de 1988, para legislar sobre assuntos de interesse local, e o

que define o interesse local é a preponderância do interesse do Município sobre o interesse do Estado e ou da União, e não se pode dizer que em nível de SUS o interesse municipal prepondere sobre o interesse regional ou nacional, dada a necessidade de interação dos diversos níveis de atenção à saúde, notadamente naqueles casos em que o município não tem capacidade instalada suficiente para resolver demandas de média e alta complexidade, precisando valer-se dos sistemas de referência e contrarreferência ou, mais um exemplo, controle e erradicação de epidemias que possam surgir exclusivamente em seu território, mas haja risco de expansão para além de suas fronteiras, como os episódios de dengue (AGUIAR, 1995).

Não obstante, o constituinte de 1988 determinou a descentralização como proposta; “[...] porque existe certa unidade cultural, porque existe certa solidariedade social e porque as possibilidades de agir politicamente são maiores, o sistema de saúde deve ter base municipal [...]” (DALLARI, 1985, p.66). Demais, o art. 30, inciso VII, da Constituição Brasileira de 1988, determina ser incumbência do Município “[...] prestar, com a colaboração técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população” (BRASIL, 1988). Logo, executar ações e serviços de saúde são tarefas eminentemente municipais.

A alínea “a” do inciso IX do art. 7º, da LOS, cumprindo as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Brasileira de 1988, determina a descentralização político-administrativa do sistema, com direção única em cada esfera de governo e ênfase na descentralização para os municípios. Isso é uma decorrência do princípio da subsidiariedade, na sua linha de verticalidade, perfeitamente adequado ao Estado Federal, que recomenda não faça a unidade de caráter nacional ou regional aquilo que a unidade local tenha condições de fazer. O destinatário final das ações e serviços de saúde, o cidadão, está mais próximo do município e de seus administradores. Isto facilita tanto a identificação, por parte do administrador, das reais necessidades do usuário do sistema, bem como a fiscalização por este da atuação administrativa daquele que é facilmente identificado pelo cidadão dada a proximidade de ambos. Desse modo se facilita a participação e o controle social, bem como a efetividade dos atos da administração pública.

As competências e atribuições de cada esfera de governo são explicitadas pelos artigos 15 a 19 da Lei Orgânica da Saúde. De novo pode-se perceber a ênfase à descentralização que deve ser observada pela União, em relação aos Estados e

Municípios, nos termos do inciso XV do art. 16, e desses com relação a estes, nos termos do inciso I do art. 17. Por último, reza o art. 18, inciso I, da mesma lei, que ao município cabe planejar, organizar controlar e avaliar as ações e serviços de saúde de todo o gênero levadas a efeito em seu território, gerindo e executando os serviços públicos de saúde neste mesmo local. Mais uma vez, se coloca que a responsabilidade pela execução dos serviços públicos de saúde, ou seja, quem presta efetivamente os serviços de saúde ao cidadão é o Município. Aliás, o controle dos prestadores de serviços de saúde e da instalação desses serviços em seu território é do Município (arts. 15, XI, 18, I e 36 da LOS). A vigilância epidemiológica, ou seja o conhecimento, a detecção e prevenção de fatores determinantes e condicionantes da saúde individual e coletiva, para que possa planejar e adotar medidas de prevenção e controle de doenças também é dever do Município (LOS, art. 18, inciso IV) (CARVALHO, 1995).

O atendimento integral com prioridade para a prevenção (CF, art. 198, inc. II) foi discriminado no inciso II do art. 7º da Lei 8.080 (BRASIL, 1990a), como sendo o complexo contínuo de ações de prevenção e recuperação da saúde, individual e coletiva, que contemplem cada necessidade nos diversos níveis de complexidade do sistema. Ou seja, em cada nível de complexidade deve haver ao menos uma ação do SUS, o que, contudo, não significa dizer que haverá todas as ações disponíveis no mercado, senão aquelas aprovadas segundo as diretrizes do SUS, como prevê o art. 19-Q da Lei 8.080 (BRASIL, 1990a), especialmente a aprovação da comunidade por meio de suas instâncias de participação tal qual disposto no art. 36 e seus parágrafos da mesma lei. Isto é, “[...] ao mesmo tempo em que a regulamentação é indispensável para se delinear concretamente o comando da norma, a delimitação do conteúdo fixa as condutas que podem ser exigidas do Estado [...]” (PIVETTA, 2013, p. 123).

A direção única e cada esfera de governo indica que o gestor, seja ele municipal, estadual ou nacional, que reúna as melhores condições deve gerir todos os serviços e ações de saúde de seu respectivo território, independentemente de, sendo ele o gestor municipal, por exemplo, serem os serviços estaduais e/ou federais. O conceito de gestão foi dado pela Norma Operacional Básica da Saúde 01/96. Nesta NOB gerência é conceituada como sendo a administração de uma unidade ou órgão de saúde (unidade básica de saúde, ambulatório, hospital, instituto, fundação etc.), que se caracteriza como prestador de serviços ao Sistema.

Por sua vez, gestão é a atividade e a responsabilidade de dirigir um sistema de saúde (municipal, estadual ou nacional), mediante o exercício de funções de coordenação, articulação, negociação, planejamento, acompanhamento, controle, avaliação e auditoria. São, portanto, gestores do SUS os Secretários Municipais e Estaduais de Saúde e o Ministro da Saúde, que representam, respectivamente, os governos municipais, estaduais e federal.

A direção única implica a liberdade para estruturar e pôr em funcionamento o seu sistema, podendo praticar os atos necessários à atenção no respectivo nível sem a interveniência dos demais, bem como a responsabilidade pela execução das ações e dos serviços de sua competência nos seus limites territoriais. Vale dizer, que a União ou o Estado não devem executar aqueles serviços que o Município tenha condições de executar.

O município trata, principalmente, do planejamento, da organização e do controle da execução dos serviços públicos de saúde (art. 18, inciso I da Lei nº 8.080/90). Sem, contudo, estar desvinculado dos demais níveis: pelo contrário, as atividades prestadas pelo Município devem estar concatenadas com o planejamento e a coordenação estadual e nacional. No nível municipal, e isso por determinação do art. 36 da Lei nº 8.080 (BRASIL, 1990a), se inicia a estruturação e organização do sistema, pois esta é ascendente do nível local para o nacional, ouvidas as instâncias deliberativas de cada nível (conselhos e conferências), no que, também intervêm as instâncias de coordenação federativa, quais sejam a Comissão Intergestores Bipartite (CIB) e a Comissão Intergestores Tripartite (CIT), que são foros de negociação e de pactuação dos aspectos operacionais do sistema. A CIB é integrada pelos gestores municipais e estadual, enquanto a CIT é composta pelos gestores municipais, estaduais e nacional. É nesses fóruns em que são discutidos e fixados os aspectos operacionais, financeiros e administrativos do sistema nacional, viabilizando a integração e harmonização de toda a rede de atendimento à população. O Decreto nº 7.508 (BRASIL, 2011), que regulamenta a Lei nº 8.080 (BRASIL, 1990a), estabelece que o acordo pactuado entre os entes federativo sobre a rede de atenção à saúde será fixado através de Contrato Organizativo da Ação Pública da Saúde (COAP) (art. 33 do Decreto nº 7.508/11). Este “[...] contrato organizativo [...]” visa organizar e integrar as ações e serviços de saúde a cargo de cada nível de gestão do SUS, definindo as responsabilidades de cada um, os critérios de avaliação de desempenho e os recursos financeiros que serão

demandados. O contrato substitui as antigas formas de gestão do sistema, delimitando de forma clara a responsabilidade de cada nível de gestão na prestação de saúde ao cidadão (PIVETTA, 2013, p. 129).

O inciso III do art. 9º da LOS estabelece que no nível local a direção do SUS será exercida pela respectiva secretaria ou órgão equivalente. Necessário se fazer, aqui, um parêntese para colocar que isso não significa que toda a responsabilidade pelo SUS recaia exclusivamente no respectivo Secretário. Lembre-se, por oportuno, que o Secretário é um auxiliar do chefe do Executivo, que age por delegação e comandado por este, só muito raramente se podendo estabelecer que o Secretário agiu em nome próprio e sem o concurso da vontade ou da subordinação hierárquica ao chefe do executivo que é, no nível municipal por exemplo, o Prefeito quem determina o que se deve ou não fazer e dá a última palavra sobre as políticas públicas que serão executadas.

Como regulamentação dos princípios e diretrizes das Leis 8.080 e 8.142 (BRASIL, 1990a, 1990b), foram editadas pelo Ministro da Saúde as NOB do SUS e as Normas Operacionais de Assistência à Saúde (NOAS). Essas normas incluem-se na competência legislativa genérica da União, isto é, aquele conceito de legislação que não se resume à lei obtida a partir do processo legislativo que se desenvolve no Congresso Nacional, mas que inclui os decretos, os regulamentos, as portarias, etc..., desde que o órgão emissor de tais normas possua competência para tanto. E a licença para a edição destes atos normativos está contida no inciso II do art. 82 da Constituição, que autoriza os Ministros de Estado a expedirem instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos; no art. 64, inciso II, da Lei 13.502, de 1º de novembro de 2017, hoje substituído pelo art. 47, inciso II, da Medida Provisória nº 807, de 1º de janeiro de 2019, que atribui ao Ministério da Saúde competência para a coordenação e fiscalização do SUS; e pelos artigos 16, incisos XIII e XVIII, da Lei 8.080 (BRASIL, 1990a) e 5º da Lei 8.142 (BRASIL, 1990b), que atribuem ao Ministério da Saúde a elaboração do planejamento estratégico nacional do SUS e o estabelecimento, mediante portaria do Ministro, de condições para a execução da Lei 8.142 (BRASIL, 1990b).

As NOB's 01/91 e 01/93, foram substituídas pela NOB/96, baixada pela Portaria 2.203, publicada no Diário da União de 6 de novembro de 1996, assinada pelo então Ministro Carlos César de Albuquerque. A NOB/96 constituiu-se em importante passo na municipalização do atendimento pelo SUS, pois buscou

promover e consolidar o pleno exercício, por parte do poder público municipal e do Distrito Federal, da função de Gestor da atenção à saúde de seus municípios. Além de estabelecer as diversas condições de gestão (plena da atenção básica, plena de sistema), estabeleceu as responsabilidades de cada gestor, as relações entre os diversos sistemas, além de, dentre outras coisas, fixar conceitos como os de gestor e gerente, importantes para a compreensão e aplicação dos mecanismos que disciplinava.

A NOB foi complementada pelas NOAS, sendo a primeira editada em janeiro de 2001, pela Portaria Nº 95 de 26 daquele mês, pelo então Ministro José Serra, atualizando a regulamentação da assistência, notadamente no que tange à habilitação dos municípios nas diversas formas de Gestão. A NOAS/2001 foi substituída pela NOAS/2002 aprovada e posta em vigor pela Portaria 373 de 27 de fevereiro de 2002, do Ministro Barjas Negri, que pretendeu, principalmente, estabelecer o processo de regionalização como estratégia de hierarquização dos serviços de saúde e de busca de maior equidade, e ampliou as responsabilidades dos municípios na atenção básica para qualificá-la, instituir a gestão plena da gestão da atenção básica ampliada, estabelecendo estratégias mínimas de atuação para os municípios nas áreas de prevenção e tratamento de doenças tais como tuberculose, hanseníase, hipertensão arterial, diabetes, saúde da mulher, saúde da criança e saúde bucal.

Mais uma vez se percebe a nítida intenção de fazer com que as ações e prestações sociais sejam ofertadas pelo ente estatal mais próximo do destinatário e, no que tange especificamente à saúde, um modelo centrado na atuação preventiva, como se vê nas ações elencadas para a atenção básica – tuberculose, hanseníase, hipertensão arterial, diabetes, saúde da criança e saúde da mulher e saúde bucal – todas determinantes do desenvolvimento saudável do ser humano desde a concepção.

As NOAS foram substituídas pelo “Pacto Pela Saúde”, Portaria Nº 399, de 22 de fevereiro de 2006, que, por sua vez, boa parte da regulamentação foi consolidada na Portaria de Consolidação nº 1, de 28 de setembro de 2017, que trata das normas sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde, a organização e o funcionamento do SUS.

Vê-se que a Constituição instituiu um todo coerente, em que as partes produzem entre si numerosas comunicações interdependentes e de subordinação,

de apreensão por vezes difícil aos não iniciados devido aos diversos aspectos que apresentam, dado que conjugam um número quase que indeterminado de órgãos, agentes e ações, públicos e privados, que se concertam sob a gestão da administração pública e controle da comunidade (CF, art. 198, inc. III) para dar conta do direito à saúde. O arranjo constitucional e infraconstitucional permite a racionalização da gestão e dos recursos públicos para uma atuação mais eficiente do Estado (CF 1988, art. 37).

Portanto ainda se faz necessário citar qual o SUS que foi previsto Constitucionalmente, e que estas previsões não são meras normas de conteúdo programático senão determinações aos administradores dos três níveis de governo da federação.

Dos fins do Estado a proteção à saúde talvez seja o mais relevante e que mereça sua maior dedicação. E a Constituição Brasileira de 1988 não só estabeleceu isso claramente, como descreveu o modo pelo qual o Estado deve assegurar a garantia. Essa é a exegese dos dispositivos constitucionais (MORAES, 2003; BRASIL, 1988).

Logo, é por meio do SUS, constitucional e legalmente disciplinado, que o administrador público deve atender à saúde da população. Ou seja, atendendo aos comandos constitucionais de descentralização, com direção única em cada esfera de governo (BRASIL, 1988, art. 198, inciso I), e de prestar, com a cooperação técnica e financeira do Estado e da União, serviços de atendimento à saúde da população (art. 30, inciso VII), é que o administrador municipal, isto é, o Prefeito, deve organizar os serviços municipais de saúde e integrar-se à rede regionalizada e hierarquizada em que se constitui o SUS (art. 198, "caput").

Marques Neto (1996) lembra que viabilizar a prestação dos serviços de saúde é atender, por imposição constitucional e legal, a interesses públicos primários, quais sejam a função primeira e principal da administração, que é a de atender ao bem público. E traz em apoio de sua tese, a lição de Renato Alessi que faz a distinção entre interesses públicos primários e secundários, sendo primários o conjunto de interesses individuais predominantes na organização jurídica da coletividade, e secundários os interesses do aparelho organizativo estatal, sendo que estes últimos só se realizariam quando coincidentes com os interesses da coletividade.

Disso pode-se concluir que a implantação do SUS nos termos constitucionais e legais propostos faz coincidir o interesse primário da Administração Pública, qual seja o atendimento do direito à saúde, com o interesse secundário dessa mesma Administração, isto é, a conformação jurídico-formal dos atos administrativos, cuja prática se faz necessária para o atendimento dessa garantia. A um só tempo se está atendendo à efetividade, à legalidade e à supremacia do interesse público.

Conforme lição de Di Pietro (2003), ligado ao princípio da supremacia do interesse público está o da indisponibilidade desse mesmo interesse, segundo o qual os interesses qualificados da coletividade não se encontram na esfera de disposição do administrador público. Este tem, apenas, o dever de atendê-los na estrita conformidade do que dispuser a vontade da lei. Por não poder dispor desses interesses públicos que lhe são confiados pela lei, os poderes conferidos ao Administrador Público têm o caráter de poder-dever, são poderes que ele não pode deixar de exercer sob pena de responder pela omissão. A autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são atribuídas por lei, notadamente aqui onde se está a tratar de interesses da mais alta relevância pública, tanto que plasmado expressamente no art. 197 da Constituição.

Para que se tenha ideia da dimensão emprestada à expressão “[...] relevância pública [...]”, interessante transcrever este trecho de Araújo acerca do termo:

[...] a relevância assim, se revela pelo serviço prestado no atendimento de qualquer dos princípios constitucionais. Apenas para focar exemplos já citados, todos os serviços necessários para a realização dos objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º e 3º) são de relevância pública (ARAÚJO, 1996, p. 27).

Saúde é corolário do direito à dignidade da pessoa humana e que passa, necessariamente, por erradicação da pobreza e melhoria das condições sócio econômicas, como, aliás, previsto nos condicionantes e determinantes da saúde do art. 3º da Lei 8.080 (BRASIL, 1990a).

Não há espaço aqui para discricionariedade do administrador no sentido de poder ele decidir entre executar ou não executar serviços públicos de saúde por meio do SUS, entre integrar-se ou não se integrar aos programas de atenção à saúde editados pela União e complementados pelo respectivo Estado.

A discricionariedade, como bem coloca a professora Di Pietro (2003), só ocorre quando o regramento jurídico coloca duas ou mais opções ao administrador

para a prática de determinado ato, podendo aquele, diante do caso concreto, apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência para escolher uma das opções, todas válidas para o direito. De outro modo, a atuação será vinculada, quando a lei não oferece alternativas; diante de determinados requisitos, deve-se agir de tal forma, isto é, não há opções, a lei estabeleceu uma única solução possível em face de determinada situação de fato, a lei fixou todos os requisitos, cuja existência a administração deve limitar-se a constatar, sem qualquer margem de apreciação subjetiva.

Nessa mesma linha de argumentação, Buchmann (2003), com base nos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Melo, lembra que discricionariedade não se confunde com interpretação da vontade da lei, uma vez que toda a interpretação é vazia de elemento volitivo, não há espaço para apreciação subjetiva em nível de interpretação, sendo um trabalho objetivo de apreciação e conclusão do que reclama o preceito legal. De outro modo, há discricionariedade quando houver espaço para carga de apreciação subjetiva, espaço para manifestação de vontade do administrador, informada pela moralidade pública e pelo desiderato de satisfazer o interesse público.

Essa vinculação é decorrente, como anota Sarlet (2003), da imposição inscrita no art. 5º, § 1º, da Constituição Brasileira de 1988, que é a um tempo negativa, isto é, impõe aos poderes públicos que se abstenham de violar direitos fundamentais por não estarem estes em sua esfera de disposição; e, a outro, positiva, devendo os órgãos estatais tudo fazerem no sentido de realizar os direitos fundamentais, como, no caso, os concernentes à saúde.

A questão se encerra nos limites da extrema legalidade, ou seja, a Constituição coloca a saúde como direito de todos (art. 196), e o SUS como meio pelo qual o Estado (gênero) vai garanti-lo. Aliás, legalidade é outro princípio de vinculação absoluta do administrador público. Este só faz o que estiver precisamente prescrito em lei, enquanto o particular, diferentemente, pode fazer tudo o quanto não for legalmente proibido. Este princípio, segundo a professora Di Pietro (2003), constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos fundamentais, pois traduz a ideia de que a vontade da administração pública é a que decorre da lei.

Portanto temos de voltar os olhos para a necessidade de compreensão e respeito da legalidade quando tratamos da concretização de direitos sociais como saúde, entendendo que a Constituição traçou as linhas mestras, e por vezes até

detalhes, para a confecção das regras de proteção à saúde, estas por seu turno determinaram que administrador e sociedade, esta por meio de suas instâncias de participação e controle, elegendas as prioridades e confeccionassem as políticas de proteção à saúde geral, e também individual, e que todos, executivo, legislativo e, especialmente, o judiciário devem dar cumprimento a esse conjunto normativo, considerando e valorizando principalmente as decisões da comunidade.

### **3.5 Um olhar acerca do significado de complementar em relação ao terceiro setor: um possível distanciamento do controle e da participação popular na gestão de saúde**

Já se aventou no item 2.4.5 sobre a possibilidade e as modalidades de participação do terceiro setor, e até mesmo do mercado, na realização de atividades para atender às necessidades do Estado na prestação do serviço público de saúde, sempre se observando, contudo, que esta participação se dá de forma complementar, isto é sob o comando e coordenação do gestor público, mediante a forma de avença com a administração que seja adequada (legal) para aquele peculiar caso concreto e para se somar ao já produzido pelo Estado quando a produção própria deste for insuficiente para o atendimento de toda a demanda, como, aliás, está disciplinado no § 1º do art. 199 da Constituição de 1988.

Discute-se, porém, e ainda que passadas todas essas décadas da Constituição o debate é atual, qual o sentido e amplitude, como dimensionar concretamente a noção de complementariedade dado que a Constituição não o teria feito, ou não teria feito ao menos de forma rigorosa e expressa. Há quem sustente que não se pode concluir apenas do texto constitucional qual seria a extensão permitida de participação privada na execução dos serviços de saúde, posto que tranquila a preponderância do papel do Estado na sua prestação direta, uma vez que a atividade privada deve complementar a ação do Estado. Portanto o destaque deve ser para a atividade estatal, a maior parte da prestação de serviços há de ter a intervenção do gestor público que, quando não suficiente será acrescida da contratação de serviços privados. O contrário é que não se apresenta razoável, isto é, que o grosso do serviço seja prestado por um particular contratado tornando-se a atividade estatal subsidiária, porque é o Estado que tem a competência e o dever de intervir diretamente, segundo o nosso modelo constitucional, para a realização dos

direitos fundamentais, redução das desigualdades sociais, alcance da justiça social etc.

Mesmo que não se queira concluir desse modo a partir do texto constitucional, o legislador ordinário, exercendo a competência regulamentar que lhe foi imposta pelo art. 197 da Constituição, não deixou margem para interpretação outra ao estabelecer, no art. 24 da Lei 8.080 (BRASIL, 1990a), poder o gestor público da saúde lançar mão da contratação de serviços privados apenas quando suas disponibilidades forem insuficientes, e tão somente para garantir a cobertura assistencial de uma área determinada. Logo, parece não pairar dúvida acerca do sentido que o termo complementar assume quando o tema é contratação privada de serviços de saúde pelo Estado para a garantia do direito social à saúde (PIVETTA, 2013). A proposta constitucional e infraconstitucional de prestação de serviços de saúde para a concretização do direito social é no sentido de que o Estado os execute diretamente e os particulares assumam a condição de coadjuvantes, de subsidiários da ação estatal, e sempre sob a coordenação do gestor público, e não o contrário.

A professora Di Pietro (2012), por exemplo, sempre sustentou que o sentido de complementar dado à participação de entidades privadas na prestação de saúde, seja por força do art. 199, § 1º, da Constituição, seja por força dos artigos 24 a 26 da Lei 8.080 (BRASIL, 1990a), impede a transferência integral de um serviço ou setor de saúde para a iniciativa privada, como a gestão integral de uma unidade de saúde ou hospital público, podendo apenas transferir atividades meio ou serviços técnico-especializados como hemocentros ou serviços de apoio diagnóstico (exames de imagem, laboratório, etc.). Isto porque a prestação de um serviço público, como é o caso da saúde pública, deve estar sempre subordinada a um regime jurídico de direito público.

Quem conclui de modo diverso não considera os riscos de se colocar uma atividade permanente e estratégica do Estado completamente nas mãos do particular. Veja-se, se o particular visa lucro, quando o lucro desaparece ele perde o interesse e abandona atividade, e não se está aqui a fazer qualquer juízo moral acerca disso. Se não visa lucro, como no caso das instituições do terceiro setor, ainda assim estão sujeitas aos humores do mercado e podem vir a ter de abandonar a atividade ainda que contra a sua vontade; nesse caso, como fica a continuidade dos serviços?

Logo, a alternativa escolhida pelos legisladores, constitucional e ordinário, elege, a partir de legítima ponderação, qual a estratégia que melhor efetiva o direito fundamental social à saúde, apontando para a estrutura mais hábil para sua realização considerados os princípios postos na Constituição para isso. Portando a atividade do gestor é vinculada, não cabe aqui qualquer juízo de discricionariedade, não podendo ele valer-se de argumentos como oportunidade e conveniência para contratar terceiros para a prestação de serviços de saúde. Ele tem que ter serviços próprios de saúde, e contratará privados apenas e tão somente quando materialmente não houver opção de criar ou ampliar os serviços próprios (PIVETTA, 2013).

A terceirização de serviços públicos de saúde também não é uma opção viável dado que a concessão ou delegação de serviços só tem lugar naqueles casos em que o poder público tem a faculdade de realizar os serviços diretamente ou delegá-los ao mercado. A prestação do serviço público de saúde, que garante o direito previsto nos artigos 6º e 196, por opção política do constituinte originário regulamentada pelo legislador ordinário, foi atribuída diretamente ao gestor público (PIVETTA, 2013). Portanto os serviços de saúde, serviço social que são, não se enquadram nas disposições do art. 175 da Constituição e da lei que o regulamenta.

Longe de ser ideológico ou estanque, o objetivo que impõe a complementariedade como limite para a atuação privada na prestação de serviços públicos de saúde é a garantia institucional de que o Estado não descurará do dever de atenção à sua capacidade de concretizar o direito à saúde autonomamente, não dependendo dos humores e interesses de privados que contratam com a administração e dependam de profissionais sem vínculos efetivos e garantias institucionais, padecendo a segurança jurídica quando o excesso de vínculos ou a execução desmesurada prejudiquem o controle e a intervenção estatal sobre o desenvolvimento de uma atividade que lhe é própria (CORAZZA, 2017).

O Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul-TCERS, já discutiu o alcance dessa previsão constitucional, dadas as controvérsias que se levantaram em relação à complementariedade da participação da iniciativa privada nos serviços de saúde (artigo 199, § 1º, da CF/88 e artigo 24, parágrafo único, da Lei Federal nº 8.080/90). A Corte, desde 2007, tem franca tendência em desaprovar a transferência integral da gestão da saúde pública a terceiros privados, como deixou clara a aprovação do Parecer nº 29/2007 (Pleno em sessão de 19-03-2008).

Desse modo, atenta-se para a relevância desse posicionamento entendendo que, embora assente que a atuação do terceiro setor nos serviços públicos de saúde não possa chegar à substituição integral do poder público, em face do caráter complementar dessa ingerência, a maior ou menor extensão do caráter de complementariedade deverá ter sua legitimidade avaliada minuciosamente no exame do caso concreto. Isso para se verificar se, efetivamente, o SUS daquela localidade apresentaria ou não disponibilidades suficientes para garantir, de forma direta, o desenvolvimento desta ou daquela ação de saúde.

Quando o texto constitucional previu a saúde como direito social e sua garantia como dever do Estado, por meio de políticas públicas, a alternativa eleita pelo legislador constituinte originário foi por submeter os prestadores de serviços privados (seja o mercado, seja o terceiro setor) ao regime jurídico próprio do SUS, aos seus princípios, às suas diretrizes, às suas regras, dada a relevância pública desses serviços também prevista no art. 197 da Constituição (CORAZZA, 2017).



#### **4 A VERTICALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E A PRETENSÃO DE REGULAÇÃO COM A EC/29 E LEI COMPLEMENTAR 141: O PAPEL DOS ORÇAMENTOS PÚBLICOS**

O assunto é polêmico quando se trata de avaliar e posicionar-se acerca da estrutura e execução da política de saúde no Brasil, donde, dependendo do enfoque adotado, ter-se-á críticas ao modelo ou à forma de implantação. Dentre as críticas, uma candente, é a de que o modelo de descentralização do SUS é imposto de forma vertical do nível federal para o local, dada a centralidade na atuação do nível nacional, “[...] com escassa consideração de atores subnacionais e outros atores sociais, importantes em contextos federativos e democráticos [...]” (MACHADO; LIMA; BAPTISTA, 2018, p.S159).

Essa crítica não é estéril, pois toca diretamente àquilo que se propõe no trabalho que é demonstrar ser o direito à saúde uma garantia que brota da comunidade para a comunidade, e se for, de fato, imposto pelo governo central a participação da comunidade na construção do direito e da política de proteção se esvai, e o nosso trabalho perderá a essência.

Há, portanto, que se registrar que a história da construção do SUS (vide item 2.1) decorre de um processo generalizado de mobilização social do qual participaram diferentes setores que redundou na VIII Conferência Nacional de Saúde, fruto de pré-conferências estaduais, onde reuniram-se aproximadamente quatro mil pessoas, das quais mil eram delegados com direito a voto, e discutiram-se os rumos da saúde no Brasil (BRASIL, 2009), evento que se tornou conhecido como a pré-constituinte da saúde. Daí seguem-se as demais conferências de saúde, já com o modelo proposto pelas Leis 8.142 e 8.080 (BRASIL, 1990b, 1990a), especialmente pelo art. 36 desta última, que prescreve ser o planejamento da saúde ascendente, ou seja, do nível local para o nacional, ouvidas as instâncias de participação comunitária de cada nível, conselhos e conferências, compatibilizando-se as prioridades eleitas com as disponibilidades orçamentárias em planos de saúde.

Desse modo, nos itens seguintes, se buscará fazer a verificação desta construção ascendente e, especificamente, se há fatos empíricos que comprovem esta situação, pois, do contrário, não haverá porque se investigar se a falta de consideração do Judiciário enfraquece a participação e o controle social na

construção e execução da política pública de saúde, se esta participação é meramente formal ou inexistente.

#### **4.1 A conformação vertical e horizontal das políticas públicas de saúde: A construção ascendente da política pública de saúde**

Certamente, num país de dimensões continentais, como o Brasil, com diferenças regionais e sociais bem marcadas, com avanços e retrocessos políticos e legislativos desde a proclamação da independência, a afirmação de um Estado Federado, feito às avessas na Constituição Republicana, é tarefa bem complexa. Nem é necessário muito argumento para se demonstrar tal fato, basta que se atente para a falta de consenso doutrinário, jurisprudencial e político acerca das competências administrativas e legislativas de cada esfera de governo. O constituinte de 1988 bem que se esforçou para devolver aos Estados-Membros ao menos as competências remanescentes, mas percebe-se que pouco “remaneceu” depois da extensa lista de competências privativas da União.

Depois, um século de centralidade na União não se reorienta completamente em duas ou três décadas, além do que, como se percebeu pós 1988, o governo nacional continua sendo o que detém a maior parte do bolo tributário, não tendo pruridos de lançar mão desse poder cada vez que deseja impor seus projetos políticos. Veja-se, a esse propósito, o descalabro das emendas parlamentares vinculativas ao orçamento da União, que garantem a deputados e senadores manterem seus currais eleitorais, desestabilizando o planejamento do SUS e que foram utilizadas indiscriminadamente por todos os presidentes da era “[...] redemocratização do país [...]” como moeda de troca cada vez que precisaram aprovar projetos de lei não muito palatáveis ao Congresso Nacional ou à sociedade (VARELLA, 2018, p.11).

Mas isso é outra história, que não é foco desta pesquisa, pois renderia certamente uma tese inteira, e foi mencionada aqui apenas porque boa parte dessas emendas devem ser usadas na área da saúde, e sequer passam pelo controle social para a alocação desses recursos. Percebe-se, desse modo, a possibilidade de descompasso entre a construção ascendente da política pública no aspecto eleição das prioridades e necessidades da ação de saúde feitas de acordo com as escolhas das instâncias de participação do SUS legalmente instituídas, e a alocação dos

recursos financeiros necessários para sua concretização. E isso é uma consequência multifatorial.

Domingos (2016), por exemplo, aponta que a grande quantidade de regras produzidas tanto pelo Congresso Nacional, quanto os regulamentos baixados pelo Ministério da Saúde, funcionam como uma forma de imposição da vontade política do ente nacional sobre os entes subnacionais, cabendo questionar até que ponto o gestor nacional consegue construir uma articulação entre os demais gestores e a sociedade civil na atenção às necessidades da saúde da população, ou se o emprego desse volume de normas federais não cristaliza a tutela do gestor federal sobre os gestores municipais na condução da política de saúde.

É o que se dizia parágrafos atrás sobre a secular centralidade no governo nacional e em seus métodos de executar seu plano político, que não se consegue desfazer em duas ou três décadas. A propósito, o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS) foi oficialmente extinto em 1993, pela Lei 8.689 de 27 de julho daquele ano, mas o modelo de financiamento da assistência médica como forma indutora e concentradora de poder continua sendo praticado até hoje, constituindo-se em uma dificuldade de o gestor federal assumir seu papel de grande articulador do SUS em detrimento da atividade executiva de serviços e ações que são legalmente típicas do nível municipal. E ainda, utilizando-se de seu poder regulamentador da legislação federal, atrela alguns repasses financeiros à execução de determinadas ações pelos gestores estaduais e municipais, induzindo políticas que, na ótica dos gestores subnacionais invertem, ou descaracterizam, as prioridades estabelecidas nas regras instituidoras da política pública de saúde, e até criam novos critérios de alocação de recursos. Esse impasse faz com que os gestores subnacionais passem a reivindicar o cumprimento daquilo que foi estabelecido no planejamento ascendente (DOMINGOS, 2016).

Estudo que avaliou o Planejamento Governamental em Saúde (PGS), no âmbito federal, entre os anos de 1985 e 2014, aponta que este é burocrático, na incorporação do planejado à gestão há sobreposição dos interesses políticos e econômicos àquilo que foi indicado por critérios técnicos de saúde, havendo alto grau de centralidade administrativa que, contudo, mostrou tendência de diminuição nos últimos anos do estudo, passando-se a reconhecer um pouco mais o planejamento (SILVA, 2015). O estudo revela um embate político entre os defensores do planejamento com mais ampla participação e respeito ao decidido

pelo controle social e os defensores da lógica do mercado e da tecnologia do dinheiro, estes contrários a todo o projeto reformista da Constituição de 1988, como as entidades empresariais do setor saúde, para os quais o modelo INAMPS parece mais adequado (SILVA, 2015).

No período 2003 a 2010, segundo este estudo, embora se reconhecessem boas intenções em considerar a participação social na saúde, isto se reduziu à fase inicial do planejamento, não se observando a mesma consideração nas demais fases de avaliação, monitoramento e revisão. Apesar de se reconhecer a intenção de construção coletiva da política de saúde, na prática as deliberações do controle social foram desconsideradas pelo governo, havendo contradição entre o discurso de maior participação social e a prática de não incorporação das decisões do controle social na execução da política nacional de saúde, mantendo-se a estratégia de conservação e modernização da ordem capitalista, frustrando as expectativas de que o governo seria capaz de inserir na agenda política do setor saúde temas de interesse da sociedade. Manteve-se, portanto, a despolitização da saúde, o subfinanciamento do setor e o descompasso entre o planejamento governamental em saúde e planos orçamentários (SILVA, 2015).

Em documento que avalia a regionalização da saúde, o CONASEMS<sup>14</sup> - também se queixa de que o governo federal dificulta a implantação do planejamento ascendente produzindo a fragmentação das ações da política nacional de saúde a partir de uma estratégia de financiamento por incentivos programáticos, com planos e orçamentação descendentes que não dialogam com as realidades sanitárias locais, fazendo com que planos de saúde estaduais e municipais tornem-se meras práticas cartoriais. O planejamento descendente minimiza a importância da participação local na construção e fiscalização da execução da política de saúde, deixando os órgãos locais de participação como meros observadores da aplicação das verbas federais na ação de saúde local (CONSELHO NACIONAL DE SECRETARIAS MUNICIPAIS DE SAÚDE, [2017]).

A fragmentação das ações da política, incentivada pelo Ministério da Saúde, acaba por representar uma fragilidade para o sistema, que se perde no emaranhado de normas produzidas para a transferência de recursos federais aos governos locais, dificultando a harmonização dos diversos incentivos financeiros federais com

---

<sup>14</sup> O CONASEMS tem assento no Conselho Nacional de Saúde segundo o disposto no art. 1º, §3º, da Lei 8142 (BRASIL, 1990b).

as necessidades específicas de cada município e da região, inviabilizando, por vezes, o já planejado e pactuado regionalmente, como constatado pelo Tribunal de Contas da União (CONSELHO NACIONAL DE SECRETARIAS MUNICIPAIS DE SAÚDE, 2019).

Conforme constatado pelo CONASEMS, tem acontecido o inverso do determinado pelas leis 8.080 (BRASIL, 1990a) e LC 141 (BRASIL, 2012), segundo as quais os instrumentos de informação, definição de parâmetros, gestão de gastos, contratualização, regulação que devem ser considerados no planejamento são organizados de forma ascendente desde o território municipal, depois no regional, estadual, até se conformarem no último momento do planejamento que é a confecção do PNS, o qual deve servir de guia para toda a ação de saúde do gestor federal, bem como para toda a previsão orçamentária nos planos plurianuais, lei de diretrizes orçamentárias e lei orçamentária anual, bem como para a transferências de recursos interfederativos que, se observado o planejado, certamente dialogarão com as necessidades estaduais, regionais e municipais de saúde (CONSELHO NACIONAL DE SECRETARIAS MUNICIPAIS DE SAÚDE, 2019).

Esta é a determinação do art. 30 da Lei Complementar 141/2012:

Art. 30. Os planos plurianuais, as leis de diretrizes orçamentárias, as leis orçamentárias e os planos de aplicação dos recursos dos fundos de saúde da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios serão elaborados de modo a dar cumprimento ao disposto nesta Lei Complementar.

§ 1º O processo de planejamento e orçamento será ascendente e deverá partir das necessidades de saúde da população em cada região, com base no perfil epidemiológico, demográfico e socioeconômico, para definir as metas anuais de atenção integral à saúde e estimar os respectivos custos.

§ 2º Os planos e metas regionais resultantes das pactuações intermunicipais constituirão a base para os planos e metas estaduais, que promoverão a equidade interregional.

§ 3º Os planos e metas estaduais constituirão a base para o plano e metas nacionais, que promoverão a equidade interestadual.

§ 4º Caberá aos Conselhos de Saúde deliberar sobre as diretrizes para o estabelecimento de prioridades (BRASIL, 2012).

No mesmo sentido é o art. 36 da Lei 8.080 (BRASIL, 1990a) dizendo que as necessidades da ação de saúde devem ser compatibilizadas com as possibilidades orçamentárias em um planejamento ascendente do nível local até o nacional discriminando-se as ações de saúde em planos aprovados pelo controle social em cada nível de governo.

Durante a plenária final do 34º Congresso Nacional de Secretarias Municipais de Saúde, nos dias 25 a 27 de julho de 2018, foi aprovada a Carta de Belém, que em seu primeiro ponto sobre o modelo de atenção de saúde e rede de atenção em saúde propõe a eliminação da verticalidade dos programas estaduais e federais, considerando o planejamento ascendente, a fim de viabilizar a organização do sistema de saúde com foco nas necessidades, condições de risco e vulnerabilidades presentes no território, fortalecendo assim a integralidade da atenção à saúde (CONSELHO NACIONAL DE SECRETARIAS MUNICIPAIS DE SAÚDE, 2019).

Ora, tudo que se quer é que o gestor respeite aquilo que é fruto do debate e deliberação pública a partir das esferas constitucional e legalmente instituídas para isso, e da qual os gestores dos três níveis tomaram parte, quando da construção da política pública de saúde.

Para que se tenha ideia do nível de participação e do respeito que se deve ter ao debate proposto do nível municipal para o nacional (e, portanto, ascendente e não descendente) apontam-se, exemplificativamente, as deliberações e a participação em algumas das conferências nacionais de saúde, como espaço privilegiado de ajustes das necessidades da população em matéria de saúde e das possibilidades tecnológicas e financeiras do gestor público em atendê-las.

Na 9ª Conferência o foco era a descentralização e a defesa dos municípios no cenário setorial, bem como a defesa das conferências locais e regionais como preparatórias da nacional (BRASIL, 2009). Em 2003, por convocação do Decreto nº 9.872, de 05/05/90, realizou-se a 12ª Conferência Nacional de Saúde Nacional, tendo por tema central: “Saúde direito de todos e dever do Estado, o SUS que temos e o SUS que queremos”, esta teve a participação de mais de quatro mil cidadãos, decorrendo de 3.100 conferências municipais e 27 conferências estaduais. A 13ª Conferência Nacional foi precedida por 4.413 conferências municipais e 27 estaduais, onde reuniram-se 3.068 delegados com direito a voz e voto, 302 observadores e 210 convidados. Com o tema principal “Saúde e qualidade de vida: políticas de estado e desenvolvimento”. Foi organizada pelo Conselho Nacional de Saúde e debateu eixos temáticos como: 1) Desafios para a Efetivação do Direito Humano à Saúde no Século XXI: Estado, Sociedade e Padrões de Desenvolvimento; 2) Políticas Públicas para a Saúde e Qualidade de Vida: o SUS na Seguridade Social e o Pacto pela Saúde; e 3) A Participação da Sociedade na Efetivação do Direito Humano à Saúde (BRASIL, 2009, p.21-22).

Uma estatística interessante da 13ª Conferência, e que vai bem ao encontro do que se deseja demonstrar aqui, ou seja que a verticalização é ascendente e não descendente, é que os conteúdos abordados resultaram em 86 resoluções, das quais 64 (74,4%) foram originárias das convenções estaduais e apenas 22 eram inéditas (BRASIL, 2009). Considerando-se que as conferências estaduais resultaram de 4.413 conferências municipais, o que representa quase oitenta por cento dos 5564 municípios que o país tinha naquele ano (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2007), vê-se o significativo peso da vontade dos municípios e dos estados na construção da política de saúde no Brasil, dado que “[...] as conferências foram definidas como instâncias colegiadas para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde [...]” (BRASIL, 2009, p.23-24).

Portanto, o que está estabelecido nos planejamentos de cada esfera de governo e especialmente no PNS, deve ser observado pelo gestor nacional na elaboração de toda a programação de ações de saúde, seja financeira (plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias, lei orçamentária anual), seja na execução das ações e serviços (planejamento governamental em saúde, pactuação da regionalização, etc.). Sendo assim, não poderão os gestores subnacionais reclamar de verticalização descendente, pois se o gestor nacional, estritamente dentro dos limites do PNS, se empenhar na adesão de estados e municípios a determinadas ações não estará impondo sua própria vontade, senão que dando cumprimento àquilo que foi estabelecido de forma ascendente, inclusive com a participação dos gestores subnacionais. Ou seja, o planejamento sobe até o nível nacional e depois desce até o nível local na forma de execução das ações planejadas.

#### 4.1.1 A atuação dos Conselhos Estaduais e Municipais para a validação da política pública de saúde

O art. 36 da Lei 8.080 (BRASIL, 1990a) estabelece que o planejamento e orçamento do SUS que constará no “plano de saúde” de cada nível (municipal, estadual e nacional, § 1º do mesmo artigo) só se aperfeiçoa com a ouvida das respectivas instâncias deliberativas. A instância deliberativa de cada nível é o conselho de saúde, instituído conforme prescreve o art. 1º e § 2º da Lei 8.142 (BRASIL, 1990b) e o que dispuser a legislação de cada estado ou município, dentro

das competências que lhes outorgam tanto esta lei, quanto o art. 24, inciso XII, da Constituição Federal (no caso dos estados e do Distrito Federal) e do inciso XII do art. 18 da Lei 8.080 (BRASIL, 1990a) (caso dos municípios).

Veja-se que o plano de saúde é a base para todas as ações e financiamento dos serviços de saúde em cada esfera de governo.

Conferências e conselhos de saúde constituem, desse modo, as formas privilegiadas, estabelecidas no marco legal, para a participação social e comunitária na construção do direito à saúde e, especialmente, na delimitação das prestações que o concretizam. Posto a existência destas reporte-se à década de 1930, apenas com a Constituição de 1988 é que assumem o caráter de espaço público deliberativo capaz de interferir na formação do ato administrativo que se constituirá na prestação do direito à saúde. Antes disso constituíam-se em colegiados de articulação intergovernamental sem participação comunitária, ou seja, eram compostos exclusivamente por técnicos e gestores da administração pública ou experts especialmente convidados (CONSELHO NACIONAL DE SECRETARIAS MUNICIPAIS DE SAÚDE, 2009).

Embora os conselhos sejam instâncias deliberativas em cada esfera de governo, suas decisões devem ser homologadas pelo gestor local. Portanto a responsabilidade de converter as diretrizes definidas para a política de saúde pelas conferências em ações concretas é dividida entre o conselho e o respectivo gestor. Isso faz com que a vontade social se converta em realidade. Também é de se observar, que o conselho não executa ações e serviços de saúde, senão que garante que os planos de saúde e seus respectivos orçamentos contemplem as diretrizes propostas pelas conferências, fiscalizando a execução dos planos para que, caso desviem-se daquelas diretrizes sejam tomadas as medidas necessárias para sua recondução. É o conselho, portanto, a arena pública onde se equalizam os conflitos de interesses dos mais variados e as disputas para a disposição dos orçamentos para a satisfação desses interesses a partir de um discurso pautado por argumentos de interesse público para a construção de consensos que permitam avanços na proteção da saúde de todos (CONSELHO NACIONAL DE SECRETARIAS MUNICIPAIS DE SAÚDE, 2009).

Necessário que se comente a questão que trata do envolvimento de gestores e instâncias de participação social a partir da instituição e compreensão do espaço de atuação e decisão das CIB e CIT. Houve quem reclamasse que a criação dessas

comissões acabou por invadir e diminuir o espaço de decisão do conselho de saúde, dado que nas comissões há representação exclusiva dos gestores, enquanto nos conselhos a representação é paritária, já havendo representação significativa do gestor que se somaria àquela deixando esse segmento em supremacia (CONSELHO NACIONAL DE SECRETARIAS MUNICIPAIS DE SAÚDE, 2009).

O art. 14-A da Lei 8.080 (BRASIL, 1990a), mandado incluir por força da Lei 12.466 de 2011, parece ter resolvido a questão quando discrimina em seus três incisos as atribuições da CIB e da CIT, isto é, são fóruns de pactuação entre os gestores a partir daquilo que já foi definido nos respectivos planos de saúde e validado pelos conselhos de saúde de cada nível. A discussão é operacional, de execução, quem faz o que, quando e onde, como se organizam a regionalização e hierarquização dos serviços, as referências, etc, por isso se dá apenas entre os gestores, a partir da decisão política que já foi tomada com a chancela do conselho de saúde, na medida em que o conselho não executa ações de saúde, apenas decide quanto às prioridades, planejamento, e fiscaliza a execução que é feita pelo gestor.

Outra questão de se anotar é a da regionalização. Segundo as prescrições do Dec. 7508/2011, foram criadas mais de 400 regiões de saúde no País, no Rio Grande do Sul 30, que congregam vários municípios, até mesmo de estados diferentes, com o fito de otimizar os recursos e a capacidade de produção de serviços o mais próximo possível do usuário. Contudo, ainda que as normativas do SUS prevejam um Planejamento Regional Integrado (PRI) não há o correspondente conselho regional de saúde (embora se tenha notícia de leis estaduais e municipais que previram conselhos regionais e distritais de saúde), pois o conselho pertence ao ente federado e a região não ostenta esta qualidade. Sendo assim, as necessidades do PRI devem ser consignadas no Plano Estadual de Saúde a ser aprovado pelo Conselho Estadual de Saúde, bem como em cada Plano Municipal de Saúde devem ser explicitadas as diretrizes necessárias à articulação regional da Rede de Atenção à Saúde (RAS) devidamente aprovadas pelo respectivo Conselho Municipal de Saúde (CONSELHO NACIONAL DE SECRETARIAS MUNICIPAIS DE SAÚDE, 2019).

Parece claro que a principal atividade do conselho em cada nível é a confecção e validação do respectivo plano de saúde, nos termos do art. 36 da Lei 8.080 (BRASIL, 1990a), porém sua intervenção não se esgota aí, só a legislação

federal estabelece várias outras oportunidades de intervenção obrigatória dos conselhos para a legitimação da execução da ação de saúde pretendida, como se exemplifica nos parágrafos adiante.

A mesma Lei 8.080 (BRASIL, 1990a) prevê que, para a dispensação de medicamentos, na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, de forma suplementar, no âmbito de cada município, essa responsabilidade seja pactuada pelo Conselho Municipal de Saúde, nos termos do inciso III do art. 19-P, na redação que lhe deu a Lei 12.401/2011. Esse é mais um debate que se gostaria de ver nas ações que reivindicam medicamentos não constantes nas listas do SUS, já passados tantos anos da alteração legislativa, e de que não se tem notícia. Já em seu art. 33, há a previsão de que os recursos financeiros do SUS, sejam eles próprios ou oriundos de transferências intergovernamentais, devam ser depositados em conta especial (fundo de saúde) e movimentados sob a fiscalização do respectivo conselho, pois de outro modo o controle social não teria como avaliar se os gastos públicos em saúde correspondem efetivamente ao planejado.

A Lei Complementar 141 (BRASIL, 2012), que regulamenta o §3º do art. 198 da Constituição e define o que são gastos com ações e serviços públicos de saúde, isto é, que despesas podem ser consideradas nos percentuais mínimos constitucionais de comprometimento de recursos com saúde, determina que as ações de saneamento básico, que não são propriamente ações de saúde nos termos do art. 200 da Constituição, ainda que condicionantes e determinantes da saúde nos termos do art. 3º da Lei 8.080 (BRASIL, 1990a), mas de cuja execução o SUS poderá participar, condiciona esta participação, e a respectiva inclusão no cálculo do percentual orçamentário em saúde, à aprovação de tudo isso pelo respectivo conselho de saúde (inciso VI do art. 3º).

Segundo o §1º do art. 19 da mesma lei, a forma de rateio dos recursos estaduais para os municípios pactuada pelos gestores, que deve ser feito diretamente aos fundos municipais de saúde regularmente (art. 20), deverá ser aprovada pelo Conselho Estadual de Saúde. Segundo o § 4º do artigo 30, cabe aos conselhos de saúde deliberar sobre as diretrizes e metas que comporão os planos e metas regionais decorrentes das pactuações intermunicipais e interregionais que comporão os planos e metas anuais do Estado. Também cabe aos conselhos, municipal e estadual, avaliar o relatório quadrimestral da execução de ações de saúde do respectivo gestor (art. 36, § 1º), bem como do relatório anual de gestão do

respectivo nível (art. 36, §2º). Cabe também aos conselhos avaliar a programação anual do plano de saúde antes que ela seja enviada para inclusão na lei de diretrizes orçamentárias do exercício correspondente (art. 36, §2º).

Ainda, nos termos do art. 38 da Lei Complementar 141 (BRASIL, 2012) cabe aos conselhos auxiliar o Poder Legislativo na fiscalização das normas financeiras instituídas por ela, além da avaliação quadrimestral do impacto da ação de saúde nas metas planejadas indicando ao gestor as atividades necessárias para a correção de rumos (art. 41). Por fim esta lei determina que os indicadores de impacto para avaliação da qualidade dos serviços públicos de saúde propostos pela União à guisa de cooperação técnica devem ser avaliados pelos conselhos (art. 43, § 1º).

Portanto, não é pouca a importância dada pelo legislador Constitucional e ordinário à participação social via conselho para a legitimação da política pública de saúde, nem foram poucas as tarefas reservadas a estes órgãos pela legislação para o cumprimento desse mister. Daí que o gestor e o intérprete dessas regras não podem simplesmente ignorar tais fatos no momento de aplicá-las.

#### 4.1.2 O papel interventivo do CONASS e do CONASEMS

Desde a edição da Lei 8.142 (BRASIL, 1990b), o Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde (CONASS) e o CONASEMS foram instituídos como integrantes do Conselho Nacional de Saúde (§3º do art. 1º da Lei 8.142/90) no segmento representantes do governo, tendo sido reconhecidos como representantes dos governos estaduais e municipais expressamente pelo artigo 14-B e seus parágrafos da Lei 8.080 (BRASIL, 1990a), na redação que lhe deu a Lei 12.466 de 2011.

O Decreto 5.839, de 11 de julho de 2006, que regulamenta a composição do Conselho Nacional de Saúde, garante uma vaga para o CONASS, e uma para o CONASEMS, dentre os cinquenta por cento das vagas destinadas ao segmento governo, profissionais de saúde e prestadores de serviço de saúde.

O Dec. 7508 de 2012, que regulamentou a Lei 8.080 (BRASIL, 1990a), instituiu as comissões intergestores para a articulação interfederativa, abrindo a possibilidade de o CONASS e o CONASEMS, indicarem os representantes dos estados e dos municípios para integrarem a CIT – no âmbito da gestão nacional do SUS, e a CIB, no espaço de administração estadual do sistema de saúde.

A CIT foi instituída pela a Portaria nº 1.180/GM/MS, de 22 de julho de 1991, com o objetivo de discutir e elaborar propostas para implantação e operacionalização do SUS. Hoje, segundo seu regimento interno aprovado pela Portaria nº 2670 de 03/11/2009 / MS - (D.O.U. 04/11/2009), funciona com 21 representantes, sendo sete indicados pelo Ministro da Saúde, sete indicados pelo CONASS e sete indicados pelo CONASEMS.

A garantia de serviços públicos de atenção saúde é compartilhada tanto financeiramente quanto executivamente pelos três níveis de governo, nos termos das competências constitucionais postas no art. 23, inciso II, quanto nos ats. 195, 196 e 198, todos da Constituição de 1988, daí que a articulação interfederativa torna-se um requisito indispensável para o bom desempenho dessa função, donde sobressai a importância dessas comissões para a pactuação das ações e de seu financiamento e, especialmente na CIT, a prevalência do CONASS e do CONASEMS que juntos detêm dois terços de seus integrantes. E as atribuições, e gravidade da intervenção, não são poucas, como se vê dos artigos 30, 31 e 32 do Dec. 7508/2011, pois cabe a elas nada menos que; a) negociar todos os aspectos de execução financeira e administrativa do SUS de acordo com os planos de saúde aprovados nos respectivos níveis; b) estabelecer todas as diretrizes da regionalização da saúde como limites geográficos, integração das ações, referência e contrarreferência, com o fim de garantir a integralidade da atenção; c) organização da Rede de Atenção à Saúde - RAS, sua gestão institucional e integração dos serviços; d) responsabilidades dos entes, a partir de seu porte demográfico e capacidade financeira, para gestão e financiamento individual, bipartite ou tripartite da RAS; e) estabelecer as referências entre as regiões intra e interestaduais.

Além disso, é competência exclusiva da CIT, de acordo com o parágrafo único do art. 32 do Dec. 7508/2011, pactuar as diretrizes gerais para a confecção da RENASES. Ora, a RENASES é, nada menos, que a Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde, isto é, elenca todos os itens que podem ser ofertados ao cidadão à guisa de garantia do direito à saúde. Também decide a CIT com exclusividade sobre os critérios para o planejamento integrado das regiões de saúde, hoje são 438 regiões no país inteiro, e 30 só no Rio Grande do Sul; e ainda da pactuação das diretrizes nacionais, do financiamento e operacionalidade das regiões de saúde nas fronteiras com outros países, observadas as regras de direito internacional.

Apenas como exemplo do poder de intervenção da CIT, e por conseguinte do CONASS e do CONASEMS, citam-se as resoluções número 23 de 2017 e 37 de 2018 deste colegiado, que instituíram nas CIBs os Comitês Executivos de Governança das (RAS) nas macrorregiões de saúde. Tais comitês, de caráter técnico, devem monitorar, acompanhar e avaliar o funcionamento da RAS identificando eventuais defeitos de funcionamento e propondo alternativas para a adequada operação da rede. Segundo as regras, os comitês terão composição e funcionamento regulados pela CIB, mas devem garantir a presença dos diversos atores envolvidos na prestação de saúde, inclusive do Ministério da Saúde, indispensável na administração das questões de alta complexidade e de vigilância em saúde. Os comitês servem de apoio técnico para a tomada de decisão da CIB na macrorregião, sobre as questões indispensáveis à implementação da RAS e efetivação dos acordos pactuados tanto na CIB quanto na Comissão Intergestores Regional (CIR) (CONSELHO NACIONAL DE SECRETARIAS MUNICIPAIS DE SAÚDE, 2019).

O CONASS (2019), segundo seus estatutos, é uma associação civil sem fins lucrativos formada pelos secretários de saúde dos estados e do Distrito Federal, cuja fundação remonta a 3 de fevereiro de 1982, e tem por objetivos representar as secretarias nas instâncias de gestão compartilhada do SUS, além de prestar assessoramento técnico às secretarias no que toca à gestão do SUS, promover a capacitação e pesquisa para o aperfeiçoamento do sistema, informar a sociedade sobre as posições técnicas e políticas das secretarias de estado, difundir informações e conhecimento e incentivar a inovação e a troca de conhecimento sobre boas práticas.

A ideia de formação do conselho veio de uma reunião de secretários estaduais de saúde ocorrida no ano de 1982 em Curitiba, donde foi eleito o então Secretário Estadual de Saúde de São Paulo, Adib Jatene, que depois viria a ser Ministro da Saúde, para ser seu primeiro Presidente. A preocupação de então dos secretários, e, por conseguinte, do CONASS, era de como obter dos governadores de estado o compromisso com a implantação do lema da Convenção de Alma-Ata de 1978 “Saúde para todos até o ano 2000 [...]” (ROSA, 2017, p. 17).

A partir disso o CONASS passa a ter importante participação em todos os grandes momentos de construção do SUS e da política nacional de saúde, como a VIII conferência Nacional de Saúde de 1986, na criação da CIT em 1991, na

confeção das NOB – SUS 01 de 1991,1993, e 1996, nas NOAS de 2001 e 2002, no Pacto pela Saúde de 2006, luta pela regulamentação da Emenda Constitucional 29 de 2000, dentre outras (ROSA, 2017).

No eixo apoio técnico, criou câmaras técnicas nas mais diversas áreas de atuação da gestão do SUS com o objetivo de qualificar e capacitar o pessoal das secretarias estaduais de saúde no desempenho de suas funções. Também propõe o desenvolvimento científico e intelectual a partir de publicações como a Revista Consensus, da Coletânea Direito à Saúde e de projetos de que são exemplos o CONASS Debate, Programa de Apoio às Secretarias de Saúde e Acervo Bibliográfico do SUS em um Clique, com o fito de debater temas importantes do setor saúde e a sustentabilidade do SUS (ROSA, 2017).

O CONASEMS (2009) tem personalidade jurídica idêntica ao CONASS e representa o ente municipal nas instâncias de pactuação interfederativa do SUS. Suas atividades, objetivos e finalidades também são análogos aos do CONASS, só que voltados à participação das secretarias municipais e dos COSEMS, Conselhos de Secretarias Municipais de Saúde, no nível dos Estados, especialmente na operacionalização das CIBs. As CIBs foram institucionalizadas pela Norma Operacional Básica nº 1 de 1993 e instaladas em todos os estados do País. A origem do CONASEMS remonta a uma reunião de setenta e sete secretários municipais de saúde que se fizeram presentes na VIII Conferência Nacional de Saúde em Brasília no ano de 1986, e seu estatuto foi aprovado no dia 12 de abril de 1988 no 5º Encontro Nacional de Secretários Municipais de Saúde em Olinda, onde foi aprovada a ata de fundação e eleita a primeira diretoria no dia seguinte.

Os COSEMS, assim como o CONASS e o CONASEMS também exerce importante papel no fortalecimento da participação municipal no planejamento ascendente das ações e serviços públicos de saúde (CONSELHO NACIONAL DE SECRETARIAS MUNICIPAIS DE SAÚDE, 2019).

Essa conformação, vertical ascendente e horizontal, das políticas públicas de saúde irá implicar, também, os arranjos financeiros e a fiscalização orçamentária na execução da ação pública de saúde, sendo necessário, desse modo, informar-se de como o legislador, tanto o Constitucional quanto o ordinário, a partir das pressões da esfera pública, disciplinou a questão, em que documentos devem constar as previsões orçamentárias, de que documentos se retiram os itens que compõem a

despesa de saúde e o que deve ser considerado nessa despesa, como se descreverá nos quatro próximos itens do capítulo.

#### **4.2 A forma de financiamento da saúde nos entes federativos**

O parágrafo primeiro do artigo 198 da Constituição, determina que o SUS seja financiado pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, por meio de seus respectivos orçamentos de seguridade social, que se formam a partir das fontes de custeio discriminadas no art. 195, ou seja, a partir de receitas geradas pela sociedade diretamente para a seguridade social, como as contribuições previdenciárias, indiretamente por meio dos impostos em geral, e de contribuições especialmente instituídas para isso e das já discriminadas nos incisos e parágrafos do art. 195, tudo nos termos das leis tributárias

O artigo 30, inciso VII, da Constituição instituiu a obrigatoriedade de a União e os Estados contribuírem financeiramente, isto é, a partir de suas receitas orçamentárias, e tecnicamente com os Municípios para a execução, por estes, das ações e serviços de saúde, imposição que decorre do art. 198, II e da regulamentação deste pelos artigos 13, §2º, e 17 da Lei Complementar 141 (BRASIL, 2012; PINTO, 2016).

Quando da promulgação da constituição havia uma expectativa de que se utilizassem ao menos 30% do orçamento da seguridade social para a saúde, na medida em que o art. 55 do ADCT determinava que assim se procedesse até que fosse aprovada a lei de diretrizes orçamentárias. Tal expectativa nunca se realizou, como aliás, nenhuma das outras implantadas seja pela Emenda Constitucional 29/2000, seja pela Lei 141/2012, seja pela Emenda Constitucional 86/2015 (ainda vigente e que manda a União aplicar 15% de suas receitas em saúde, art. 198, §2º, inciso I), porque a União jamais gastou os mínimos constitucionais em saúde. Apenas a título exemplificativo, toma-se a Lei 13.115, de 20 de abril de 2015, orçamento da União para aquele exercício, que estimou a despesa em 2.8 trilhões de reais (art. 3º) e 797 bilhões para a seguridade social. Trinta por cento disso equivaleria a 239 bilhões, quando a união empenhou naquele ano pouco mais de cem bilhões em saúde (PINTO, 2016). Isso equivale a 3,5% do orçamento da União, muito distante de qualquer critério constitucional ou legal para a fixação de gastos do

órgão central da federação com saúde, especialmente dos 15% previstos pela Emenda Constitucional 86.

A auditoria de Governança do SUS realizada pelo Tribunal de Contas da União (TCU), aprovada pelo Acórdão 2888/2015, a partir dos dados do Relatório Resumido de Execução Orçamentária da Secretaria do Tesouro Nacional, apurou que o governo federal liquidou, efetivamente, no item saúde, no período de 2005 a 2014, um percentual próximo a 5% em relação ao total de gastos liquidados pela União no mesmo período, sendo que no período de 2005 a 2009 os percentuais caíram de 6% para 4,59 %, e em 2014 esse percentual foi de 5,48% (BRASIL, 2015, p.11). Isto equivale a dizer que o determinado na Emenda Constitucional 29/2000, que mandava a União aplicar o empenhado no exercício anterior corrigido pela variação nominal do PIB se positiva, mesma determinação que depois constou na Lei Complementar 141 (BRASIL, 2012), nunca foi cumprido. A pergunta que fica é onde estão os apontamentos do TCU, as rejeições de contas pelo Legislativo, ou as condenações a rever as inconstitucionalidades das leis orçamentárias pelo Judiciário?

O desmantelamento da garantia de recursos para a saúde começa quando a Emenda Constitucional 20 de 1998 vinculou as contribuições sociais do art. 195 de empregadores e trabalhadores para a garantia do pagamento dos benefícios da previdência social, anulando, desse modo, o disposto no art. 55 do ADCT. A partir daí a saúde ficou sem fonte de custeio específico até a edição da Emenda constitucional 29 de 2000, que delegou à lei complementar nela prevista, que deveria ser editada imediatamente e revista a cada cinco anos. Não fosse a referida emenda ter previsto uma forma de transição até que a lei complementar fosse promulgada, os orçamentos de saúde ficariam sem uma vinculação legal, na medida em que a lei complementar só foi promulgada em 2012 (Lei Complementar 141). Contudo, nem isso garantiu um mínimo de financiamento para a saúde, pois como já se disse um pouco antes, a União nunca comprometeu recursos significativos em saúde, cerca de 3,5% do orçamento em 2015, e nada muito diferente disso nos demais exercícios.

No caso do Estado do Rio Grande do Sul nunca se alcançou o patamar de 12% do orçamento como preconizado na Emenda Constitucional 29/2000 ou na Lei Complementar 141 (BRASIL, 2012), o que não impediu que as prestações de constas do executivo fossem aprovadas pelos órgãos de controle externo

(Parlamento e TCE, por exemplo), dado que nos exercícios em que se atingiu tal patamar foi por meio da inclusão de gastos que não poderiam ser computados como ações e serviços de saúde nos termos da legislação em vigor, tanto que houve questionamento judicial desses orçamentos por parte do Ministério Público <sup>15</sup>.

Somente no ano de 2016 é que a União veio a ter um compromisso percentual com gastos em saúde, na medida em que a Emenda Constitucional 86 de 2015 alterou o inciso I do § 2º do art. 198 da Constituição para estabelecer um patamar mínimo de 15% da receita corrente líquida, mas o art. 2º da citada emenda estabelecia uma progressividade, que começava em 13,2% para o ano de 2016, sendo acrescido de 0,4 ou 0,5 ponto percentual por ano até atingir o mínimo de 15% em 2020. Este art. 2º da Emenda Constitucional 86 foi revogado pelo art. 3º da Emenda Constitucional 95 de 2016, a chamada emenda do congelamento de gastos do executivo federal, que não alterou, contudo, o art. 1º da Emenda constitucional 86, donde ter-se-ia, ao menos um aparente conflito de normas. Aliás o conflito já se estabelecera com a progressividade de 13,2% que segundo sustenta Pinto (2016) já representava regresso em relação ao disposto na EC 29/2000, ou seja, à obrigação de a União aplicar, no mínimo, o empenhado no exercício anterior acrescido da correção nominal do PIB se positiva. Tal regressividade, que afronta o princípio da impossibilidade de retrocesso na proteção dos direitos humanos, tem sido objeto de questionamento em ações diretas de inconstitucionalidade que tramitam no Supremo Tribunal Federal, com por exemplo, as ADI 5595 e 5680.

O diagnóstico de subfinanciamento da saúde e da falta de articulação entre os três níveis de governo brasileiro já foi objeto do Acórdão 2888/2015 do TCU, sem que, contudo, as instâncias deliberativas do SUS consigam entabular de forma adequada e segura a divisão das tarefas e responsabilidades de custeio das ações e serviços de saúde que são devidos ao cidadão, como prescrevem as regras de financiamento constitucionais e infraconstitucionais (art.198, §3º, II da Constituição de 1988, art. 17 da Lei Complementar nº 141/2012, ou mesmo o art. 36 da Lei 8.080/90). Some-se a isso o fato de o governo nacional vir diminuindo, paulatinamente nas últimas décadas, o comprometimento de gastos do seu orçamento com ações e serviços de saúde, o que se observa pelo fato de não ter

---

<sup>15</sup> Ações civis públicas 001/1.05.2334881-2, orçamento do Estado do RS do ano de 2003; 001.1.05.0551117-0, 2004 e 2005; 001/1.08.0007258-1, 2006; 001/1.09.0349306-7, 2007; 001/1.10.0043880-6, 2008; 001/1.11.0009385-1, 2009; 001/1.12.0110398-4, 2010; 001/1.13.0309431-3, 2011; 001/1.15.0061773-4, 2013.

imposto a si percentuais mínimos de comprometimento de receitas na Emenda Constitucional 29/2000, fato que se agravou com a edição das emendas constitucionais 86/2015 e 95/2016, além de nunca ter comprometido um percentual suficiente (cerca de 6% de suas receitas, no máximo, o que chega a ser menos da metade dos percentuais impostos a municípios e estados), além do que, alguns estados, incluíam nos percentuais mínimos de gastos com saúde despesas que não poderiam ser consideradas como tal, com o beneplácito dos tribunais de contas e até da justiça, sobrecarregando os municípios até mesmo com demandas judiciais (PINTO, 2017).

Depois, a União ainda desvirtua o apoio financeiro que deve aos entes subnacionais, condicionando parte das transferências à adesão à programas determinados pelo Ministério da Saúde. Como se sabe, desde 1990, havia determinação de que as verbas da saúde circulassem nos respectivos fundos (§1º do art. 33 da Lei 8.080/90), e de que as transferências para estados e municípios fossem feitas fundo a fundo, automática e regularmente (art. 3º da Lei 8.142/90), e até a edição da Lei Complementar 141 (BRASIL, 2012), metade dos recursos destinados a cobertura das ações e serviços de saúde era transferida “per capita” (§1º do art. 35 da Lei 8.080/90), e a outra metade via incentivos a programas do Ministério da Saúde.

Daí que essas transferências ocorrem de forma direta, ou seja, para custeio direto de serviços prestados ou convênios específicos com entidades ou entes federativos, ou transferências fundo a fundo, onde o ente que recebe a verba aplica de acordo com o seu plano de saúde. Essas transferências, até dezembro de 2017 foram efetuadas em seis blocos de financiamento: 1) Atenção Básica; 2) Atenção de Média e Alta Complexidade Ambulatorial e Hospitalar; 3) Vigilância em Saúde; 4) Assistência Farmacêutica; 5) Gestão do Sistema Único de Saúde; e 6) Investimentos na Rede de Serviços de Saúde.

Estes blocos foram subdivididos em diversas formas de incentivo, com regras peculiares estabelecidas em portarias que foram consolidadas na Portaria de Consolidação Nº 6/2017 em mais de 1200 artigos, definindo critérios para adesão de municípios e estados aos convênios, além de padrões importantes de qualidade técnica, porém tal volume de exigências, especialmente para os municípios menores, por vezes criava barreiras intransponíveis, seja por não terem pessoal capacitado para interpretação e aplicação das diversas regras, desenvolvimento dos

projetos e implantação dos serviços, e, até mesmo, falta de capacidade financeira para custear as contrapartidas exigidas pela União (BRASIL, 2015). Isso fez com que vários municípios não aderissem às propostas da União, ficando 5,7 bilhões de reais parados nas contas dos municípios em 2016, e cerca de 7 bilhões em 2017 (BRASIL, 2017). Um verdadeiro absurdo, se por um lado a saúde enfrenta problemas por falta do comprometimento de um volume adequado de recursos da União, por outro os recursos disponibilizados por ela não são aplicados por causa das inúmeras exigências para a realização da despesa.

E ao que parece, mesmo com a edição da Portaria GM/MS 3992/2017, que reduziu os blocos de financiamento para: I - Bloco de Custeio das Ações e Serviços Públicos de Saúde; e II - Bloco de Investimento na Rede de Serviços Públicos de Saúde, não haverá grandes alterações, pois o restante da Portaria de Consolidação Nº 6 de 2017, continua vigendo, pois dos seis blocos de financiamento antes referidos cinco foram agrupados no primeiro inciso, e o sexto virou o segundo inciso, portanto a tendência é de que a fragmentação da política de saúde produzida pela forma de financiamento por incentivos da União se mantenha. Isso faz com que o Ministério, por sua vez, tenha que manter uma estrutura de secretarias e departamentos específicos para dar conta de cada linha de incentivo, dificultando a integração dos diversos setores numa orientação que contemple as diversas abordagens da atenção em saúde com coerência (BRASIL, 2018).

Outro aspecto importante desse tipo de financiamento foi apontado por uma avaliação da Confederação Nacional dos Municípios em nove programas do Ministério da Saúde cujo repasse federal não seria capaz de custear 50% da ação. Neste caso, municípios com baixa capacidade financeira não tiveram como aderir aos programas, e, portanto, ficaram sem os recursos, por não poderem comprovar a capacidade municipal de arcar com a parte de recursos que lhe cabia, isso acaba mantendo ou agravando as desigualdades sociais e regionais, mostrando-se um “estado de coisas inconstitucional”, na contramão dos objetivos fundamentais do inciso III do art. 3º da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988a, p. 26).

Não há como cumprir com as determinações do art. 196 da Constituição, e com a governança dos três níveis de administração do SUS, sem que o nível nacional cumpra com sua parte no rateio do financiamento, o que também dificulta e atrasa a progressiva redução das disparidades regionais previstas no inciso II do §3º do art. 198 da Constituição. O § 1º do art. 17 da Lei Complementar 141

(BRASIL, 2012) é mais uma tentativa de reduzir essa disparidade, indo ao encontro da necessidade de pactuação das responsabilidades e obrigações de cada nível de gestão do SUS (nacional, regional e local), através da CIT e com aprovação do Conselho Nacional de Saúde (ou seja, participação indispensável do controle social para a validação da política pública de saúde), determinando, desse modo, a fonte primária, as grandes diretrizes, do que deveria ser o piso, o mínimo de gastos públicos em ações e serviços públicos de saúde (PINTO, 2017).

Contudo, desde 2003 a União se utiliza, deliberadamente, da estratégia de empenhar os recursos em ações e serviços de saúde e não os realizar, fazendo com que cerca de 15% do orçamento federal em saúde fique em restos a pagar que não são resgatados no próximo exercício financeiro. Isso equivale à burla da determinação de não contingenciamento do orçamento da saúde, como disposto no §2º do art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal e no art. 28 da Lei Complementar 141 (BRASIL, 2012), isto é, há um adiamento reiterado e constante das obrigações financeiras da união com a realização do direito à saúde (PINTO, 2017).

Assim, há que se estabelecer se a lei orçamentária, além de contemplar os percentuais mínimos constitucionais para ações e serviços públicos de saúde, vale e vincula a atuação do gestor público, devendo ser exigida pelos órgãos de controle externo como Tribunais de Contas, Ministério Público e Poder Judiciário, ou se é só mais uma alteração legislativa que representa um fim em si mesma, não alterando, de fato, a realidade.

#### **4.3 O papel do orçamento vinculativo em saúde: engessamento ou garantia de direitos?**

Não há como tratar de direito social, direito eminente prestacional, sem tratar de orçamento. Mais ainda quando se está diante de um direito prestacional social que é garantido por políticas públicas como o direito à saúde (art. 196 da CF, art. 36 da Lei 8.080/90). Bobbio (1992) já advertia que obter o consenso para aprovar determinado direito em lei é relativamente fácil, o problema é traduzi-lo em prática, isto é, contemplá-lo no respectivo orçamento. Portanto, se é difícil traduzir um consenso em orçamento, sua executoriedade deve ser obrigatória.

Contudo há diversos problemas a entravar a interpretação dessa realidade. Começa-se pelo Executivo que, por vezes, elabora um orçamento que não

contempla as prioridades constitucionais nem o equilíbrio entre receita e despesa, desconfigurando-o, depois, com os remanejamentos de verbas e rubricas. Já o Legislativo, aprova a proposta orçamentária apresentada pelo executivo, mas não fiscaliza sua execução, como se o orçamento fosse um “[...] cheque em branco [...]” para o executivo. Depois um Judiciário que concretiza direitos sociais e individuais sem, sequer, considerar a existência da lei orçamentária, como se o orçamento não fosse lei, e/ou se o juiz estivesse acima dela, não há como o Estado Democrático de Direito funcionar dessa maneira (LEITE, 2011, p.13).

Difícil, também, concretizar direitos sociais sem recursos. Logo quem de fato se preocupa com a concretização desses, deveria zelar pela autoridade da lei orçamentária. No caso da saúde, especialmente, onde há toda uma normativa constitucional e infraconstitucional para a construção do orçamento, com ampla participação comunitária por meio das instâncias respectivas, competindo ao Executivo fazer o debate comunitário para traduzir esses consensos em orçamento, ao Legislativo só aprovar aquilo que, de fato, contemple essas normativas e fiscalizar sua execução, e ao Judiciário considerar a lei orçamentária no momento de concretizar o direito à saúde e, especialmente, não modificar a lei orçamentária e as políticas nela consagradas deferindo demandas individuais que, por vezes, sequer se teria orçamento para estender o benefício a todos os que se encontrassem na mesma situação (LEITE, 2011).

O orçamento público tem natureza de lei em sentido formal e material, na medida em que lei é qualquer ato legislativo que decorra da participação política popular tanto para regular o poder do Estado quanto para disciplinar as relações entre os cidadãos. E mesmo naqueles momentos em que a Constituição usa a expressão “autorização” referindo-se à lei orçamentária (CF, art. 165, §8º, art. 167, por exemplo) disso não decorre haja facultatividade para o governo no sentido de cumprir ou não cumprir ao seu talante a lei orçamentária, mesmo porque o art. 174 da Constituição estabelece que para o setor governamental o planejamento é determinante. Mais, a execução orçamentária também se submete aos modais deônticos de: a) **obrigatoriedade**, a União e os municípios aplicarão no mínimo 15% de suas receitas em ações e serviços de saúde e os Estados no mínimo 12% (CF art. 198, § 2º e 3º, Lei complementar 141 (BRASIL, 2012), arts. 6º e 7º); b) **proibição**, é vedada a destinação de recursos públicos para a subvenção de instituições com fins lucrativos (CF, art. 199, § 2º), é vedado o pagamento de

despesas não previstas nos planos de saúde (Lei 8.080/90, art. 19-T, art. 36, § 2º); c) **necessidade de permissão**, é permitida a contratação de instituições privadas para, de forma complementar, participarem do SUS (cf. art. 199, § 1º). Se o orçamento é lei, não é recomendação, conselho, portanto deve ser cumprido (LEITE, 2011).

O legislador constituinte originário e derivado identificou que as duas principais formas de realizar os objetivos da nação brasileira que se estruturava a partir de 1988 eram as garantia de, primeiro, educação, e por isso colocou na Constituição (art. 212) gastos mínimos de dezoito por cento para a União e vinte e cinco por cento para os demais entes; depois saúde, colocando o percentual de quinze por cento para a União e municípios e doze por cento para os demais níveis de governo (CF art. 198, §§ 2º e 3º, nas redações das emendas constitucionais 29/2000 e 86/2015). Portanto se saúde e educação constituem prioridades, essas prioridades devem estar representadas, também e especialmente, no volume de recursos que se aloca para fazer frente a estas garantias. Portanto são verbas vinculadas a regras pré-orçamentárias que servem de norte conformador do orçamento. E não estamos falando de qualquer regra, são regras constitucionais. Portanto, representam uma vinculação do poder público à realização de um objetivo fundamental só alcançável a partir da concretização desses direitos e não engessamento do administrador ou de seu programa de governo.

A Emenda Constitucional 86/2015, também conhecida como emenda do orçamento impositivo, é outra tentativa confusa, e contraditória, de fazer com que a União de fato comprometa verbas minimamente suficientes com ações e serviços de saúde. Confusa porque a parte que realmente passou para o senso comum como impositiva é o § 11 do art. 1º que determina que as emendas parlamentares ao orçamento até o percentual de 1,2% deste são obrigatórias (§ 9º), desde que metade disso seja aplicado em ações e serviços de saúde, menos para pagamento de pessoal, independentemente de anuência do ente federativo a que se destine a aplicação dos recursos (§ 13), ou seja o que é obrigatório é a garantia de manutenção da base eleitoral do parlamentar com verba extra do orçamento da União, e toda a programação ascendente do SUS para orçamentação e execução financeira, os planos de saúde dos respectivos níveis são só um detalhe.

Depois, a forma como a emenda está redigida, também passa a ideia de que a lei, especialmente em um estado democrático de direito, não é toda obrigatória,

não é inteiramente impositiva, é uma mera declaração de propósitos, ou seja, tecnicamente falando não é lei. Veja-se, a ideia central é aumentar as verbas para a saúde e, contraditoriamente, o art. 3º da emenda, autoriza a União a incluir no cômputo dos gastos mínimos com saúde as verbas transferidas a título de compensação financeira pela exploração de óleo e gás do art. 20, § 1º, da CF, que havia sido proibido pelo art. 4º da Lei 12.858/2013 (SANTOS, 2016).

Outro aspecto, é que o art. 2º da Emenda 86 estabeleceu uma progressividade, para os cinco exercícios seguintes à sua promulgação, até atingir o patamar de 15% da receita corrente líquida, conforme redação que deu ao inciso I do §2º do art. 198 da CF. Este art. 2º da Emenda 86 foi revogado pelo art. 3º da Emenda Constitucional Nº 95/2016, a chamada emenda do congelamento de gastos da União por vinte anos. Contudo, revogada a progressividade, passou a ter vigência, ao menos a partir do exercício de 2017, o inciso I do § 2º do art. 198 da Constituição, ou seja, ainda que nunca tenha passado nem perto disso, a União deveria ter comprometido, a partir dali, pelo menos 15% de sua receita corrente líquida com ações e serviços públicos de saúde assim classificados conforme os requisitos da Lei Complementar 141 (BRASIL, 2012).

Desse modo há uma forma impositiva que é pré-orçamentária, que deve ser observada no plano plurianual ao transformar as políticas públicas legalmente confeccionadas para a garantia desses direitos em programas de ação, cujo vínculo no nível de execução dar-se-á a partir da elaboração do orçamento anual (LEITE, 2011).

De nada adianta, portanto, colocar-se como garantia de um direito fundamental social do tipo saúde o dever de gastar X% das receitas Y para concretizá-lo, se isto, uma vez convertido em orçamento público anual, que decorreu das diretrizes orçamentárias e do plano plurianual (art. 165 da CF), isto é, do planejamento que para o setor público é obrigatório (CF, art. 174), puder ser mitigado ao alvedrio do chefe do executivo de plantão. Isso é desvio de finalidade, aplicar recursos públicos de modo diverso do previsto em lei. O mesmo raciocínio cabe para a decisão judicial que, à guisa de concretizar individualmente direito fundamental social manda realizar despesa não prevista na respectiva política pública e, por isso mesmo, não prevista no orçamento.

O orçamento é uma lei impositiva que vincula toda a administração pública ao cumprimento dos planos política, administrativa e comunitariamente estabelecidos,

onde há toda uma conformação legislativa (Lei 8.080/90 art. 36; Lei 8.142/90; CF, art. 198, art. 196; LC 141/12) que precisa ser observada para sua confecção, devendo o Poder Legislativo, o Poder Judiciário e a comunidade zelar pela sua correta execução.

A lei orçamentária tem autoridade que implica a sua observância em qualquer caso, mas, e especialmente, deve o administrador respeitar seu conteúdo e cumprir os deveres a ele impostos pelo orçamento, não alterando unilateralmente a alocação de verbas feita pelo legislativo e pela comunidade; o judiciário deve respeitá-lo não impondo a ele alterações ainda que à guisa de proteção de direitos sociais (LEITE, 2011).

Essas disposições legais foram conquistadas mediante ampla pressão popular que, desde a Assembleia Nacional Constituinte, passando pelos vetos do Presidente Collor à Lei 8.080 (BRASIL, 1990a), só teve eco a partir da Emenda Constitucional Nº 29, como se verá no próximo item. Logo, merecem reconhecimento pelos aplicadores.

#### **4.4 A Emenda Constitucional nº 29 e suas implicações para os orçamentos de saúde**

Desde a Comissão Nacional de Reforma Sanitária, criada em 1986 por recomendação da VIII Conferência Nacional de Saúde, se tentou vincular verbas específicas para o financiamento da saúde no país. A referida comissão tentou incluir, sem êxito, na Constituição de 1988, um percentual equivalente a 10% do Produto Interno Bruto para o custeio das ações e serviços públicos de saúde, debate que se estendeu por toda a década de 1990 (SANTOS, 2016).

A Emenda Constitucional Nº 29, de 13 de setembro de 2000, veio corrigir essa omissão do legislador constituinte de 1988, que obrigou os três níveis de governo a aplicar percentual mínimo de suas rendas no desenvolvimento do ensino, não fazendo o mesmo em relação à saúde, outro direito humano tão importante quanto a educação.

A emenda transformou o parágrafo único do art. 198 da Constituição de 1988 em parágrafo primeiro, acrescentando-lhe dois outros parágrafos do seguinte teor:

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I – no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º;

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

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

§ 3º Lei Complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I – os percentuais de que trata o § 2º;

II – o critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III – as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;

IV – as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União.

(BRASIL, 1988a)

Ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias acrescentou-se o art. 77, para que se pudesse fazer a transição do “status” vigente até então para o da nova norma, evitando-se, de igual modo, a ausência de regulação enquanto a Lei Complementar citada no § 3º não fosse editada, nos seguintes termos:

Art. 77. Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes:

I – no caso da União:

a) no ano de 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento;

b) do ano de 2001 ao ano de 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto – PIB;

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, doze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, I, a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; e

III – No caso dos Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, I, b e § 3º.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que aplicarem percentuais inferiores aos fixados nos incisos II e III deverão elevá-los gradualmente, até o exercício financeiro de 2004, reduzida a diferença à razão de, pelo menos, um quinto por ano, sendo que, a partir de 2000, a aplicação será de pelo menos sete por cento.

§ 2º Dos recursos da União apurados nos termos deste artigo, quinze por cento, no mínimo, serão aplicados nos Municípios, segundo o critério populacional, em ações e serviços básicos de saúde, na forma da lei.

§ 3º Os recursos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinados às ações e serviços públicos de saúde e os transferidos pela União para a mesma finalidade serão aplicados por meio de Fundo de

Saúde que será acompanhado e fiscalizado pelo Conselho de Saúde, sem prejuízo do disposto no art. 74 da Constituição Federal.

§ 4º Na ausência da lei complementar a que se refere o art. 198, § 3º, a partir do exercício financeiro de 2005, aplicar-se-á à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o disposto neste artigo. (BRASIL, 2000)

A Emenda Constitucional Nº 29/2000, posto não atendesse adequadamente aos anseios e projetos dos envolvidos no setor de saúde pública, foi comemorada pelos participantes da XI Conferência Nacional de Saúde, realizada em Brasília de 15 a 19 de dezembro de 2000, como consta de trecho do respectivo relatório no item “Financiamento do SUS”. Segundo o relatório, a emenda abriu novos horizontes quanto às expectativas de valores mais significativos para gastos com saúde, impondo desafios ao controle social quanto ao destino dessas novas verbas, aliás um dos aspectos negativos da emenda apontado pela conferência, pois ali não havia parâmetro claros para determinar quais ações seriam passíveis de enquadramento como gastos efetivos com saúde. Também já se anunciava, a luta de municípios e estados seria intensa, especialmente no que toca à União, para que se garantisse efetivamente o aumento de recursos públicos para a saúde (ARANHA, 2001).

Outra dificuldade levantada pelo relatório da XI Conferência Nacional de Saúde para a aplicação da Emenda Constitucional nº 29, em face da ausência da lei complementar regulamentadora, era a indefinição do que considerar “ações e serviços de saúde” para o computo de gastos públicos, haja vista o universo das atividades públicas que têm ou podem ter relação com a saúde individual e coletiva, além de, naquela época, terem identificado que os Conselhos Municipais de Saúde não tinham uma cultura de fiscalização dos orçamentos de saúde, sendo o controle, em alguns municípios, feito pelas secretarias de fazenda e pelo próprio prefeito (ARANHA, 2001).

A resolução 316 do Conselho Nacional de Saúde supriu a lacuna legal, estabelecendo nas diretrizes quinta, sexta e sétima, as balizas a serem observadas na definição do que se devesse considerar despesa com ações e serviços públicos de saúde e o que, a contrário senso, não se deveria considerar.

Estabeleceu a resolução na quinta diretriz, se poderem considerar como gastos em ações e serviços de saúde aqueles com pessoal ativo e outras despesas de custeio e de capital, relacionadas a programas finalísticos e de apoio, inclusive administrativo, que atendessem, simultaneamente aos critérios de universalidade, igualdade e gratuidade do acesso; estivessem de acordo com os objetivos e metas

fixados nos planos de saúde devidamente atualizados; fossem de responsabilidade específica do setor de saúde, não se confundindo com outras políticas públicas que atuassem sobre determinantes sociais e econômicos ainda que com reflexos sobre a saúde; e, fossem financiadas com os recursos alocados através dos respectivos fundos de saúde.

A sexta diretriz fixa considerarem-se despesas com ações e serviços públicos de saúde as relativas à promoção, proteção, recuperação e reabilitação da saúde e discrimina, exemplificativamente, em dezesseis incisos, ações dessa natureza, quais sejam: vigilância epidemiológica e controle de doenças; vigilância sanitária; vigilância nutricional, controle de deficiências nutricionais; orientação e segurança alimentar promovidas no âmbito do SUS; educação para a saúde; saúde do trabalhador; assistência à saúde; assistência farmacêutica; atenção à saúde de indígenas; capacitação de recursos humanos do SUS; pesquisa e desenvolvimento tecnológico em saúde promovidos por entidades do SUS; produção, aquisição e distribuição de insumos setoriais como medicamentos, imunobiológicos, sangue, hemoderivados e equipamentos; saneamento básico e do meio ambiente, desde que associados ao controle de vetores; serviços de saúde penitenciários; atenção especial aos portadores de deficiência; e, ações administrativas realizadas pelos órgãos de saúde no âmbito do SUS e indispensáveis para a execução das ações indicadas nos itens anteriores. O parágrafo segundo desta diretriz autoriza o computo de pagamentos de juros e amortizações de empréstimos para custear ações e serviços de saúde.

A sétima diretriz enumera, ao contrário, o que não pode ser considerado gasto com ações e serviços públicos de saúde, a saber: pagamento de aposentadorias e pensões; assistência à saúde que não atenda ao princípio da universalidade (clientela fechada); merenda escolar; saneamento básico realizado com recursos provenientes de taxas ou tarifas ou do fundo para erradicação da pobreza; limpeza urbana e coleta de resíduos; preservação e correção do meio ambiente que não for realizado por entidades do SUS; ações de assistência social não vinculadas especificamente à saúde e não realizadas por órgãos do SUS; e as ações e serviços de saúde que, mesmo sendo específicas e realizadas por entidades do SUS sejam custeadas por recursos diversos dos referidos na primeira diretriz. O parágrafo segundo desta diretriz impõe que os recursos oriundos de

operações de crédito para financiamento de ações e serviços de saúde não integrem o montante para o cálculo de recursos mínimos no exercício em que ocorrerem.

As determinações da sétima diretriz parecem óbvias, mas percucientes porque até sua edição o que se viu foi a inclusão, no montante de gastos para o cálculo do percentual mínimo, de despesas como folha de pagamento de aposentados e pensionistas das secretarias de saúde, plano de saúde e até de previdência de funcionários públicos, aos quais, ainda que financiados com recursos do respectivo órgão de Estado, só os funcionários deste tinham acesso, portanto uma clientela fechada que não atende ao princípio do acesso universal.

A Resolução 316/2002 do Conselho Nacional de Saúde foi substituída pela Resolução 322, de 8 de maio de 2003, homologada na centésima trigésima reunião ordinária do conselho, realizada nos dias 7 e 8 de maio de 2003 em Brasília, porém sem alteração substancial de conteúdo, notadamente no que tange às diretrizes aqui referidas, que foram reproduzidas integralmente.

Essas resoluções seriam de observação obrigatória pelos gestores do SUS, porque compõem o arcabouço normativo genérico do sistema, e têm base no exercício do controle social previsto pelo inciso III do art. 198 da Constituição Federal; na Lei 8.080 (BRASIL, 1990a), especialmente no inciso VIII do art. 7º, art. 33 e art. 37; na Lei 8.142/90, principalmente no art. 1º, inciso II e § 2º, e art. 4º, inciso II.

O fato de a Emenda Constitucional 29/2000 ter atrelado os gastos da União com saúde à variação nominal do PIB é tido como mais um dos entraves às tentativas de dar suficiência e estabilidade ao financiamento do SUS, haja vista o crescimento modesto deste indexador, especialmente se comparado ao crescimento da arrecadação tributária, em valores nominais e absolutos, no mesmo período em que a emenda esteve vigente para a União. Outro aspecto que também dificultou um avanço significativo no financiamento da saúde por parte da União, foi o fato de a emenda ficar até 2012, portanto por doze anos, sem regulamentação, quando havia previsão de lei complementar a cada cinco anos para a revisão dos índices, e a reivindicação dos movimentos em prol da saúde era de aplicação de, ao menos 10% das receitas do nível nacional em saúde, além do que, por não se considerar as resoluções do Conselho Nacional de Saúde, como do controle social em geral, verdadeiras regras jurídicas, entendeu-se não haver definição do que eram ações e

serviços de saúde para o cômputo do percentual, havendo, daí, a inclusão das mais variadas despesas na conta da saúde (DAIN, 2012).

A emenda Constitucional 29/2000, no entanto, teve consequências diferenciadas para cada nível de governo. A participação dos municípios nos gastos totais públicos em saúde aumentou de 21,7% para 29,6%, um acréscimo de mais de um terço no volume de recursos destinados a este item, na primeira década de vigência da emenda. Os estados tiveram, no mesmo período, um aumento de gastos de 18,5% para 25,7%. Enquanto a União, que sempre foi o objetivo principal de se fixar um gasto mínimo em saúde, reduziu sua participação de 60% para 44,7%, ou seja, uma redução de mais de um quarto (SANTOS, 2016). Isso sem falar que, em nível do cumprimento dos mínimos constitucionais em saúde, no que toca ao Rio Grande do Sul, por exemplo, apenas os municípios comprometem o mínimo de 15% das Receitas Correntes Líquidas e transferências, o estado jamais comprometeu os 12% previstos e a União, como já mencionado no item 4.2, nunca liquidou mais do que 6% do orçamento realizado.

#### **4.5 O significado de despesa em saúde com a Lei Complementar 141 e as limitações constitucionais: um olhar crítico**

Como já se mencionou nos itens anteriores, desde a instituição do direito à saúde e da construção do SUS na Constituição de 1988, esforços dos movimentos em prol da concretização do daquilo que ali foi posto tem sido envidados no sentido de se alocar verbas adequadas nos orçamentos e de se delimitar, tanto quanto possível que serviços e ações podem, com essas verbas “carimbadas”, ser custeados.

Talvez não fosse necessário o “juiz Hércules” de Dworkin para concluir, frente às disposições do art. 196 a 200 da Constituição, bem como dos arts. 1º a 7º da Lei 8.080 (BRASIL, 1990a), que dizem quais são os objetivos, princípios e atribuições do SUS, como se constituem as políticas públicas de proteção à saúde que devem estar explicitadas em um plano de saúde nos termos do art. 36 da Lei 8.080 (BRASIL, 1990a) com aprovação das instâncias de participação comunitária, quais ações, especificamente, podem ser tidas como afetas ao campo de atuação da área pública de saúde. Mas não, há que se ter uma lei ordinária, no mínimo, que diga que

aqueles são os parâmetros para identificar de que ações, serviços, itens entregues ao cidadão estamos falando para permitir aquele enquadramento.

Veja-se, o plano de saúde de cada esfera de governo, que tem toda uma disciplina constitucional e infraconstitucional para sua confecção, deveria ser o principal parâmetro para embasar qualquer decisão, administrativa ou judicial, no sentido do que é, ou não é, ação ou serviço público de saúde passível de ser custeado com verba do SUS.

Não obstante, publicada a Emenda Constitucional 29/2000, a primeira crítica que surge, e de seus próprios articuladores (ARANHA, 2001), é de que ela não delimitava critérios claros para se definir que atividades poderiam ser enquadradas como de saúde, dado o universo de circunstâncias que interferem na saúde humana. Daí que o Conselho Nacional de Saúde em duas resoluções, a 316 de 2002 e a 322 de 2003 que a substituiu, discriminou, com detalhes, em três das diretrizes postas para a aplicação da Emenda 29/2000, o que se deveria aceitar como ações de saúde. Todavia, União e Estados, continuaram a incluir ao seu alvedrio gastos na cota da saúde, sem que, ao menos, alocassem os percentuais determinados na orçamentação desta rubrica. Apenas com relação aos municípios é que as resoluções do CNS tiveram eco e se cumpriu minimamente o ali determinado.

Assim, a regulamentação da Emenda 29/2000 pela lei complementar nela prevista era muito aguardada, posto que o trazido pela Lei Complementar 141 (BRASIL, 2012) não apresentasse lá inovações propriamente ditas. Mas, agora se tem parâmetros para delimitar o conteúdo da norma constitucional em uma regra de peso.

Assim que no Capítulo II, a partir do art. 2º, a regra em comento começa por determinar que se entendam por ações e serviços públicos passíveis de integrar os índices orçamentários nela referidos aqueles destinados a promoção, proteção e recuperação da saúde que atendam, simultaneamente, aos princípios estabelecidos no artigo 7º da Lei 8.080 (BRASIL, 1990a), e às diretrizes que especifica em seus três incisos.

No art. 7º da Lei 8.080 (BRASIL, 1990a), além da remissão às diretrizes do art. 198 da Constituição, temos catorze incisos e, salvo engano, os primeiros oito já resolveriam adequadamente a questão quais sejam: 1) universalidade do acesso; ora, saúde é direito fundamental social no sistema jurídico brasileiro, não pode,

portanto, haver qualquer limitação de acesso aos níveis de assistência disponibilizados pelo sistema a qualquer pessoa que deles necessite; assim serviços que exijam determinada qualidade do usuário para acesso não podem ser computados nos gastos mínimos do SUS; 2) integralidade da assistência; o serviço, ou a ação, deve estar integrado à rede de atenção à saúde nos seus três níveis de complexidade quais sejam, atenção primária, média e alta complexidade, contínuos e articulados, este é o conceito de integralidade; 3) preservação da autonomia da pessoa, isto é, ações que respeitem tanto quanto possível a vontade do assistido, especialmente no que tange ao consentimento informado para as intervenções; 4) igualdade da assistência, todos acessam os serviços pelas mesmas portas; 5) direito à informação, transparência da ação, dos diagnósticos, dos benefícios e efeitos adversos que as alternativas terapêuticas podem causar ao sujeito; 6) informações quanto ao potencial dos serviços e as possibilidades de utilização pelo usuário; de novo a questão da transparência no que toca à capacidade que o serviço tem de resolver os problemas de saúde da população a que se destina, a quantidade de serviços que se pode produzir, o tempo médio que o usuário levará para ter atendida sua demanda, etc; 7) ações e serviços que tenham sido planejados com base nos conhecimentos da epidemiologia; ora, a epidemiologia é a base para qualquer planejamento em matéria de saúde, não há como planejar saúde sem saber do que e como as pessoas adoecem, quantas pessoas adoecem disso ou daquilo, quais os agravos mais urgentes e que, portanto, necessitam de um atendimento prioritário, como se evitam certos males; 8) a participação da comunidade é um dos pilares de sustentação do SUS, está prevista no art. 198, III, da CF, na Lei 8.142 (BRASIL, 1990b), no art. 36 da Lei 8.080 (BRASIL, 1990a) para a validação dos planos de saúde e em diversas outras regras de fiscalização da execução orçamentária, não havendo como pagar com verba do SUS uma ação que não tenha sido, ainda que indiretamente, autorizada pelo controle social.

Os demais seis incisos do art. 7º, que também colocam princípios indispensáveis para a organização e funcionamento do SUS, não parece constituírem óbices à classificação de determinado ato como não passível de ser pago com verba da saúde.

Nos demais três incisos do art. 2º da Lei Complementar 141 (BRASIL, 2012) tem-se que devam ser estas ações de acesso universal, igualitário e gratuito. Aqui há reiteração dos incisos I e IV do art. 7º da Lei 8.080 (BRASIL, 1990a), como recém

descrito, no que toca à universalidade da cobertura e igualdade do acesso, e reiteração do art. 43 da Lei 8.080/80 no que diz respeito à gratuidade. Isto é, não há qualquer dúvida de que as ações do SUS não comportam coparticipação no seu financiamento, não há espaço para cobrança direta do usuário pela prestação de serviços do SUS, ainda que esses serviços sejam prestados por particulares contratados pelo sistema como expresso no citado artigo 43.

Também essas ações devem estar de acordo com o previsto no “plano de saúde” do ente que fez a despesa. Ora, se o “plano de saúde” é a base da programação da ação de saúde em cada nível de governo, nos termos do art. 36 da, § 1º, Lei 8.080/80, e de acordo com seu §2º não se pode sequer transferir recursos para o pagamento de ações não previstas, não é possível, também, permitir que integrem os percentuais de gastos mínimos despesas ali não previstas.

O inciso terceiro do artigo em comento impõe que essas despesas sejam específicas do setor saúde, exatamente para separar de outras ações que, mesmo tendo objetivos idênticos ao da política de saúde de dar dignidade às pessoas, como as ações de assistência social, que aliás também deveriam ter orçamento próprio dentro da seguridade social, como programas de alimentação e renda que, posto sejam condicionantes e determinantes da saúde das pessoas, nos termos do art. 3º da Lei 8.080 (BRASIL, 1990a), não são atividades típicas da área da saúde, reitera-se, e sim da assistência social.

De minha parte a reiteração de outras regras, constitucionais e infraconstitucionais, até aqui operadas já estaria de bom tamanho. Contudo, a Lei Complementar 141 (BRASIL, 2012) segue, nos arts. 3º e 4º, repetindo incisos dos artigos 200 da CF e 6º da Lei 8.080 (BRASIL, 1990a), no intuito de deixar mais patente ainda o que pode, e o que não pode, ser financiado com dinheiro da saúde. Talvez seja esse o sentido da reiteração, repetir tantas vezes o que se pretende seja feito até que isso se incorpore de fato às nossas atitudes.

Daí que nos incisos do art. 3º estão especificadas aquelas ações que podem ser pagas com recursos do orçamento constitucional da saúde, tais como vigilância em saúde, incluindo a epidemiológica e a sanitária. Ora, a vigilância em saúde é composta, exatamente, da vigilância epidemiológica, que busca a identificação dos agravos que ocorrem na população e suas estatísticas, quantos adoecem, quantos têm sua integridade violada, quantos morrem disso ou daquilo, para que se planejem as ações para prevenir esses agravos e para tratá-los; da vigilância sanitária, que se

preocupa com os bens, produtos e serviços que ofereçam riscos à saúde; além de vigilância ambiental, que tem um espectro muito complexo e cuida de um conjunto de condições da existência humana, e do trabalho, cujo objetivo é monitorar as condições físicas e tecnológicas do local, que influenciam na saúde daquele que exerce determinada atividade, a que se dedicam dois incisos específicos (CONILL, 2003; COSTA, 2003).

O inciso II, além da obviedade das ações de caráter universal e integral nos três níveis de complexidade do sistema, incluiu um conceito que, à primeira vista e aos menos avisados, poderia soar como autorizativo de inclusão nos gastos da saúde de programas de alimentação e nutrição como “Fome Zero” ou “Bolsa Família”, não é isso. Primeiro, porque programas como os mencionados visam garantir outro direito social também explícito no art. 6º da Constituição que é o direito à alimentação adequada, que está no plano da assistência social e pelo orçamento desta deve ser garantido. Depois, e principalmente, porque “deficiência nutricional” é uma condição médico-clínica associada à falta de determinados elementos químicos no organismo que causam anemias, hipovitaminoses e bócio, por exemplo, que podem ser tratados pela reposição desses elementos por meio de dietas especiais, medicamentos e até de programas públicos de distribuição de bens como água fluoretada, farinha fortificada com ferro, sal iodado, estes sim a cargo do setor saúde (BATISTA FILHO; RISSIN, 1993).

Capacitação do pessoal do SUS, desenvolvimento científico e tecnológico, controle de qualidade dos serviços, produção, aquisição e distribuição de qualquer insumo necessário à ação de saúde, também, por óbvio, podem ser incluídos nessas despesas.

Já com relação ao saneamento básico há algumas peculiaridades na medida em que saneamento é tarefa ligada à área urbano-ambiental e não saúde, e normalmente cofinanciada por contribuições de melhoria. Assim a lei abre a possibilidade de se custear apenas o saneamento básico de domicílios de pequenas comunidades, de distritos sanitários especiais indígenas e de comunidades remanescentes de quilombos, desde que estejam aprovadas pelo conselho de saúde do nível que fará a despesa e se atendam as demais diretrizes da lei complementar, como, por exemplo, não haver cobrança de coparticipação dos beneficiários da ação.

Ações de recuperação do meio ambiente também não são típicas de saúde, ainda que, como já dito, o ambiente equilibrado seja determinante e condicionante da saúde, por isso apenas as intervenções diretamente ligadas ao controle de vetores de doenças podem ser pagas com os mínimos orçamentários de saúde. Vejam-se, a esse propósito, as ações de controle do “*Aedes Aegypti*”, mosquito transmissor de tantas doenças graves, como dengue, zika, chikungunya e febra amarela urbana.

Gastos com obras de recuperação e ampliação da rede física pública de saúde, remuneração do pessoal ativo, apoio administrativo, gestão e operação do sistema público de saúde do mesmo modo estão autorizadas.

Já o art. 4º da Lei Complementar 141 (BRASIL, 2012) discrimina ações que, de modo algum podem ser custeadas com recursos que componham o percentual orçamentário mínimo constitucional de saúde. Assim é o pagamento de aposentadorias e pensões, ainda que de pessoal da saúde, uma vez que esses benefícios pertencem aos orçamentos da previdência social e são contributivos. Logo não preenchem nem o requisito da gratuidade. Do mesmo modo os vencimentos de pessoal ativo da saúde quando cedido para outras funções. Qualquer tipo de assistência à saúde que não preencha o requisito do acesso universal, como o caso de assistência à saúde de determinados servidores públicos, militares, policiais. Merenda escolar e outros programas de alimentação, ainda que executados pelo SUS, exceto a “deficiência nutricional”, como já referido, uma vez que esses são programas de assistência social e não propriamente saúde. Saneamento básico sujeito a qualquer taxa ou contribuição, limpeza urbana e coleta de lixo, ações ambientais que não se enquadrem nas exceções do art. 3º, assistência social e obras de infraestrutura, quaisquer que sejam, também não podem ter seus custos incluídos nos percentuais de saúde. De igual modo estão fora deste cômputo ações que tenham sido realizadas e custeadas com verbas estranhas ao respectivo fundo de saúde.

Observe-se, contudo, que essas não são as únicas. Reitere-se, todas as ações que não preencham os requisitos antes enumerados ou a qualquer princípio ou diretriz do SUS não podem ser pagas com esses dinheiros.

Não obstante tudo isso, a União, como já se disse no item 4.2, jamais liquidou mais do que 6% do seu orçamento com despesas de saúde, e o Estado do Rio Grande do Sul, como aliás já se apontava nas ações descritas na nota de rodapé

nº15, jamais cumpriu com os 12% mínimos de acordo com as prescrições da Res. 322/2003 do Conselho Nacional de Saúde e da Lei Complementar 141 (BRASIL, 2012).

Trabalho de fôlego, neste sentido, foi realizado por Machado (2019), em tese de doutoramento apresentada à Pontifícia Universidade Católica sobre financiamento da saúde nos municípios gaúchos. A autora, com base em dados apresentados ao Tribunal de Contas do Estado e ao Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde (SIOPS) do SUS, também constata as manobras realizadas pelo gestor estadual no orçamento da saúde.

O Estado do Rio Grande do Sul sempre se utilizou de expedientes para a comprovação do total de gastos com a saúde. Assim, inclui no cômputo dos percentuais mínimos restos a pagar não realizados e depois anulados (nada que a União também já não tenha feito), gastos efetuados pela Companhia Riograndense de Saneamento (MACHADO, 2019) que distribui água tratada e coleta esgotos no Estado, mas tudo à base de taxas e contribuições de melhoria, o que é expressamente vedado pelo Lei complementar 141 (BRASIL, 2012) e sempre o foi pelas Res. 316 e 322/2003 do CNS.

Valores gastos com manutenção e funcionamento do Hospital da Brigada Militar, que só atende policiais militares, e com o Instituto de Previdência do Estado na área da saúde, que só atende funcionários públicos estaduais e municipais a ele vinculados e cobra coparticipação, portanto não preenche os requisitos de acesso universal e igualitário, gastos com pagamento de pessoal não lotados em ações exclusivas do SUS, também sempre foram incluídos no cálculo dos mínimos de saúde (MACHADO, 2019); e o que é pior, ainda assim o Estado não alcançou os mínimos de orçamento em saúde conforme achados do CES, não tendo ultrapassado 10% em nenhum ano da série histórica analisada 2012-2017 (MACHADO, 2019). A autora apresenta tabela onde indica que os gastos do RS com saúde no período analisado variaram entre 6% e 10% (MACHADO, 2019), praticamente variaram entre metade e 80% do devido.

#### **4.6 A possibilidade de o Município adequar a política nacional e estadual à realidade local**

A discussão sobre a possibilidade de o município adequar a política nacional de saúde à realidade local passa pela propalada autonomia municipal muito discutida depois da redação do art. 18 da Constituição de 1988. Por este artigo, a República Federativa do Brasil é constituída pela União, Estados, Distrito federal e Municípios, todos autônomos, nos termos da Constituição.

A questão é justamente esta: quais são os termos da Constituição? A resposta talvez não seja simples, como se aviará aqui, pois o presente estudo não tem este foco, mas começa exatamente pela organização do Estado definida no Título III da Constituição e, especialmente, pelos artigos 21 a 26 e 30, que estabelecem as competências administrativas e legislativas dos entes da federação. No art. 23, inciso II, a CF diz ser competência comum de todos os entes da federação cuidar da saúde. Isso é competência para fazer, para executar ações e serviços de saúde. Já o 24, inciso XII, estabelece como competência concorrente de todos, menos do município, legislar sobre proteção e defesa da saúde. Portanto, nos termos do § 1º do artigo em comento cabe à União traçar as normas gerais, e aos Estados e ao Distrito Federal suplementá-las, adequando-as às necessidades locais. O art. 30 da Constituição, inciso II, admite que os Municípios suplementem a legislação federal e estadual no que couber.

As regras gerais que se editaram para proteger e defender a saúde cumprindo o determinado no art. 24, inciso II, da CF, com as diretrizes e princípios estabelecidos nos artigos 196 a 200, também da Constituição, foram as Leis 8.080 de 1990 e 8.142 do mesmo ano.

A Lei 8.080 (BRASIL, 1990a), Lei Orgânica da Saúde, além de reiterar a descentralização já instituída no art. 198, inciso II, da Constituição, em seu art. 7º, coloca que o Município deve planejar, organizar controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde em geral e gerir e executar os serviços de saúde pública (art. 18, inciso I). Veja-se que essa descentralização prevista pela LOS é político-administrativa, portanto, há que se ter um espaço de decisão acerca da política pública de saúde no âmbito local. Mais, o art. 36 da mesma lei determina que o planejamento é ascendente, do nível local para o nível nacional. Assim, há que se ter em mente que o Município participa da construção da política pública de saúde,

em condições de decidir sobre seus rumos, ao menos em dois momentos: num primeiro momento na origem do planejamento, decidindo quais prioridades devem ser discutidas no nível estadual e depois no nível nacional, como já se demonstrou, e depois quando as políticas públicas retornam, agora já aprovadas no nível nacional e estadual, normatizando-as complementarmente nos termos do inciso XII do art. 18 da Lei 8.080 (BRASIL, 1990a).

Por isso há que se ter um filtro bem apurado quando se fala em política imposta do nível nacional para o local, como se abordou no item 4.1, para se constatar se, de fato, há uma imposição de uma política gestada no nível nacional para os níveis subnacionais, ou se o que está havendo é o retorno da política que foi construída ascendentemente pelos municípios, pelos estados e organizada no nível nacional que agora retorna, sem que, talvez, a administração municipal que tem o dever de executá-la seja a mesma que participou daquele planejamento e, por isso, não concorde com as prioridades ali estabelecidas.

A Lei Orgânica da Saúde consagra dois pontos essenciais ao bom funcionamento do SUS: a autonomia municipal e a descentralização efetiva de recursos financeiros. Essas medidas colocam o município como ator principal na gestão do sistema. A autonomia aqui se traduz, por exemplo, na possibilidade de identificar as prioridades de ação local na área da saúde e de estruturar os serviços municipais de acordo com essas prioridades. Houve quem dissesse ser tal norma inconstitucional, por invadir esfera de competência própria dos Estados e Municípios. Porém, não há como se sustentar tal inconstitucionalidade, uma vez que a Lei Orgânica da Saúde trata-se de norma geral, norma de norma, cuja competência está estabelecida para a União, nos termos do art. 24, § 1º, da Constituição Brasileira de 1988 e prevê em seu art. 18, inciso XII, que compete aos municípios normatizar complementarmente as ações e os serviços de saúde no âmbito de sua atuação (JOVCHELOVITCH, 1993; RINALDI, 1997).

É Certo que temos problemas tanto para assumir a execução de competências no nível local, quanto para financiá-las por transferências interfederativas dos níveis mais abrangentes sem uma dose de ingerência nas decisões locais, dado o nosso histórico de Estado Unitário e centralizador como sempre foi o Estado Brasileiro, especialmente na história recente, no período de 1964 a 1985. Veja-se, apenas na constituição de 1934 se admitiu a autonomia municipal, que deveria ser respeitada pelos Estados (alínea “d” do inciso I do art. 7º),

mas sempre tendo-se em conta o limite do peculiar interesse local (art. 13), além do que em certos municípios nem eleições para prefeitos havia (SILVA, 2002).

Na década de 1980, é que se intenta reconhecer capacidade no município para a implementação de ações de saúde, a partir de uma descentralização proposta por programas como PREV-SAÚDE, do Conselho Consultivo de Administração de Saúde Previdenciária e das Ações Integradas de Saúde, donde constituíram-se comissões interinstitucionais de saúde nos níveis estadual e municipal, até o Sistema Unificado Descentralizado de Saúde (SUDS), antecessor do SUS, contudo, uma vez estabelecido este, a mudança se fez de forma lenta e gradual, não automática, como se pretendia (SILVA, 2002).

Outro aspecto que, por vezes, pode comprometer a compreensão da autonomia do município para adequar as políticas nacional e estadual às suas peculiaridades, é que isso não pode representar fragmentação das prioridades estabelecidas nesses níveis e que, de certa forma, também tiveram a contribuição do município para elegê-las quando do planejamento ascendente.

Paulatinamente, desde a implementação do SUS, as regras infralegais de organização do sistema vêm permitindo uma maior autonomia local no que tange às decisões de implementação e execução da política de saúde. Foi assim com a NOB-SUS 01/96 ao definir o conceito de gestão, ou com o Contrato Organizativo de Ação Pública de Saúde (COAP), estabelecido pelo Decreto 7.508/2011, que permite ao município pactuar nos níveis regional, estadual e nacional as responsabilidades que irá assumir na ação de saúde (SILVA; SOUZA, 2014).

Como visto desde o primeiro item do capítulo, houve toda uma construção de espaços e de procedimentos para que a política pública de saúde represente a conjugação do desenvolvimento científico com as necessidades básicas da população e as possibilidades fáticas, jurídicas e financeiras de atendimento da demanda pelo Estado.

Tal construção atende a diretrizes nacionais e internacionais de dar voz e vez aos indivíduos e às comunidades, fazendo com que o sentimento de pertença à ação pública, pelo fato de contribuir para a sua confecção, facilite a execução da política e potencialize a eficiência de seus resultados, especialmente em países continentais como o Brasil, onde as necessidades do Sul podem ser muito diferentes das necessidades do Norte, e, até dentro de um mesmo Estado, como o Rio Grande

do Sul, por exemplo, com 497 municípios que apresentam realidades muito distintas, o que implica adequação das prestações públicas à realidade local.

Embora haja quem discorde, os dados empíricos apresentados no capítulo indicam que há sim uma ascendência na construção da política, que parte do debate dos temas nos espaços de participação local nos municípios, passa pelos estados e vai repercutir no PNS que é o documento que corporifica a política pública de saúde do país.

Se eventual gestor, ou conjunto de gestores, não concorda com isso, há que se estabelecer o porquê da discordância e se demonstrar materialmente se a política não cumpriu o procedimento. É evidente que os planos são construídos em uma gestão, e por serem quinquenais, ao menos, estender-se-ão por uma outra que, por vezes, não é nem do mesmo partido. Mas isso não é motivo para descumprimento da política, dada a continuidade administrativa e o respeito que se deve ter com a construção do plano e a decisão que passou pela participação e controle da sociedade, como, aliás, determina a Constituição.

Portanto, há que se respeitar essa decisão e dar-lhe efetividade. Daí a importância de se pontuar o entendimento do Poder Judiciário a esse respeito, como se verá no próximo capítulo.

## **5 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: UM OLHAR CRÍTICO DA ATUAÇÃO JUDICIAL COMO ELEMENTO DESORGANIZADOR DA GESTÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA DA SAÚDE NO BRASIL**

Já se disse alhures que o planejamento e o orçamento da saúde se fazem a partir da eleição das prioridades pela comunidade (CF, art. 198, inciso III, Lei 8.142/90) e pelo gestor, que deverão ser compatibilizadas com as disponibilidades orçamentárias, tudo discriminado em um “plano de saúde” (Lei 8.080/90, art. 36 e parágrafos), sendo este planejamento a base da ação pública de saúde que, aliás, para o setor público é obrigatória nos termos dos artigos 174 e 165 da Constituição.

Está assente, desse modo, tanto na Constituição quanto nas leis regulamentadoras, que o macro planejamento é o único meio capaz de prever as formas ideais de concretização dos direitos sociais. Planejar, portanto, ordem dada pela lei máxima do Estado Democrático de Direito, é dificultado pela tutela judicial de situações individuais a determinados cidadãos, por via não eleita no planejamento e orçamento, com prejuízos a obrigações outras já assumidas pelo Estado com o crivo democrático (LEITE, 2011).

Expectativas de arrecadação frustradas, critérios de alocação de verbas, dentre outros itens, demonstram o nível de complexidade da confecção do orçamento que não pode ser alterado aleatoriamente por uma decisão judicial. Deslocar vultosas quantias para o atendimento de uma demanda de tratamento experimental, de eficiência duvidosa e que não consta nos planos de saúde<sup>16</sup>, significa, não raro, deixar muitas pessoas à mercê de doença e morte de males

---

<sup>16</sup> Uma rápida passada nos julgados de qualquer tribunal do país bem exemplifica isso: Apelação Cível Nº 70077708410, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Vinícius Amaro da Silveira, Julgado em 04/10/2018; Agravo de Instrumento Nº 70079257655, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Silveira Difini, Julgado em 28/09/2018; Apelação Cível Nº 70077662666, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alexandre Mussoi Moreira, Julgado em 19/09/2018; Agravo de Instrumento Nº 70079036521, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Silveira Difini, Julgado em 11/09/2018; Apelação Cível Nº 70078540978, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Silveira Difini, Julgado em 30/08/2018; TJRJ. 0317473-69.2010.8.19.0001 – APELAÇÃO. Des(a). ANTÔNIO ILOÍZIO BARROS BASTOS - Julgamento: 30/08/2012 - DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL; REsp 1657156/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/04/2018, DJe 04/05/2018; REsp 1661695/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2017, DJe 16/06/2017; ARE 1049831 AgR, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 27/10/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-253 DIVULG 07-11-2017 PUBLIC 08-11-2017; ARE 977190 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 09/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 22-11-2016 PUBLIC 23-11-2016; ARE 977190 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 09/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 22-11-2016 PUBLIC 23-11-2016.

conhecidos e perfeitamente tratáveis, fatos por certo evitáveis. É exatamente nesse ponto que decisões judiciais equivocadas podem inviabilizar a gestão da saúde pública, além do mais, decisões que afetem a vida social profundamente como estas, sem que o cidadão contribua para elas, não condizem com o conceito de democracia deliberativa. Demais as decisões na área da saúde são técnicas, científicas e democráticas, aparato de que o Judiciário não dispõe para torná-las legítimas (LEITE, 2011).

Contudo, tem o Judiciário um papel importantíssimo no controle de legalidade e de legitimidade das ações adotadas pelo administrador, podendo exigir-lhe, por exemplo, transparência na alocação dos recursos da saúde, cumprimento das diretrizes eleitas para a formulação dos orçamentos e planos de saúde, ouvida e devida consideração das deliberações das instâncias comunitárias na confecção e execução do plano de ação em saúde ou, até mesmo, sanar a inércia do legislador e ou do administrador determinando-lhes que pratiquem os atos necessários à produção das políticas de saúde indicadas pelo texto constitucional (LEITE, 2011).

Por isso, é fundamental estabelecer, tanto quanto possível, em que medida a atuação judiciária equivocada dificulta a participação social, o controle social e o planejamento público da saúde, tendo-se em conta que a ideia do estudo é, justamente, criticar a atuação judicial que inverte a lógica constitucional desta participação na conformação do direito social à saúde.

Para tanto se busca no capítulo apresentar a judicialização em números, seus fundamentos, suas possibilidades, e as lições que se podem tirar do fenômeno.

### **5.1 Os números da judicialização da saúde no Brasil: um olhar individual a uma prestação que deveria ser coletiva**

A partir de dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) percebe-se que nas últimas décadas o volume de ações judiciais postulando prestações de atenção à saúde cresceu em progressão geométrica (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019).

Uma observação importante que se faz aqui é que se trabalha com dados que foram tabulados até 31 de dezembro de 2017, na medida em que o levantamento e a apuração dos dados referentes a 2018 só deverão estar prontos em meados de novembro de 2019.

Segundo Schulze (2017), que reproduziu os dados do Relatório Justiça em Números do CNJ, em 2011 havia 240.980 demandas dessa natureza tramitando no país; em 2014, 392.921 ações em andamento; em 2015, 854.506 processos, sendo que nestes números não estavam incluídas as ações da justiça estadual de Rondônia, Paraíba e Bahia, pois os respectivos tribunais de justiça não forneceram os dados ao CNJ. Em 31 de dezembro de 2016 esses processos já somavam 1.346.931. O relatório Justiça em Números, na sua 14ª edição, aponta que em 31 de dezembro de 2017 a judicialização da saúde já contava 1.778.269 processos (LIMA JR.; SCHULZE, 2018). Mesmo que se desconte daí cerca de 564.000 ações referentes a planos de saúde privados, e que, portanto, tratam de direito do consumidor e não de direito à saúde, o que também ocorreu nos anos anteriores do relatório, os números ainda são muito elevados.

Todavia, o que mais impressiona dos dados trazidos pelos autores antes citados, daquilo que foi catalogado pelo CNJ, é o extrato desses números por categoria de pedido. As ações envolvendo pedidos individuais de saúde, tratamento médico hospitalar e medicamentos somam 951.664 pedidos, pelo menos, enquanto ações que tratam de estrutura e organização do sistema como ressarcimento ao SUS, reajuste de tabela de procedimentos e repasse de verbas para o SUS, terceirização de serviços, controle social e conselhos de saúde, hospitais e outras unidades de saúde somam 25.825 ações. Isto significa dizer que as ações que buscam benefícios individuais são, em números absolutos, trinta e sete vezes mais que as ações que pretendem beneficiar a coletividade como um todo.

Em entrevista ao Jornal Eletrônico Nexo Expresso, as pesquisadoras Fernanda Vargas Terrazas, advogada, assessora jurídica do CONASEMS e membro do comitê executivo do Fórum de Saúde do Conselho Nacional de Justiça; e Ana Luiza Chieffi, doutora em medicina preventiva pela Universidade de São Paulo, que estudou a judicialização da saúde em São Paulo, comentam a pesquisa feita pelo Insper a pedido do CNJ e publicada em 18 de março de 2019 com o título Judicialização da Saúde no Brasil (FÁBIO, 2019).

Segundo as pesquisadoras, no período de 2008 a 2017 houve um incremento de 130% nas demandas judiciais referentes à saúde, enquanto os processos das outras áreas cresceram 50%, ou seja, os processos da área da saúde cresceram, em números absolutos, quase três vezes mais que os de outras áreas. E ainda há números mais est arrecedores, pois com esse aumento de 130% no número de

processos houve um crescimento de 13 vezes, ou seja 1300%, nas despesas do Ministério da Saúde com o pagamento de demandas judiciais chegando a um bilhão e seiscentos milhões de reais no ano de 2016 (FÁBIO, 2019). Isto é, o incremento dos custos superou em dez vezes o aumento numérico dos processos, e ainda temos de computar os gastos dos demais entes da federação, secretarias estaduais e municipais de saúde, que também são demandados judicialmente.

O maior número de processos envolve pedidos individuais de medicamentos que estão fora das listas e protocolos do SUS. E os motivos apontados para essa judicialização excessiva passam pelo desconhecimento da população e dos operadores do direito sobre como funciona o SUS, como relatado pela Secretaria de Saúde da Bahia, passam pelo fato de que judicializar é mais fácil para os mais ricos e interessa à indústria farmacêutica fazendo com que o SUS incorpore, por determinação judicial, medicamentos e procedimentos barrados por órgãos administrativos competentes para isso como a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), e a população vê o Judiciário e o Ministério Público como portas de entrada para o atendimento de seus desejos e nem procura as portas do SUS, vai direto para a justiça (FÁBIO, 2019). Ana Luiza afirma que não há falta de incorporação de novas tecnologias no SUS. E refere, por exemplo, o caso das insulinas, que foi objeto de sua pesquisa de doutorado, onde não há qualquer diferença efetiva entre as oferecidas pelo SUS e as mais caras que se buscam individualmente em processos judiciais, mas o Judiciário por não entender como funciona legalmente o SUS, não aceita as decisões da CONITEC, e acaba deferindo os medicamentos mais caros pedidos nos processos judiciais. As pesquisadoras também informam que, praticamente, não há pedidos coletivos de itens para a saúde, a quase totalidade das ações trata de pedidos individuais, isto também contribui para o número excessivo de processos (FÁBIO, 2019).

Só a magnitude dos números já é capaz de nos indicar problemas, pois, por si, os dados demonstram, nesse volume de pedidos individuais, que a lógica constitucional de uma saúde pública que se realiza coletivamente (vide item 3.1) está invertida pelo deferimento de tutelas individuais. Aliás, Mathias Klatt (2015) já atentara para isso observando que o exemplo mais impactante de inversão de competências era o Brasil onde, de 2002 a 2009, o volume de processos relativos à saúde crescera mais de 1400% e que o sucesso dos demandantes foi superior aos 80%.

Sabino (2016) aponta que no mês de julho de 2013, no Tribunal de Justiça de São Paulo, foram deferidos nada menos que 99,59 % dos pedidos de tutela individual de urgência em demandas de saúde, todas com base no que o autor resolveu chamar de “argumento linear”. Este argumento consiste na seguinte e simplificada fórmula de raciocínio judicial: o Estado tem o dever de garantir saúde ao cidadão, este veio ao judiciário dizer que necessita dela, então o juiz tem o dever de determinar ao Estado/Administração que tome as medidas necessária para garantir ao jurisdicionado a concretização de sua demanda, pois a dignidade da vida humana está acima de qualquer argumento apresentado pelo Estado. E este argumento linear é identificado nas decisões judiciais do país desde o voto proferido pelo Ministro Celso Melo na Petição 1.246/SC de 13-02-1997.

No Rio de Janeiro os números não diferem muito, segundo estudos realizados por Vera Pepe e Míriam Ventura, pesquisadoras da Fundação Osvaldo Cruz, em 185 processos analisados a tutela de urgência foi deferida em todos eles, ou seja, em 100% dos casos, sem que se considerasse a exigibilidade jurídica da política de assistência farmacêutica. Bucci (2017) cita um estudo de Sílvia Marques e Sueli Dallari, no qual o estado de São Paulo foi condenado em 96,4% dos processos, não tendo sido julgada nenhuma ação improcedente com exame de mérito. Estudos da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas, em mais de 500 processos de 12 tribunais do país onde se pediam insulinas, 92% dos pedidos foram concedidos sem que se fizesse qualquer consideração ao que consta na política pública de saúde em relação à matéria.

Bucci (2017, p. 31) também destaca números interessantes sobre a judicialização da saúde no Estado de São Paulo. Relata que em nove meses, no período de junho de 2015 a fevereiro de 2016, a Universidade de São Paulo recebeu nada menos do que 13.000 liminares determinando a entrega da substância “[...] fosfoetanolamina sintética [...]” para pessoas acometidas de câncer. O caso dessa droga é emblemático para demonstrar a que ponto se chegou na questão da aplicação direta do art. 6º da Constituição, e da possibilidade de o juiz determinar qualquer coisa quando entendesse em jogo a autoaplicabilidade da Constituição.

Veja-se, o réu dessas liminares é um laboratório de pesquisa de uma instituição pública de ensino superior, no caso o laboratório de química do Campus de São Carlos da USP. Não é, portanto, uma indústria farmacêutica, e talvez nem tivesse condições de produzir material suficiente para o atendimento de uma dessas

liminares, cujo prazo de fornecimento da droga era de cinco dias, quiçá para treze mil.

Mais, um laboratório de pesquisa de uma instituição de ensino, ainda que pública, nem de longe seria sujeito passivo de uma ação prestacional de garantia de um direito constitucional social; se alguém devesse ser sujeito passivo desse pedido, como determina o nosso Estado Democrático de Direito, seria a Administração Pública, aqui, especificamente, o Ministério da Saúde, que é, segundo as nossas regras de Direito Sanitário, quem detém a responsabilidade sanitária de atender estes casos.

Mas os equívocos não param por aí, até hoje a substância, que não tem registro na ANVISA, não passou por nenhum ensaio clínico que demonstrasse sua efetividade e sua segurança na aplicação. Não há nenhum estudo científico que demonstre que ela produz os efeitos apregoados. Em 2015 o Instituto de Química da USP São Carlos encerrou a pesquisa com a droga e fechou o laboratório, justamente por não ter registro junto à ANVISA para a pesquisa, e as verbas do Instituto do Câncer de São Paulo foram suspensas por não se ter demonstrado benefícios significativos aos pacientes (BELLINGHINI, 2019).

À vista disso, as pessoas acometidas da doença, suas associações e defensores da produção da droga em escala, migraram para o Rio Grande do Sul. Com intermediação de Deputados Estaduais, e da Defensoria Pública, obtiveram um convênio com o Laboratório Farmacêutico do Estado do Rio Grande do Sul (LAFERGS), cujo então presidente, temendo o recebimento de liminares para o fornecimento da droga, apressou-se em emitir nota técnica esclarecendo que “[...] a grande meta estabelecida é reunir os elementos técnicos e documentais necessários para defender perante a ANVISA a realização de um estudo clínico, o qual seria responsável pela geração de evidências que sustentem ou não o uso desta substância [...]” (dados a que este pesquisador teve acesso na época, por ter participado das reuniões na condição de Coordenador do Centro de Apoio Operacional dos Direitos Humanos do Ministério Público do RS).

Sem sucesso nos esforços no Rio Grande do Sul, os defensores da substância foram para a Universidade Federal do Ceará, onde ao cabo se teve autorização para o teste em seres humanos, nos quais não se conseguiu sequer demonstrar que a droga tivesse os componentes que diz conter e nas quantidades anunciadas. O problema é que, com essa crença, que não contaminou apenas

pessoas desesperadas pela cura de uma doença gravíssima, senão que contaminou juízes desde as entrâncias iniciais até o STF, muitos pacientes abandonaram os tratamentos convencionais como quimioterapias e radioterapias, onde havia alguma esperança de melhora ou de prolongamento de suas vidas (BELLINGHINI, 2019).

E esse é mais um dos números ocultos e negativos de uma judicialização que, de início, e com razão, foi comemorada como valiosa mudança institucional do judiciário derivada da Constituição de 1988 para garantir a efetividade de direitos fundamentais sociais que, em duas décadas, dada a falta de compromisso com os princípios e regras da Ciência Jurídica, acaba por traduzir-se em transtorno (BUCCI, 2017). Acabaremos por não morrer da doença e sim da cura.

A pesquisa do CNJ demonstra que o percentual de demandas coletivas, sejam ações civis públicas, mandados de segurança coletivos ou ações populares, em relação ao número total de demandas nas justiças, tanto federal quanto comum, dos estados é muito pequeno. Considerados os processos do país inteiro o percentual de processos coletivos é de 3,62% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, p. 130). Na segunda instância o número cai para 2,11% e na justiça comum do Estado de São Paulo, maior tribunal de justiça do país, o percentual é de 3,11% (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, p. 131). E mesmo muitas dessas ações coletivas têm todas as características das ações individuais, porque não se dedicam a debater os grandes temas de estruturação do sistema ou do dogmático direito social à saúde, senão que buscam a concessão de prestações determinadas para indivíduos específicos. Isto faz com que a pesquisa conclua que a judicialização da saúde no Brasil é majoritariamente para a tutela de interesses individuais (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, p. 135).

Portanto, se o Poder Judiciário está correto, os números apontam que a política pública de saúde está completamente equivocada, e o SUS é um fracasso. Porém, os números do SUS contestam essa alternativa. Apenas a título exemplificativo, apesar das dificuldades de financiamento já apontadas (vide item 4.2), no ano de 2017 o SUS realizou, sem determinação judicial, mais de 10.654.000 internações hospitalares, 2.263.646.575 procedimentos ambulatoriais, quase 300.000.000 de consultas médicas especializadas e de urgência, mais de 1.827.000 cirurgias eletivas (BRASIL, 2018, p. 230/236), 41% da população estava coberta por equipes de saúde bucal (BRASIL, 2018, p.370), 42.719 equipes de saúde da família atuavam na atenção primária em saúde (BRASIL, 2018, p. 57), o Serviço de

Atendimento Móvel de Urgência – SAMU 192 – tem uma cobertura de quase 170.000.000 de habitantes, o que representa mais de 82% da população em 3.532 municípios (BRASIL, 2018, p. 335).

## **5.2 Possibilidades jurídicas do controle jurisdicional de políticas públicas: um hiato entre o direito social e as políticas públicas de saúde**

Não há dúvida de que quando o Estado opera sob o discurso de políticas públicas o faz por meio dos Poderes Legislativo e Executivo, e no caso da saúde em concerto com a sociedade, podendo o judiciário controlar, apenas, o procedimento, não o conteúdo das políticas, nem concretizar diretamente o direito social em ação individual, caso a pretensão não esteja expressamente prevista na política, porque o disposto na Constituição sobre a matéria deverá ser completamente observado. Mais, fundamentalidade é igual a dever de respeito, dever de proteção e dever de promoção. O Estado viola o dever de respeito quando não considera a participação e, especialmente, as decisões da comunidade como conformadoras das prestações que devem compor o direito à saúde. Estado aqui inclui também o Poder Judiciário que, à guisa de concretizar direitos fundamentais, também viola essa fundamentalidade ao não considerar a decisão democrática e constitucionalmente tomada pela comunidade nos termos do art. 198, III, da CF, Lei 8.142 e art. 36 da Lei 8.080 (BRASIL, 1990b, 1990a; BITENCOURT, 2013; NOVAIS, 2012).

Conforme Bitencourt (2013) os direitos sociais têm como foco a garantia de igualdade material, ou seja, reduzir as desigualdades sociais garantindo a fruição de um patamar adequado de utilidades ao indivíduo que lhe garantam uma existência digna. Isto considerado, não se está a tratar do direito social à saúde quando se entrega judicialmente a um cidadão, à guisa de concretizar esse direito, um bem que nenhum outro cidadão, ou apenas uma meia dúzia deles, teria condições de patrimônio e renda para obtê-lo por si mesmo, nem orçamento público para entregar a mesma prestação a todos os cidadãos que se encontrassem naquelas condições. Que igualdade se está a promover neste caso à custa do dinheiro público? Quem ou quais são os paradigmas dessa igualdade? Pois, segundo Bobbio (1995), igualdade é um patamar que indica uma relação entre dois ou mais indivíduos, isso explica, segundo o autor, por que liberdade é um bem individual e igualdade é um bem essencialmente social.

Portanto não se está a comprometer a dimensão objetiva de uma norma constitucional garantidora de um direito social prestacional, que tem na natureza positiva sua dimensão primordial, quando se entende que cabe ao legislador infraconstitucional, ao administrador e à comunidade o dever de conformá-lo, de dar-lhe concretude, de dimensionar materialmente as prestações que o garantirão como posições jurídico-subjetivas, pois só depois dessa especificação, que é decorrência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, é que passarão a compor a esfera jurídico-subjetiva do cidadão e da sociedade. Não há aqui ausência de eficácia da previsão constitucional do direito fundamental social, pois isso se traduz em uma determinação ao poder público para que providencie as medidas viabilizadoras da satisfação do direito através da determinação desses pontos específicos que limitam materialmente a aplicação fática desses direitos e que a eles é inerente (PIVETTA, 2013).

No ordenamento jurídico democrático de inspiração romano-germânica<sup>17</sup> o juiz não tem poderes para substituir deliberações políticas, especialmente as que refletem na organização administrativa do Estado. Posto fosse possível ao juiz aplicar diretamente a constituição com o intuito de proteger direitos sociais, o julgador ainda está atrelado à lei ordinária que vise concretizar esse direito social, fato que não ocorrerá, apenas, quando se puder anular essa lei por vício de inconstitucionalidade (LEITE, 2011). Porém não é o que ocorre no direito à saúde, quando, reiteradamente, a legislação de direito sanitário é ignorada e não se produz uma linha sequer sobre sua aplicabilidade, validade, constitucionalidade ou inconstitucionalidade<sup>18</sup>, tornando praticamente impossível o planejamento e gestão do sistema em prol da coletividade.

Toda a estrutura interpretativa brasileira opera no sentido de que se deve velar pela ordem jurídica como posta, que a legislação aprovada têm presunção de constitucionalidade, tanto que se desenvolveram as técnicas de interpretação colaborativa como a “[...] declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto [...]” e a “[...] interpretação conforme a constituição [...]”. Da mesma forma os atos administrativos gozam de presunção de legalidade donde não se entende o

---

<sup>17</sup> Sobre sistemas jurídicos veja-se, por exemplo: DAVID, R. Major legal systems in the world today: an introduction to the comparative study of law. New York: The Free Press, 1978.

<sup>18</sup> vide a esse respeito, exemplificativamente, os julgados da nota 7, onde o argumento linear citado por SABINO, item 5.1, é a tônica

deferimento de tutelas de urgência na área da saúde que violam essas presunções (TUSHNET, 2013, p. 120).

Demais, o único direito social tratado como direito subjetivo na Constituição é a educação, devendo as políticas públicas operar como limite de concretização dos demais, especialmente saúde que tem previsão constitucional expressa nesse sentido (art. 196), não podendo o judiciário delimitá-lo, pois isso implicaria dizer que o juiz é quem dita o que o Estado deve ao cidadão em nível de política pública e uma decisão, ainda que dá mais alta corte, é uma decisão jurídica e deve levar em conta as considerações institucionais e as relações com o congresso (BITENCOURT, 2013; DWORKIN, 2002; LEITE, 2011).

A concretização dos direitos é construída politicamente, e o controle judicial se justifica na medida em que a prática administrativa desvie seu conteúdo do preconizado constitucionalmente. Na política pública, dentro dos moldes constitucionais, a escolha é política e os contornos, a instrumentalização, são jurídicos.

No caso da saúde a Constituição não define seu conteúdo material, o que delegou expressamente à lei e à comunidade e não ao judiciário, não podendo este efetivar suas próprias políticas remanejando orçamentos e serviços públicos. E, veja-se, no caso do direito à saúde há toda uma possibilidade de controle jurisdicional da concretização do direito, da construção da política pública de saúde e de sua execução, do controle dos orçamentos e gastos públicos em saúde, sem que o judiciário desborde de sua atividade jurídica e invada o campo da atividade política, pois, diferentemente de outros direitos sociais, a saúde tem toda uma disciplina constitucional e infraconstitucional para sua concretização, ainda que isto, nas mais das vezes, não seja considerado como sistema pelo Poder Judiciário, porque cabe, também, ao administrador organizar a prestação do serviço público (LEITE, 2011).

Isto está pormenorizadamente estabelecido em laborioso trabalho realizado por Bitencourt (2013) quando trata especificamente das possibilidades de controle jurisdicional de políticas públicas. Segundo a autora, esse controle dependerá do tipo de direito social de que estamos tratando, do tipo de comando constitucional e legal determinado para o atendimento do direito e execução da política, e do momento ou campo de conformação da política.

No caso de direitos sociais como saúde e educação, a Constituição de 1988 determina o modo pelo qual devem ser atendidos, isto é, a partir das políticas públicas apregoadas, e cujas diretrizes de conformação foram fixadas pelos artigos 196 (e seguintes) e 208. Logo, entendendo-se a Constituição de 1988 dentro da Teoria da Constituição Dirigente, haveria espaço para sindicabilidade judicial dos textos legislativos produzidos para a garantia desses direitos, no sentido de avaliar se cumprem, ou não, as diretrizes propostas, se foram editadas as leis necessárias ao cumprimento da constituição, se houve a alocação dos recursos necessários no orçamento, etc. (BITENCOURT, 2013).

Uma vez editados os textos legislativos determinados pela Constituição, e em não havendo omissões legislativas, como parece ser o caso da saúde dada a rica disciplina constitucional, e a pronta construção legislativa que além de recepcionar regras anteriores à Constituição e produzir prontamente as regras necessárias ao novo modelo (as regras já estavam todas editadas em 1990<sup>19</sup>), a outra possibilidade de controle jurisdicional que se abre é a do campo de conformação do administrador às regras postas para a confecção da política. Neste caso se avaliará a legalidade dos atos administrativos praticados, com toda a análise dos contornos de vinculatividade absoluta ou discricionariedade das opções da administração, onde se observa que, quanto maior a vinculatividade do ato administrativo às regras, especialmente no caso da saúde, maior será a possibilidade de controle jurisdicional (BITENCOURT, 2013).

Desse modo, pode haver controle sobre toda a elaboração da política desde a escolha do tema até sua implementação. É certo que, no caso da saúde, o tema já vem constitucionalmente delimitado: é dever do Estado desenvolver ações de proteção à saúde da população. E, caso não houvesse ações governamentais nesse sentido, ou se a proteção fosse insuficiente, haveria a omissão inconstitucional a esse respeito declarável na via judicial (BITENCOURT, 2013).

Quando da implementação da política de saúde, a sindicabilidade opera, por exemplo, na escolha dos meios, métodos e mecanismos de ação pública para a garantia do direito. Há um número significativo de regras que determinam quem tem competência e como (meios, modos e motivos) deve fazer as escolhas do que (quais benefícios, prestações propriamente ditas) integrará os róis de ações e

---

<sup>19</sup> ver no item 3.4

serviços públicos. Essas decisões devem ser motivadas como, e.g., a que define quais medicamentos devem compor as listas governamentais que, segundo o art 19Q, §2º, incisos I e II, devem ter eficácia, acurácia efetividade e segurança demonstradas por evidências científicas, bem como demonstrar que os custos valem os benefícios prometidos. Essa motivação, portanto, do ato administrativo que incorpora ou exclui um medicamento das listas deve estar suficientemente demonstrada, inclusive para permitir o controle judicial (BITENCOURT, 2013).

A questão da competência opera em vários níveis, e em cada um desses níveis poderá incidir o controle. A competência legislativa em matéria de saúde é concorrente entre União, Estados e Distrito Federal, nos termos do art. 24, inciso XII da Constituição, a competência para a execução das ações da política é dos três entes, nos termos do art. 23, inciso II, da Constituição, mas estabelecida, pormenorizadamente, nos termos do art. 30 da CF e da Lei 8.080 (BITENCOURT, 2013; BRASIL, 1990a).

Esse é, aliás, outro aspecto desconsiderado nas decisões judiciais amiúde: a questão da divisão das competências e responsabilidades entre os três níveis de governo no Brasil. Há toda uma regulamentação que, se interpretada adequadamente, permite definir quem paga o que quando e onde. O decreto 7508/2011, que regulamentou a Lei 8.080 (BRASIL, 1990a), é mais uma tentativa de deixar patentes essas circunstâncias quando, por exemplo, em seu artigo 33 define o COAP. A ideia deste contrato é definir, organizar e pactuar as ações e serviços de saúde que cada nível de governo desenvolverá, e, por conseguinte, pagará com seu respectivo orçamento, integrando-as com as ações dos demais níveis. O contrato, portanto, define a responsabilidade sanitária de cada gestor do SUS (local, regional ou nacional) com os serviços que serão prestados à população, suas obrigações nos níveis de planejamento da atividade administrativa, a avaliação e desempenho dos serviços, o cumprimento das metas e diretrizes eleitas pelo controle social. É o instrumento jurídico que permite concluir, portanto, qual era a obrigação assumida pelo gestor naquele caso concreto, se cumpriu-a, se não a cumpriu, porque não a cumpriu, se houve, portanto, omissão ou desvio administrativo e quem lhe deu causa. No entanto, não se conhecem decisões judiciais com esse nível de debate (PIVETTA, 2013).

A pretensão de correção da decisão judicial deve abarcar o equilíbrio entre os interesses materiais e as competências em jogo (princípios formais) (KLATT, 2015).

A qualidade das decisões a serem tomadas é circunstância fundamental para definir o peso dessa competência, pois, por exemplo, a expertise do decisor primário é fundamental nessa definição. O judiciário não está aparelhado para posicionar-se frente a conclusões que demandem alto grau científico ou empírico de outras áreas que não a jurídica. Portanto essa decisão deve ficar a cargo do legislativo ou executivo, restando aqui ao tribunal controlar evidente erro de procedimento, apenas (KLATT, 2015).

Havendo insegurança epistêmica, aumenta a competência política para a decisão e diminui a competência jurídica, e os tribunais devem tomar apenas decisões jurídicas. A falta de consenso científico fortalece a competência do poder político para decidir em face do Tribunal (KLATT, 2015).

Vanice do Valle discorre sobre as objeções à potencialidade de controle jurisdicional das políticas públicas por vários motivos: falta de legitimação democrática do judiciário, deficiências funcionais daquele poder para controle ou redirecionamento de políticas públicas; deslocamento da jurisdição para análise dos métodos da ação estatal sem que se avalie que nível de ação estatal há na prestação demandada, ou seja, se não há nenhuma política a proteger aquele direito, se há alguma política, mas é deficitária, ou se havendo uma política adequadamente concebida não tenha sido suficientemente implantada, desse modo, em qualquer hipótese o fato é que se está diante da avaliação das escolhas políticas efetuadas pela administração e pela sociedade que, nos termos do inciso III do art. 198 da CF de 1988, e da Lei 8.142 (BRASIL, 1990b), foi chamada a validar essa política por meio de suas instâncias deliberativas (VALLE, 2016).

Além disso, há que se fazer a devida diferenciação de quando o Estado atua com serviços públicos ou políticas públicas para a concretização de direitos sociais, pois dependendo do caso o controle jurisdicional encontrará diferentes limites e possibilidades, especialmente em se tratando de políticas públicas para a concretização do direito social à saúde (onde há expressa previsão constitucional de garantia por meio de políticas públicas, art. 196 da CF de 1988) haverá uma estreita ligação com o conceito de democracia e de produção da sociedade atuando sobre ela mesma. Trata-se de políticas para a concretização do direito social cujos modos de atenção foram delegados ao administrador, em conjunto com a sociedade, dentro de determinados parâmetros previamente traçados pelo constituinte (CF 1988, arts.

196 a 200) e pelo legislador ordinário (Leis 8.080 e 8.142, por exemplo) (BITENCOURT, 2012).

Assim, se se faz a mera transposição dos argumentos de justificação da jurisdição constitucional para o tema de controle de políticas públicas desconhecendo as especificidades da hipótese, corre-se o risco de transformação dessa hipótese em mero exercício de retórica, ou em mero instrumento de regressão da garantia do direito em debate (VALLE, 2016).

Às vezes o judiciário, por falta de expertise, também desconhece todos os meandros políticos, sociais, e requisitos técnico-científicos para a implementação de uma dada política, não se configurando o provimento judicial como apto a dar efetividade ao direito pretendido como originalmente previsto na CF 88. Mesmo sem suficiente elaboração teórica, o judiciário tem chamado a si a possibilidade de intervir, controlar e mesmo formular políticas públicas (VALLE, 2016).

Assim, não se contesta a possibilidade de o Poder Judiciário fazer o controle de políticas públicas. Apenas se pontua que há parâmetros jurídicos para este controle judicial, sem que o Judiciário desborde de sua competência constitucional. É neste sentido, por exemplo, que se pontua a presença, ou ausência, do Direito Sanitário nas decisões judiciais, como se abordará no item a seguir.

### **5.3 Presença do Direito Sanitário como argumento para decidir**

Como já se disse no item 5.1 retro, o caso da fosfoetanolamina foi emblemático. Bucci (2017) observa com relação a essa substância que a credence popular e de milhares de juízes de todas as instâncias, inclusive da Corte Máxima do país, ignorando os imperativos da razão, devidos não só nas atividades jurídicas como nas pesquisas médicas, desconsideraram os protocolos de ambas as ciências e passaram a deferir mais de mil liminares por mês para o fornecimento dessa substância aos doentes de câncer, com suporte, apenas no art. 196 da Constituição e na autoaplicabilidade dos direitos fundamentais.

Ora, a substância não tinha (e não tem até hoje) registro na ANVISA, portanto as decisões contrariam, frontalmente, o disposto no art. 12 da Lei 6360/76, que exige registro no Ministério da Saúde para a utilização de qualquer produto capaz de interferir nas condições sanitárias da população, contrariando, do mesmo modo, pelo menos três artigos da Lei 8.080/90, quais sejam: a) o art. 19 R que determina a

forma de incorporação de novos medicamentos às listas do SUS, cujo órgão competente para aprovação é o Ministério da Saúde, amparado pela CONITEC, nos termos do art. 19 Q; b) o art. 19 T, que proíbe o pagamento e ou o fornecimento pelo Estado de qualquer produto não aprovado pela ANVISA; e, c) o § 2º do art. 36 que veda as transferências de recursos para as ações não previstas nos planos de saúde, ou seja, que, nos termos do “caput” do artigo, não tenham passado pelo controle social.

Essas são regras básicas de Direito Sanitário, recepcionadas pela Constituição de 1988, ou mandadas confeccionar nos termos dos arts. 196 e 197 dela para a proteção da saúde dos brasileiros, que foram solenemente ignoradas nas tutelas de urgência deferidas no primeiro grau, ou, nos tribunais superiores, como na decisão monocrática da PET 5828 (BRASIL, 2015), da lavra do Ministro Edson Fachin, em 06 de outubro de 2015, às 22h06 min, que apenas menciona não ser a falta de registro na ANVISA óbice à concessão da tutela de urgência, por estar o assunto sob repercussão geral no STF, aliás, repercussão geral julgada recentemente, depois de mais de sete anos de tramitação no STF, como se verá no item 5.5. Aqui ficam as perguntas: onde está a probabilidade do direito prevista pelo art. 300 do Código de Processo Civil como requisito para a concessão de tutelas de urgência, ou para o deferimento de tutelas antecipadas, quando eu tenho várias leis federais proibindo a tutela pretendida? Mais, que tipo de decisão judicial fundamentada é essa que não produz uma linha sequer para afastar a incidência da regra que contraria a conclusão do julgado?

São decisões desse jaez que, à guisa de concretização direta da Constituição, podem pôr em risco todo o edifício do ordenamento jurídico, do princípio democrático e da participação social e, mais grave ainda, os mecanismos jurídicos e médico-científicos que se construíram, a duras penas, ao longo de muitos anos, para proteger a saúde das pessoas.

Em pesquisa realizada no sítio do Supremo Tribunal federal, no dia 12 de julho de 2017, às 11h12min, com as expressões "Constituição Federal de 1988 (CF - 1988), art. 198, inc. III" e "participação da comunidade" a resposta obtida foi "nenhum documento encontrado", a constatação não surpreende, especialmente se se considerar o tipo de debate que vêm sendo travado nos tribunais, bem como os argumentos que têm sido manejados. Não que o STF não tivesse expertise jurídica para enfrentamento da questão, ou que não pudesse, adotando um posicionamento

de "[...] Corte Constitucional Colaborativa [...]" (TUSHNET, 2013, p. 131-132), dirigir a ação nacional de saúde no sentido de concretizar os anseios populares de décadas que se traduziram no art. 198 da CF de 1988, como tratado nos itens 2.1, 2.2 e 3.1.

Também não se diga que se esteja a afirmar que a judicialização da saúde só tenha produzido efeitos deletérios. Não, antes ao contrário, reconhece-se que, nessas três décadas de constitucionalização do direito à saúde, muito se evoluiu graças ao tensionamento produzido pela judicialização. Anota-se, a propósito, o debate inicial da questão que girava em torno da autoaplicabilidade, ou não, dos dispositivos constitucionais sobre saúde que, inicialmente e durante mais de uma década, inclinaram-se pela não autoaplicabilidade desses dispositivos, ou mesmo pelo carácter programático de aludida norma até a decisão do RE 271286, de 12 de setembro de 2000, em acórdão da Lavra do Ministro Celso de Melo. Apenas de se anotar a dispensabilidade de tal debate, ao menos a partir de 1990, quando as leis 8.080 e 8.142 regulamentaram o art. 196 e seguintes da CF 1988, passando a ser mero exercício de retórica argumentar, por exemplo, sobre a programaticidade ou não autoaplicabilidade de uma norma constitucional que se encontra completamente regulamentada.

Nessa esteira dos debates paralelos, sem enfrentamento de questões de fundo que poderiam resolver de pronto a questão com a manutenção do intérprete absolutamente dentro da teoria do ordenamento jurídico, trazem-se os apontamentos de Ajouz e Valle (2012) sobre a Audiência Pública nº 4 do STF. Na nota número 9 ao definirem o SUS Brasileiro, transcrevem todo o artigo 198, e seus incisos, da CF de 1988, com exceção do inciso III, que é justamente a participação da comunidade, ou seja, isto não foi considerado princípio ou diretriz de concretização do direito à saúde, sequer foi lembrado.

É claro que a omissão não se deve a lapso ou desconhecimento da matéria pelos autores, senão que decorre da análise a que se propuseram da legitimação das decisões do STF pela via da audiência pública. Tanto que listam os argumentos básicos debatidos nas ações, como direitos públicos subjetivos, necessidade de estarem aprovadas em listas prévias as prestações de saúde, passando pela "[...] reserva do possível [...]"<sup>20</sup>, ou delimitação do conteúdo das prestações a partir da

---

<sup>20</sup> Ver especialmente notas 27 e 28

análise de cada caso concreto recomendando que a Constituição, como obra aberta devesse ser interpretada a partir de contribuições democráticas. Concluem os autores que a sociedade e os principais destinatários das ações de saúde, na ótica do STF, "[...] ainda figuram como meros expectadores de um debate em relação ao qual não se desenvolveu um sentimento de pertencimento [...]" (AJOUZ, 2012, p.602, 611-612).

Novamente, percebe-se que argumentos como "estado democrático de direito", "princípio democrático", "soberania popular", dentre outros, muitas vezes não passam de recursos de retórica que buscam fundamentar decisões que parecem já tomadas antes da análise dos fatos e dos fundamentos teóricos da questão proposta.

Tomemos como exemplo o Agravo Regimental na Suspensão de Liminar 815 (BRASIL, 2015)<sup>21</sup>, onde se discutiu a possibilidade de se compelir o Estado (administrador/gestor da política pública de saúde) a conceder medicamento não contemplado na política pública de saúde, nem aprovado pelo órgão nacional regulador da circulação de drogas no país, qual seja a ANVISA, órgão legalmente encarregado de assegurar a qualidade, a eficácia e, especialmente, a segurança de produtos e serviços que possam afetar a saúde da população.

Na folha 4 do acórdão, transcrevendo parecer do Ministério Público, está assente que a prestação pretendida (medicamento específico) "[...] não consta da política do SUS [...]", isto é, a pretensão não está de acordo com o artigo 36 da Lei 8.080 de 1990<sup>22</sup>, nem com a Lei 8.142 (BRASIL, 1990b) que regulamentou o inciso III do art. 198 da CF de 1988, justamente porque o item pretendido não passou pela avaliação da comunidade, e ninguém considera esse aspecto: por que o item solicitado não consta da política pública? Aqui o tribunal adota o que se poderia

---

<sup>21</sup>Como se disse, o acórdão é tomado como exemplo, pois se poderia tomar qualquer outro editado até aquele momento que a lógica de argumentação se manteria a mesma, veja-se que no corpo do acórdão os precedentes são citados e reiterados.

<sup>22</sup>Art. 36. O processo de planejamento e orçamento do Sistema Único de Saúde (SUS) será ascendente, do nível local até o federal, ouvidos seus órgãos deliberativos, compatibilizando-se as necessidades da política de saúde com a disponibilidade de recursos em planos de saúde dos Municípios, dos Estados, do Distrito Federal e da União. § 1º Os planos de saúde serão a base das atividades e programações de cada nível de direção do Sistema Único de Saúde (SUS), e seu financiamento será previsto na respectiva proposta orçamentária. § 2º É vedada a transferência de recursos para o financiamento de ações não previstas nos planos de saúde, exceto em situações emergenciais ou de calamidade pública, na área de saúde. As instâncias deliberativas aqui são exatamente os conselhos de saúde, nos termos da Lei 8141/90 que regulamentou o inciso III do art. 198 da CF de 1988, participação da comunidade na formulação, fiscalização e controle das políticas públicas de saúde.

classificar de ativismo monológico, isto é, um comportamento judicial ativista onde a corte determina detalhadamente o que o poder público deve fazer, interferindo, diretamente na esfera dos outros poderes para entregar ações concretas aos petionários (GARAVITO, 2011, p. 21).

Neste ponto o tribunal sequer se vincula aos seus próprios precedentes, como no caso ao acórdão que se seguiu aos debates estabelecidos na Audiência Pública nº 4 e estabeleceu os parâmetros para posteriores julgamentos de causas sobre medicamentos e políticas públicas. Veja-se a este respeito a análise da citada audiência por Ajouz e Valle (2012), onde se estabelece que seja vedado à Administração Pública fornecer medicamento não autorizado pela ANVISA. Ora, isto não precisava ser dito, pois é reprodução do art. 12 da Lei 6360 de 1976<sup>23</sup>, e dos arts. 19-M e 19-P da Lei 8.080 (BRASIL, 1990)<sup>24</sup> Esta é a evidente violação da ordem pública que o acórdão, contraditoriamente, não reconhece. E contraditoriamente porque, ao dizer que não houve violação da ordem pública, usa o precedente que se transcreve:

Tem aplicação, pois, no caso, a doutrina do Ministro Néri da Silveira, a respeito do conceito de ordem pública administrativa, que foi adotada pelo antigo Tribunal Federal de Recursos- na época contra o meu voto, mas que o tempo e o exercício da magistratura no Superior Tribunal de Justiça, no Tribunal Superior Eleitoral, como seu Presidente, e no Supremo Tribunal Federal fizeram com que eu compreendesse melhor- que foi adotada, repito, pelo antigo Tribunal Federal de Recursos, a partir do julgamento da SS 4.265: Quando na Lei nº 4.348/1964, art. 4º, se faz menção a ameaça da lesão à ordem, tenho entendido que não se compreende, aí, apenas, a

<sup>23</sup> A Lei 6360, de 23 de setembro de 1976, recepcionada pela CF de 1988, e que dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes e outros produtos, e dá outras providências, estabelece em seu: Art. 12 - Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde.

<sup>24</sup> Lei 8080/90: Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea “d” do inciso I do art. 6º consiste em:(Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011) I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P; Art. 19-P. Na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada:(Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011) I - com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas nesta Lei, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite;(Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011) II - no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite;(Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011) III - no âmbito de cada Município, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada no Conselho Municipal de Saúde.(Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011)

ordem pública, enquanto esta se dimensiona em termos de segurança interna, porque explicitamente de lesão à segurança, por igual, cogita o art. 4º, da Lei nº 4.348/1964 . Se a liminar pode constituir ameaça de grave lesão à ordem estabelecida para a ação da Administração Pública, por força da lei, nas suas múltiplas manifestações, cabe ser suspensa sua eficácia pelo Presidente do Tribunal. **Não pode, em verdade, o juiz decidir contra a lei. Se esta prevê determinada forma para a prática do ato administrativo, não há o juiz, contra a disposição normativa, de coarctar a ação do Poder Executivo, sem causa legítima. Fazendo-o, atenta contra a ordem estabelecida, em lei, para os atos da Administração.** Acertadamente, acrescentou o Ministro Pertence: 36. Ordem Administrativa é, assim, não a que pretenda impor a vontade da autoridade pública, mas, unicamente, a ordem estabelecida, em lei, para os atos da Administração' (grifei). Não obstante a alegação de ocorrência de lesão à ordem e à economia pública (páginas 6 e 7 do documento eletrônico 1), a petição inicial não foi acompanhada de qualquer estudo ou levantamento para prova do alegado. (BRASIL, 2015, p.7, grifo nosso).

Fica também a dúvida acerca de que estudo ou levantamento o acórdão referiu que deveria ter acompanhado a inicial, na medida em que o administrador disse não ter deferido o pedido porque o medicamento não tinha aprovação da ANVISA e, neste caso, a lei expressamente proíbe o seu fornecimento, e a lei, de fato, proíbe expressamente a prestação pretendida, como já se citou linhas atrás. Ora, o ato administrativo está, assim, justificado: é proibido fornecer medicamentos não aprovados pela ANVISA, o medicamento pretendido de fato não está aprovado, logo, o administrador público está impedido de fornecê-lo administrativamente sob pena de violação ao princípio da legalidade e, até mesmo, de cometer improbidade administrativa.

Não se diga aqui que a lei prevê exceções, porque as exceções previstas na lei também são expressas e só permitem o uso dessas substâncias em programas de pesquisa devidamente licenciados pelo Ministério da Saúde, o que não é o caso do acórdão.

Leal (2007, p. 94), citando Ingeborg Maus<sup>25</sup>, sustenta que há a possibilidade de se criarem verdadeiras oligarquias da jurisdição, na medida em que última "ratio" quem diz o conteúdo da constituição é o tribunal, não estando vinculado, sequer, aos seus próprios precedentes, pois cada caso concreto tem o potencial de gerar nova interpretação sob o argumento de lapso temporal e necessidade de adaptação à nova realidade social. Corre-se o risco de criação de um direito judicial em oposição

---

<sup>25</sup> MAUS, Ingeborg. **Zur Aufklärung der Demokratietheorie:** Rechts-und demokratie-theore-tische Überlegungen im Anschluss an Kant. Frankfurt: Suhrkamp, 1994.

ao direito legal, vindo do parlamento. Há a transformação do estado democrático em estado jurisdicional e erosão da juridicidade.

O acórdão, à guisa de concretizar o direito material à vida e à saúde, portanto, direito a prestações positivas do Estado, desconsidera a repercussão da decisão em direitos de terceiros ignorando o problema de conteúdo apontado por Klatt (2015) no que diz com extensão das obrigações do Estado e dos meios para concretizá-las, o que toca na disponibilidade de recursos e nas consequências para direitos de terceiros.

Ora, no caso concreto há dissenso científico acerca da eficácia do medicamento, pois, ainda que registrado em um órgão de vigilância de outro país, não cumpriu os requisitos mínimos para registro no Brasil.

Não houve uma interpretação conforme, ou declaração de nulidade sem redução de texto, por exemplo, da norma que impede a prestação pretendida. Aqui, quer nos parecer tenha havido o que Leal e Alves (2015) referem como a utilização dos mais variados argumentos, porém, pouco jurídicos, para tutelar uma pretensão individual à guisa de concretizar direitos sociais.

Talvez fosse o caso de o tribunal ter optado por um ativismo dialógico que, como no ativismo monológico, declara a plena sindicabilidade dos direitos sociais e econômicos, mas determina ao poder público a realização de ações, que ficam a escolha do legislativo e do executivo, para implementação dos direitos sindicados não só dos petionários, mas de todos aqueles que se encontrem naquela condição, com prazos definidos para as diversas ações e monitoramento dos resultados alcançados (GARAVITTO, 2011).

Portanto o que se percebe é que não há um alinhamento teórico da conclusão a uma das correntes que tentam explicar o fenômeno da judicialização da política, ou mesmo do controle judicial de políticas públicas, porque o julgado não discorre, por exemplo, sobre a constitucionalidade ou legitimidade da política adotada pelo poder público em matéria de saúde, se há correções a serem feitas, e quais, do ponto de vista da concretização material da Constituição, devam ser adotadas pelo legislador ou pelo gestor público, nem mesmo tecem comentários sobre a constitucionalidade da norma invocada, em que consiste sua inadequação ao caso concreto ou qual a forma correta de interpretá-la à luz das regras, também constitucionais, invocadas. E sequer se percebe, menciona-se ou se debate a

necessidade de incidência ou de dar vigência à norma do inciso III do art. 198 da CF de 1988.

Em pesquisa realizada no Sítio do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no dia 14 de julho de 2017, com os argumentos "inciso III do artigo 198 da CF de 1988" e "participação da comunidade", dos 106 documentos encontrados nenhum deles aborda a temática de necessidade participação comunitária para a validação das pretensões de saúde. A maioria dos julgados trata de planos privados de saúde, matéria estranha à nossa abordagem na medida em que estas questões se resolvem na esfera do direito das obrigações, portanto direito privado. Alguns deles chegam a reproduzir o inciso constitucional em comento, mas refutam a análise do mérito por tratar questão constitucional e, por isso, afeta ao STF. Mesmo naqueles que citam o inciso VIII do art. 7º da Lei 8.080 (BRASIL, 1990a), o que poderia traduzir-se em violação à lei federal e, portanto, matéria de competência do STJ, encontrou-se um argumento formal para o não seguimento do recurso e se deixou sem abordagem a questão da participação comunitária.

Consultando o sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, com os mesmos argumentos antes referidos, encontram-se o Incidente de Inconstitucionalidade Nº 70068897503 (RIO GRANDE DO SUL, 2016b) e o Agravo de Instrumento Nº 70070097712 (RIO GRANDE DO SUL, 2016a) exarado nos autos da Ação nº 1.16.00016860 da Comarca de Cruz Alta.

O incidente de inconstitucionalidade tem uma abordagem interessante. Trata-se de alegação de inconstitucionalidade do Inciso VII do art. 8º da Lei Estadual 10.097/94, que atribuiu competência ao Conselho Estadual de Saúde para apreciar e aprovar previamente convênios e termos aditivos a serem firmados pela Secretaria Estadual da Saúde o que, na ótica do Governo do Estado, violaria os artigos 78 e 82 da Constituição Estadual e 76 e 84 da Constituição Federal que atribuem ao executivo competência exclusiva para a celebração dos citados atos administrativos.

O acórdão, embora não aponte referencial teórico para a decisão, soluciona adequadamente a demanda julgando parcialmente procedente o incidente de inconstitucionalidade, para dar interpretação conforme a constituição ao inciso de lei impugnado. Alguns trechos da fundamentação merecem ser transcritos:

Nessa conjuntura, considerando que, dentre as competências privativas do Governador, está o exercício da direção superior da administração estadual com o auxílio dos Secretários de Estado (art. 82, inciso II, CE), a estrutura normativa é reveladora da compatibilidade do objeto ao parâmetro, não havendo que se falar em limitação indevida às competências do Chefe do Poder Executivo.

Tal como anunciado, com arrimo na presunção de constitucionalidade das leis, é caso de interpretação conforme a Constituição, devendo ser compreendida a competência descrita no inciso VII ao art. 8º, da Lei Estadual 10.097/94 como instrumento de pluralização do debate e participação popular nas políticas públicas da saúde – direito fundamental –, tal como proposto no texto constitucional (art. 198, inciso III, CF).

A conclusão, portanto, é a de que os convênios e termos aditivos a serem firmados pela Secretaria da Saúde e do Meio Ambiente estão sujeito à prévia deliberação (apreciar e aprovar) do Conselho da Saúde (até como exercício da sua função de fiscalização), que, entretanto, não se reveste de força vinculante, *per se*, devendo ser submetida à homologação do Secretário da Saúde.

Assim fica assegurada a competência privativa do Governador para determinar os rumos da administração superior do Estado, ao mesmo tempo em que se preserva a participação da sociedade na gestão da saúde pública. (RIO GRANDE DO SUL, 2016b)

A decisão, desse modo, parece adotar o que Ávila e Miranda (2017, p. 541) referem como uma "[...] postura dialógica na missão jurisdicional de tutela de direitos [...]", colocando o "Poder Judiciário numa posição de cooperador com os demais poderes na consecução dos fins sociais do Estado", pois respeita a independência dos demais poderes e o caráter democrático das decisões. Veja-se, na medida em que o tribunal não declara a inconstitucionalidade da norma, privilegia a atividade legislativa. Ao propor a interpretação conforme, reconhece a necessidade de composição entre o Executivo e a sociedade, reafirma a necessidade de participação da comunidade e atribui força normativa ao dispositivo constitucional. A atuação colaborativa, aqui, privilegia o equilíbrio entre as diversas forças políticas do Estado e da sociedade, sem negar vigência ao texto democraticamente concebido. A jurisdição constitucional, assim, supera o dogma da separação entre estado e sociedade. O tribunal tem compromissos com o modelo de sociedade pluralista e com o objetivo de construir um direito processual constitucional que garanta instrumentos pluralistas de informação e de participação (HÄBERLE, 2004).

No segundo caso, o Agravo de Instrumento Nº 70070097712 (RIO GRANDE DO SUL, 2016a), o acórdão não aborda a questão da falta de participação comunitária como legitimadora da ação estatal nos termos do inciso III do art. 198 da CF de 1988, mas, por argumentos outros, mantém a decisão liminar prolatada nos autos do Interdito Proibitório Nº 1.16.00016860 da Comarca de Cruz Alta, cuja

decisão de primeiro grau, esta sim, baseou-se na falta de observância do inciso III do art. 198 da CF de 1988 para declarar nulo o decreto de interdição baixado pelo Prefeito Municipal.

Tratava-se do Decreto Municipal Nº 320/2016, no qual o Executivo Municipal de Cruz Alta, apontando falta de habilidade dos gestores do Hospital São Vicente de Paulo para lidar com as dificuldades financeiras, determinou a intervenção no domínio privado, requisitando as instalações e serviços da instituição para prosseguimento da oferta dos serviços do SUS para a população. A Magistrada prolatora da decisão, acolhendo os argumentos da Associação das Damas de Caridade - Hospital São Vicente de Paulo, mantenedora do hospital, anulou o decreto interventivo nos seguintes termos:

No entanto, tenho que a adoção de tal medida tomada pela Municipalidade, de modo unilateral e sem a necessária deliberação por parte do Conselho Municipal de Saúde, fere o disposto no art. 198, caput e inciso III, da Constituição Federal, na medida em que não leva em consideração o que preceitua o art. 1º, inciso II, § 2º, da lei que regulamentou dito dispositivo constitucional, in verbis: Art. 1º O Sistema Único de Saúde (SUS), de que trata a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, contará, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, com as seguintes instâncias colegiadas: II o Conselho de Saúde. § 2º O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo. (BRASIL, 2016a)

Na esteira do que já se argumentou nos itens anteriores, o Judiciário, aqui, manteve-se exatamente dentro dos limites de sua atuação. Não indo além, nem ficando aquém da interpretação proposta pela construção histórica e teórica do texto constitucional, numa adequada aplicação do controle difuso de constitucionalidade dos atos administrativos, que busca, apenas, garantir o sistema de freios e contrapesos do Estado Democrático de Direito.

Do que se trouxe até aqui, é possível anotar que o direito à saúde é fruto de um amplo debate, e construção, de movimentos sociais nacionais e internacional, que se desenvolveu durante décadas, na busca de ofertar saúde às populações, com base em métodos e estratégias cientificamente bem fundamentados, com foco prioritário na atenção primária em saúde, a um custo suportável por essas populações, garantido por políticas públicas discutidas e aprovadas pelo gestor

público e pela comunidade por meio de suas instâncias deliberativas. Um direito social, e não simplesmente individual, de acesso universal e igualitário, orientado para a garantia de um mínimo necessário a uma existência digna.

A Assembleia Nacional Constituinte de 1987, sensível a esses movimentos, formulou e aprovou os artigos 196 a 200 da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988a), exatamente com essa compreensão, deixando expresso no inciso III do art. 198 da Constituição de 1988 a participação da comunidade como diretriz básica para a validação de qualquer ação ou serviço de saúde ofertado pelo Estado, o que foi, aliás, regulamentado e explicitado pelas leis 8.080 (BRASIL, 1990a) (inciso VIII do art. 7º e art. 36 e parágrafos, especialmente) e Lei 8.142 (BRASIL, 1990b).

Os tribunais superiores do Brasil, especialmente nas últimas décadas, adotando uma posição ativista, sem uma posição teórica definida e manejando argumentos das mais variadas ordens, à guisa de dar conteúdo ao direito à saúde constitucionalmente previsto, têm determinado ao Estado a entrega de prestações individuais na área de saúde que não passaram pelo crivo da sociedade nos termos da legislação já exposta o que, só por isso, tornaria a pretensão ilegal e inconstitucional, desconsiderando o princípio democrático e enfraquecendo a participação social como geradora do direito.

Não obstante isso, ainda que passadas décadas da promulgação da "Carta Cidadã", novos ventos sopram no sentido de se retomar a interpretação que consagra o devido valor à participação comunitária na eleição dos destinos do Estado e da Sociedade. O debate foi reaberto, observemos os rumos que se tomarão a partir desses novos ventos.

#### **5.4 As decisões judiciais e o comprometimento dos recursos em saúde no Brasil: uma via inversa e paliativa ao problema**

A questão dos orçamentos públicos sempre deu margem a muito debate no Brasil, especialmente no que toca ao fato de ser a Lei Orçamentária uma regra autorizativa ou vinculadora da atividade da administração<sup>26</sup>, além dos ajustes que se fazem por meio dos créditos adicionais ou cancelamento de empenhos e restos a pagar, para o que, parece, também não se tenha uma posição firme da

---

<sup>26</sup> vide item 4.3

jurisprudência em todos os níveis, tudo depende do momento e do caso concreto que se esteja a analisar.

Não obstante isso, também não será por meio do remanejamento forçado de rubricas via determinação judicial de compra de itens específicos em milhares de ações individuais que se irá resolver o problema do planejamento ou da falta de imperatividade da lei orçamentária, ou mesmo da concretização adequada do direito social à saúde; antes, ao contrário, este tipo de atuação parece mais comprometer a efetividade de todos esses itens.

Ademais disso, há toda uma disciplina constitucional (como, por exemplo, o art. 167 da Constituição) para a confecção da Lei de diretrizes Orçamentárias, Plano Plurianual e Lei Orçamentária Anual, que proíbe a realização de gastos não previstos nestas normas sem autorização legislativa, regras estas, aliás, de iniciativa exclusiva do Poder Executivo (CF, art.61, § 1º, inciso II, alínea b), que só admitem crédito extraordinário em caso de calamidade (CF, art. 167, § 3º) e que não são consideradas quando da concessão de tutelas judiciais de toda a ordem, não se fazendo, por exemplo, ao menos mínimas considerações sobre suas constitucionalidades já que, de certo, de acordo com as conclusões dos éditos judiciais, não previram algo que a Constituição mandaria realizar.

Sabino (2016) chega a mencionar a possibilidade de as decisões judiciais, da forma e com os fundamentos que têm ocorrido nas últimas décadas, causarem importante desarranjo nas contas públicas, por determinarem à administração gastos com rubricas que não estavam no planejamento. Este autor exemplifica com os Estados de São Paulo e Minas Gerais para dar a dimensão da interferência da judicialização nos orçamentos dos Estados. No Estado de São Paulo, no ano de 2010, as determinações judiciais ultrapassaram os quinhentos e doze milhões de reais, sendo superiores aos gastos estaduais efetuados para todo o tratamento de câncer no regime ambulatorial (R\$ 362.000.000,00), maior que os gastos para terapias de doenças renais (R\$ 366.000.000,00), transplantes (R\$ 113.000.000,00), e perto do que se gastou com exames clínicos laboratoriais (R\$ 570.000.000,00) (SABINO: 2016, p. 81). Em Minas Gerais as despesas com decisões judiciais na área da saúde tiveram um aumento de 78,64%, se comparados os gastos de 2009 com os gastos de 2010, fazendo com que o orçamento da saúde tenha uma rubrica específica denominada “[...] sentenças judiciais [...]” (SABINO, 2016, p. 82).

Bittencout e Graça (2013) já observavam que o Judiciário, por meio de sentenças, interferia no orçamento da União na mesma proporção em que o Congresso Nacional, que tem competência constitucional para autorizar essas despesas, o faz.

No Rio Grande do Sul os números também são bastante expressivos. Em apresentação feita no seminário “A Judicialização e a Solidariedade na visão do STF”, na cidade de Pelotas, o Procurador do Estado Naundorf (2019), com base em dados do Fundo Estadual de Saúde, apresentou o seguinte quadro:

**Quadro 1** - A evolução dos gastos com ações judiciais de saúde no RS

<b>Exercício</b>	<b>Valores gastos Judiciais (em R\$)</b>
<b>2012</b>	<b>200.278.136,11</b>
<b>2013</b>	<b>237.152.409,00</b>
<b>2014</b>	<b>265.097.147,58</b>
<b>2015</b>	<b>324.898.973,03</b>
<b>2016</b>	<b>323.457.184,59</b>
<b>2017</b>	<b>380.526.109,38</b>
<b>2018</b>	<b>435.860.988,58</b>

Fonte: Naundorf, Bruno. A judicialização e a Solidariedade na visão do STF. Pelotas, 2019.

A título exemplificativo, vamos comparar os gastos por determinação judicial do ano de 2017 com o Relatório e Parecer Prévio Sobre as Contas do Governador do Estado Exercício de 2017 (último exercício analisado pelo TCE até o momento), da lavra do Conselheiro-Relator Pedro Henrique Poli de Figueiredo.

No parecer se anota que foram gastos/pagos em ações e serviços públicos de saúde três bilhões, sessenta e sete milhões e duzentos mil reais, dos quais se devem descontar, porque não atendem à Lei Complementar 141 (BRASIL, 2012), 16,4 milhões de gastos com o plano de saúde dos servidores da secretaria de saúde e da Fundação de Produção e Pesquisas em Saúde; 458,2 milhões com o plano de saúde dos demais funcionários do Estado, 23,1 milhões com contribuições previdenciárias de inativos da saúde, 54,1 milhões para cobertura do déficit de pensões e 170,6 milhões com cobertura dos déficits de inativos, donde se tem um

saldo efetivamente gasto com ações e serviços públicos de saúde da ordem de dois bilhões, 344 milhões e oitocentos mil reais (2.344,8 milhões). Isto significa dizer que as determinações judiciais alocaram quase 17% do orçamento da saúde do Estado (RIO GRANDE DO SUL, 2019, p. 239).

A judicialização, com o escopo de concretizar mais rapidamente o direito à saúde e de garantir que o cidadão tenha o atendimento pelo “ente federativo” mais próximo, tem copiado o modelo de solidariedade passiva do direito privado das obrigações aplicando-o, não raro, para condenar os municípios à concretização das prestações demandadas pelo cidadão em matéria de saúde. Ocorre que isto tem produzido dificuldades para os municípios, na medida em que equipara entes de dimensões populacionais, territoriais, epidemiológicas, orçamentárias e técnicas como iguais em suas obrigações com saúde, mesmo que, como já demonstrado nos itens anteriores e sabido, o sistema público de saúde seja organizado de forma territorial, regional, hierarquizada de acordo com a complexidade da atenção demandada, integrada e pactuada pelos entes de acordo com sua capacidade técnica e financeira de fazer frente à demanda. Portanto a responsabilidade solidária de qualquer município para com a integralidade do que é demandado em saúde, atenta contra a organização jurídica do sistema de saúde, resultando daí desequilíbrio e iniquidade federativa (PINTO, 2016).

Ora, se a solidariedade é extraída do art. 23, inciso II, da Constituição (ao que parece como já se discorreu no item 2.3), que estabelece uma competência administrativa, para executar ações, não para financiá-las com exclusividade; o financiamento, como já se abordou, decorre de outros comandos constitucionais; há que se considerar, também, que a mesma constituição instituiu no art. 30, inciso VII, que o município executará as ações e serviços de saúde com a colaboração técnica e financeira do Estado e da União, portanto não se poderia responsabilizar o ente de menor abrangência pela totalidade deste atendimento, especialmente desconsiderando todas as regras de repartição e pactuação de responsabilidade que regem o SUS, como tem feito o Judiciário.

Acrescente-se a isso a regressividade dos gastos totais relativos com saúde que vem sendo observada nos últimos anos nos orçamentos da União, como aponta Élide Pinto (2016): a participação da União nos Gastos globais com saúde caiu de 59,8% para 44,7% entre 2000 e 2011, ou seja, o órgão federativo que mais arrecada no país é responsável por menos da metade dos gastos com saúde. Isto fez com

que o gasto total dos municípios tenha aumentado por força da judicialização, não por opção do gestor local, exatamente para cobrir essa diferença nas transferências não efetuadas pela União.

O financiamento da saúde, como aliás de qualquer outro direito social, tem sido a pedra no sapato da sociedade, dos gestores e dos legisladores. Desde a Constituição de 1988, passando pelas leis 8.080 e 8.142 de 1990, Emenda Constitucional 29 de 2000 e Lei Complementar 141 (BRASIL, 2012), se tenta estabelecer mecanismos que garantam mínimos orçamentários para fazer frente às despesas de saúde sem que se consiga fazer com que boa parte dos Estados e, especialmente, a União, comprometam o piso mínimo orçamentário em ações e serviços de saúde.

Se a situação já se fazia complexa desse modo, ela piora ainda mais com os efeitos desalocativos produzidos pelas decisões judiciais que não consideram, por vezes minimamente, as pactuações realizadas entre os gestores para a organização da prestação do serviço público de saúde no que tange à regionalização do atendimento, hierarquização da complexidade dos procedimentos nas respectivas regiões de saúde que implicam diferentes responsabilidades de cada gestor tanto na execução dos serviços, quanto no seu financiamento. E isso tudo está suficientemente legislado e mais, legitimado pela respectiva instância do controle social.

Todas essas despesas, em homenagem ao princípio da legalidade e da imperatividade da lei orçamentária, em virtude da repercussão de seus custos devem ter a respectiva previsão financeira. Não se pode, portanto, fazer remanejamento dessas verbas, especialmente entre os diversos níveis de gestão, contrariando todo esse arcabouço legislativo, à guisa de concretização do direito social à saúde, com o deferimento de prestações onde o céu é o limite, como se observam em decisões judiciais por vezes (PINTO, 2016). Comportamentos desse jaez, antes de garantirem a concretização do direito, o enfraquecem e dão argumentos aos seus detratores.

## 5.5 O exemplo das repercussões gerais no Supremo Tribunal Federal como a inversão da lógica do sistema

A repercussão geral das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre matéria constitucional debatida em sede de recurso extraordinário foi instituída pelo art. 1º da Emenda Constitucional Nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que mandou incluir um § 3º no art. 102 da Constituição de 1988, determinando que o recorrente demonstrasse a existência de repercussão geral das questões constitucionais arguidas, para que o Tribunal faça o exame de admissão do recurso, só o recusando, contudo, se houver manifestação neste sentido de dois terços de seus membros.

A Lei referida no citado parágrafo traduziu-se, hoje, no art. 1035 da Lei 13.105, de 16 de março de 2015, também conhecida como Código de Processo Civil, que determina que o STF não conhecerá do recurso quando não demonstrada a repercussão geral. A repercussão considera a existência de questões relevantes em matéria econômica, política, social ou jurídica que extrapolem os interesses dos sujeitos que litigam no processo. Os parágrafos do citado artigo já definem alguns casos em que a repercussão geral se evidencia como, por exemplo, se a decisão impugnada contrariar súmula ou jurisprudência dominante do STF, ou decisão que reconheça inconstitucional tratado ou lei federal pelo voto da maioria absoluta dos membros do tribunal “a quo”. Reconhecida a repercussão, todos os processos que versem sobre a matéria controversa no território nacional serão suspensos pelo prazo máximo de um ano, após o que, se não tiver sido julgada a repercussão voltarão a tramitar.

Na visão do Supremo Tribunal Federal, a repercussão geral trata-se de mecanismo que permite ao tribunal selecionar os casos que irá julgar, com o intuito de reduzir o número de recursos que lá aportam, produzindo uma decisão padrão que será replicada nos casos análogos nas instâncias inferiores, impedindo a tramitação de novos recursos (BRASIL, [2018?]).

Aspecto que dificulta de certo modo a análise dos fundamentos das questões debatidas no STF na linha de repercussões gerais é o fato de as sessões especificamente para estes julgamentos serem realizadas por plenário virtual, onde cada ministro faz apenas a declaração do voto, sendo publicada uma ementa com a decisão final, podendo o acórdão com os fundamentos dos votos, ou ao menos do

voto vencedor, levar meses para ser lavrado. Por exemplo, o Tema 500 da Repercussão Geral, que será analisado com um pouco mais devagar mais adiante, e trata da necessidade ou não de registro na ANVISA para o medicamento circular no Brasil, foi julgado em 22 de maio de 2019, e passados meses não se tem notícia do acórdão.

Desde a Emenda Constitucional 45 de 2004, segundo o sítio do STF, já foram fixadas mais de 865 teses, das quais mais de 400 reconheceram a existência de repercussão geral em algum tema de direito Constitucional.

No que toca ao direito à saúde, isto é de prestações do Estado ao cidadão de algum item para tratamento de sua saúde, dispensando-se, assim, aquelas que tratam de planos privados de saúde na relação com seus consumidores (direito do Consumidor, portanto) e também as questões de direito penal como o Tema 1003 da Repercussão Geral que trata de discussão relativa à constitucionalidade do art. 273 do Código Penal, para aqueles que importam medicamento sem registro sanitário, onde a questão de direito à saúde é apenas reflexa, identificam-se os seguintes temas segundo a página do STF atualizada até o dia 10-10-2019, às 14h41min11s:

O Tema 006 discute se o Estado tem ou não o dever de fornecer medicamentos de alto custo a quem sofre de doença grave e não tem condições de adquirir por si o medicamento. A rubrica do tema já começa por inverter a lógica constitucional do direito à saúde como proposta pela pesquisa, uma vez que, se saúde é direito social de acesso igualitário, a condição de fortuna do requerente é irrelevante, o que se deve decidir é se, segundo o prescrito pela Constituição para a concretização do direito social à saúde, a pretensão está, ou deveria estar, prevista pela política estatal de saúde, mesmo porque o custo do medicamento é irrelevante, na medida em que, se ele está incorporado à política pública, deverá ser obrigatoriamente fornecido.

E isso é assim tanto que, nos primeiros meses de 2019, o Laboratório Novartis lançou um novo remédio para o tratamento de Atrofia Muscular Espinhal (AME), que foi incorporado ao SUS pelo O Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério Da Saúde, contrariando o parecer da CONITEC e da Advocacia Geral da União (BRASIL; AGU, 2018), em que não há evidência de sobrevida aos pacientes, sendo que o parecer da CONITEC indica um custo de mais de R\$ 6.700.000,00, por mês de vida ganho que o remédio promete ao usuário.

A decisão monocrática que admitiu a repercussão geral, da lavra do Ministro Marco Aurélio Melo no RE566471, parece ter-se fixado apenas nos aspectos econômicos da medida, pois questiona se é lícito se exigir que o fornecimento de uma prestação a um comprometa a prestação de saúde a todos os demais, ante as limitações orçamentárias, e menciona os artigos 2º, 5º, 6º, 196 e 198, § 1º e § 2º, da Constituição Federal. Isto é, tirando-se os parágrafos do art. 198, que tratam especificamente do financiamento da saúde, o resto é o argumento linear já citado por SABINO (vide item 5.1). E mais, já se pontuou que praticamente todas as decisões que deferem tais medicamentos amparam-se no argumento do mínimo existencial. Quer parecer que medicamentos deste custo, considerando-se o já dito sobre dogmática dos direitos sociais e garantias básicas, não sejam mínimo, não sejam básico, sejam máximo.

Veja-se, a confecção da política de saúde que está no art. 198, especialmente o inciso III, que é a necessidade de participação comunitária para a legitimação e constitucionalização da medida, sequer é mencionada. E, além de tudo, a decisão que foi proferida no dia 24 de outubro de 2007, está até hoje, passados doze anos, sem julgamento, sem fixação da tese e, por óbvio, sem lavratura do acórdão, reforçando a ideia de que a menção ao art. 5º da Constituição e a frase tão repetida de que “saúde é corolário do direito à vida”, além de grande equívoco dogmático, não passa de mera retórica.

O Tema 262, cuja decisão de repercussão geral, também da lavra do Ministro Marco Aurélio, foi proferida no RE605533, trata de ter ou não o Ministério Público legitimidade para pleitear o fornecimento de medicamentos aos cidadãos pelos entes federados. O Tribunal reconheceu por maioria a repercussão geral, sem contudo, explicitar em que matéria (econômica, política, social ou jurídica) o debate extrapole o interesse dos litigantes, talvez por óbvio que isto pareça, especialmente em razão do disposto no art. 129, inciso II, da Constituição, que impõe como dever do Ministério Público cobrar dos Poderes Públicos o respeito aos direitos postos na Constituição, mas isto não é objeto do presente trabalho, por isso não se tecerá maiores comentários, além de dizer que a repercussão geral foi fixada em 1º de abril de 2010 e a tese afirmando que “O Ministério Público é parte legítima para ajuizamento de ação civil pública que vise o fornecimento de remédios a portadores de certa doença” só foi decidida em 15 de agosto de 2018, estando, também, até o momento sem acórdão.

O Tema 289, que discute a possibilidade de bloqueio de verbas públicas para garantia de fornecimento de medicamentos, teve a repercussão geral fixada em 14 de agosto de 2010, em decisão da lavra da então Ministra Ellen Greice no RE607582, e até o presente momento não teve tese fixada, ainda que a jurisprudência do STF seja toda no sentido dessa possibilidade como mencionado na decisão.

O Tema 500 discutiu a possibilidade de o Estado ser compelido a fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância em Saúde - ANVISA, cuja decisão de repercussão geral foi tomada no RE 657718, em 17 de novembro de 2011 e a tese foi fixada em 22 de maio de 2019. A tese fixada é *sui generis*, para dizer o mínimo, e mereceria uma tese de doutorado exclusiva para analisá-la.

Tal tese começa por afirmar que o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, mas que é possível, em casos excepcionais o fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA, por decisão judicial, desde que provada mora irrazoável na apreciação do pedido de registro, ou seja prazo superior a noventa dias nos termos do § 3º do art. 12 da Lei 6360/76 (e não da Lei 13.411/2016 que apenas mandou fazer essa alteração). Aqui já se poderia abrir um amplo leque para o debate, pois medicamento novo é nova tecnologia e o art. 19R da Lei 8.080 de 1990 dá prazo de seis meses para a avaliação de incorporação de novas tecnologias. Claro que, além da mora irrazoável, ainda é necessário a coexistência de mais três requisitos: a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil, que é um contrassenso, pois se houve mora na avaliação é sinal evidente de que pedido de registro houve. Depois, também é necessário a demonstração de que houve registro do medicamento em renomadas agências do exterior e a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

Com relação ao registro em renomadas agências do exterior há um sem número de inconvenientes. Exemplificativamente mencionam-se alguns. O primeiro é quem define, e como se define, o que é uma renomada agência de regulação estrangeira.

Apenas a título de exemplo Stenga (2017), em estudo publicado pela Oxford University Press, aponta que o controle dos riscos de eficiência e segurança das novas drogas aprovadas pela United States Food and Drug Administration (FDA) é baixo. Além disso, é de se considerar que o Estado Norte Americano não paga medicamentos para os seus cidadãos, pois lá saúde não é direito, donde da relação

custo benefício, que no Brasil está legislada e é requisito para a incorporação de tecnologias ao SUS, lá se passa ao largo. Demais, este tipo de decisão não viola o Princípio Fundamental da Soberania do Estado Brasileiro, previsto no art. 1º, inciso I? Outra coisa, que país, do Paraguai ao Reino Unido, custearia um medicamento que não estivesse autorizado por seus órgãos de controle interno?

A inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil dispensa maiores comentários, na medida em que se houvesse esse substituto ele seria buscado judicialmente e não um outro que não tem registro.

Não obstante, tudo isso é matéria infraconstitucional, e que, desse modo, não deveria ser abordada pelo STF, especialmente como argumento para decidir. O que de constitucional haveria para discussão é, por exemplo, a constitucionalidade do art. 12 da Lei 6360/76, que proíbe a circulação no país de medicamento não registrado na ANVISA, frente aos artigos 6º e 196 a 200 da Constituição, e disso não se tem notícia. A única notícia que se tem sobre o debate da constitucionalidade é do voto de vista do Ministro Alexandre de Moraes, que afirma a constitucionalidade do art. 19-T da Lei 8.080/1990, que veda, em todas as esferas de gestão do SUS, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento experimental ou de uso não autorizado pela ANVISA (BRASIL, 2019). Porém, o prazo de três meses (§ 3º do art. 12 da Lei 6360/76) para registro do medicamento, ou de seis meses para a incorporação (art. 19-R da Lei 8.080/1990), ou não, é tudo procedimento estabelecido para cumprimento das competências de vigilância em saúde outorgadas ao SUS pelo art. 200, incisos I, II e VII da Constituição, cuja competência sequer é mencionada.

E, o pior de tudo isso, as exceções propostas pela tese reabriram completamente o debate, concorrendo para que não haja uma uniformidade nas decisões, nem possibilidade de segurança jurídica, na medida em que, em cada caso concreto, será possível rediscutir cada uma dessas exceções, e sempre haverá uma passível de ser reconhecida. A única diferença é que, em razão da tese, o recurso não mais subirá ao STF, cumprindo o que, na visão do próprio tribunal como dito antes, parece ser o principal, senão o único, efeito desejado do Instituto da Repercussão Geral.

O item 4 da tese do Tema 500, determina que as demandas que busquem o fornecimento de medicamentos não registrados na ANVISA serão, necessariamente, propostas contra a União. A decisão é acertada, na medida em que a ANVISA é um

órgão federal controlado pela União, posto se tenha de fazer um certo esforço para estabelecer o debate constitucional da matéria, os demais entes federativos não dispõem dos processos realizados pelo órgão, não sendo lícito, portanto, que respondam com seus orçamentos por uma prestação que não têm competência, nem constitucional, nem legal, para decidirem se cumprem ou não. Ora, a Lei 9782/99 estabelece que compete à União, no âmbito do sistema nacional de vigilância sanitária, definir a política nacional de vigilância sanitária, definir o sistema nacional de vigilância sanitária e normatizar, controlar e fiscalizar produtos, substâncias e serviços de interesse para a saúde; dentre outras atividades de competência exclusiva da União, e cria a ANVISA como autarquia federal. Daí que, além das competências reservadas à União pela Lei 8.080 (BRASIL, 1990a), onde esta matéria também se encaixa, esses argumentos, sejam constitucionais ou não, são suficientes para transferir a demanda para a Justiça Federal. O problema é que a tese fixada no Tema 793, em 23 de maio de 2019, no dia seguinte a este julgamento, portanto, é a ele contrária como se verá em seguida.

O Tema 793 fixou a tese de que é responsabilidade solidária dos três entes da Federação, em decorrência da competência comum, estabelecida no art. 23, inciso II, da Constituição, responderem pelas demandas que busquem prestações de saúde, devendo a autoridade judicial, no momento da decisão, determinar os devidos ressarcimentos a quem suportou o ônus financeiro. Já se discorreu no item 5.4 sobre o equívoco teórico de se retirar esta solidariedade do citado artigo da Constituição. Ela não existe, mesmo porque a Lei 8.080 (BRASIL, 1990a) é específica em determinar a responsabilidade sanitária de cada um dos entes da Federação e, em nenhum momento se discutiu a constitucionalidade desta determinação. Depois, os juízes e tribunais estaduais não têm competência, nem poderes na prática, para impor comandos à União, e os juízes e tribunais regionais federais, não têm competência para direcionar verbas dos orçamentos de estados e municípios, embora na prática, e de forma ilegal, portanto, façam isso reiteradas vezes.

E veja-se, nem o STF considera seus precedentes (nem os do dia anterior como demonstrado), no dia 21 de maio de 2019, na Suspensão de Tutela Provisória 127, o Ministro Dias Toffoli havia afastado a responsabilidade solidária do Município de Jundiaí no custeio de um medicamento de alto custo, argumentando, justamente, com a divisão de responsabilidades dos três entes determinada pela legislação do

SUS; nem os tribunais inferiores aplicam as repercussões gerais. Exemplifica-se com o acórdão a seguir transcrito do Estado do Rio Grande do Sul, lavrado em 07 de outubro de 2019, cinco meses depois da fixação da tese do Tema 793:

APELAÇÃO CÍVEL. REMESSA NECESSÁRIA. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. MEDICAMENTO E TRATAMENTO MULTIDISCIPLINAR. acesso a tratamento de SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. A assistência à saúde é direito de todos e dever do Estado lato sensu, abrangendo de modo indistinto todos os entes federados – União, Estados, Distrito Federal e Municípios, na forma dos artigos 6º, 23, II e 196, todos da Constituição Federal. Reconhecido o dever de ambos os réus de fornecer ou custear o medicamento e o tratamento multidisciplinar postulado na inicial. Incidência da Lei 12.764/2012, que instituiu a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, em especial, o artigo 3º, que ampara legalmente a pessoa com o aludido transtorno.

2. São devidos honorários advocatícios pelo ente municipal em favor do Fundo de Reaparelhamento da Defensoria Pública (FADEP), sendo que a fixação deve observar os parâmetros fixados pelo art. 85, § 8º, do CPC.

3. Remessa Necessária. Considerando que a decisão singular é ilíquida, aplica-se ao caso o disposto no art. 496, I, do Código de Processo Civil.

4. Sentença explicitada em remessa necessária para determinar a comprovação periódica pela parte autora acerca da necessidade de manutenção do tratamento, bem como admitir o fornecimento da medicação na versão prevista pela Denominação Comum Brasileira – DCB (medicamento genérico), em não havendo nenhuma modificação na fórmula e efeito. (RIO GRANDE DO SUL, 2019)

Ou seja, o Tribunal de Justiça do RS continua reconhecendo a solidariedade, sem determinar, sem abordar sequer, a necessidade de ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro indevido.

O STF ainda reconheceu repercussão geral em mais dois assuntos. No tema 579 reconheceu, com base no princípio do acesso universal e igualitário que rege o SUS, a constitucionalidade da regra que proíbe o pagamento por diferença de classe no SUS, isto é, a possibilidade de o usuário pagar pela acomodação diferenciada, por exemplo quarto privativo, e honorários para o médico de sua escolha, correndo o resto do tratamento (obviamente a parte mais cara) pelo SUS. Isto foi decidido no RE581488, com acórdão da lavra do Ministro Dias Toffoli.

Os temas 952 e 1069 tratam da possibilidade de se exigir do Estado, em nome da liberdade religiosa e do princípio da atenção integral do SUS, um tratamento que não envolva, por exemplo, transfusão de sangue que, por óbvio, não existe na rede pública. O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral em 30 de junho de 2017, em decisão da lavra do Ministro Roberto Barroso no

RE979742, reconhecendo o conflito entre o direito de consciência e de crença, um direito de liberdade, aliás, e o direito social à saúde, um direito de igualdade. Até o momento não há tese nem acórdão.

Esses apontamentos nos indicam que se deva perscrutar que lições é possível tirar do comportamento judicial das últimas décadas, com o intuito de, se de algum modo identificamos problemas, identificar que soluções são passíveis de aplicação. Certo é que o primeiro passo para a solução de um problema é admitir que se o tem, porque do contrário sequer se cogitará de buscar uma solução.

## **5.6 O que podemos aprender com a judicialização da saúde**

Buscando-se verificar como a Justiça Brasileira, especialmente o STF, se posiciona com relação ao direito à saúde, é possível identificar uma primeira fase, a começar pelo ano de 1950 e que se estende até o ano de 1999, portanto já passados dez anos da promulgação da Constituição de 1988, em que não há o reconhecimento, e na fase anterior a 1988 sequer o questionamento, do direito à saúde como direito social. Sequer na doutrina é possível identificar-se o debate ou o reclame sobre essa ausência (PEDRON; DUARTE NETO, 2018).

E aqui umas das reflexões que se propõe: se saúde é corolário do direito à vida, como se disse no julgado que inaugura a segunda fase da análise judicial do direito à saúde e se repete até hoje, porque não houve esse debate antes, pois, ainda que não se tivesse positivado nas constituições anteriores o direito à saúde, o direito à vida, e não apenas a proibição de pena de morte, estava previsto, ao menos, desde a constituição de 1946 (art. 146), com reedição na Constituição de 1967 (art. 150; 153 na versão da EC 1 de 1969) e jamais se houvera visto tal comparação, especialmente se considerarmos a natureza distinta de ambos os direitos em questão (liberdade/igualdade), e também já havia competência exclusiva da união para elaborar e executar o PNS ( art. 8º, inciso XIV, CF 1967/1969) e legislar sobre proteção da saúde (art. 5º, XV, b, da CF de 1946).

Numa segunda fase, que se pode dizer tenha sido inaugurada em 1999 pelo acórdão proferido pelo Ministro Celso Melo, na Petição 1246/SC, quando da discussão da necessidade ou não de fornecimento de medicamentos para a AIDS (tensionamento este que, deve-se reconhecer, naquele momento, nos fez evoluir muito em matéria de proteção do direito à saúde e aprimoramento da política

pública, ainda que por pressão de um grupo determinado), suplanta-se a discussão sobre a programaticidade do art. 196 da Constituição e institui-se a vinculação do direito à saúde com o direito à vida, ao dizer-se que o art. 196 da CF de 1988 não pode se traduzir em promessa irresponsável (PEDRON; DUARTE NETO, 2018). Daí evolui-se para o ponto em que a jurisprudência dominante, com apoio de considerável parte da doutrina, deixa de lado (e se insiste deixou de lado porque, toda a vez que se falou em omissão legislativa, por exemplo, não se considerou o fato de a legislação de saúde estar pronta desde 1990, bastando se determinar a aplicação de seus comandos) a dogmática constitucional do direito à saúde e passa a aplicar diretamente a combinação dos artigos 5º, 6º e 196 da Constituição para conceder todo e qualquer pedido individual àqueles que batam às portas do Judiciário.

Hoje temos que o fato de o judiciário submeter-se ao princípio democrático, cumprindo, portanto, o que é determinado legitimamente pelo legislativo seja na construção popular que foi feita em 1988, seja nas leis que daí decorreram, é um atentado à democracia. Essa perspectiva talvez decorra do senso comum de que não temos o melhor parlamento do mundo, e assim sua produção deva ser controlada por onze ministros que também não sabemos exatamente quais méritos determinaram suas indicações, correndo-se o risco de sermos governados por uma oligarquia não eleita no dizer de Maus (2000, p. 191), que não está limitada nem mesmo na Constituição, pois “[...] reconhece a existência de princípios suprapositivos que deveriam limitar até mesmo o legislador constituinte [...]” e que não limitam, é claro, a corte constitucional em suas interpretações. O fato é que o nosso parlamento tem se omitido e não raro aceitado, passivamente, decisões dos tribunais superiores que violam a democracia, ao ponto de já se observarem protestos populares diante da mais alta corte do país e pedidos de instalação da CPI conhecida como “Lava-Toga”.

Democracia é um princípio que impõe ao juiz decidir não conforme suas convicções pessoais, conforme sua moral, mas, se for o caso, de acordo com a moralidade geral da nação. O juiz não tem discricionariedade para decidir quais regras aplica e quais deixa de aplicar, escolhendo como se deva promover o bem-estar da coletividade ou do indivíduo, isso é uma imposição da democracia à qual o juiz e o tribunal estão vinculados, exatamente, para definir quais direitos as pessoas têm (BORBA, 2018).

O Poder Judiciário precisa conhecer a legislação infraconstitucional e regulamentadora, tanto do direito à saúde quanto do SUS que é o responsável por concretizá-lo, e apenas naqueles casos em que a política pública não esteja de acordo com essa legislação caberá ao magistrado dizer ao executivo, ou até mesmo ao legislativo, qual o caminho seguir ou que adequações fazer.

Ocorre que, ao longo dessas últimas décadas, pelo fato de os tratamentos de saúde demandarem conhecimentos técnico-científicos que o Judiciário não tem, se tem pregado que o juiz se inteire dessas noções médicas e farmacológicas e as observe na análise dos casos que lhe são submetidos, donde se criaram e se estimularam o uso de Núcleos de Assessoramento Técnico em Saúde (NATS), para amparar os juízes e tribunais na tomada de decisões que tais.

Máxima vênua a quem sustenta tais posições e necessidades (CONASS, 2019), o problema criado pela judicialização não é o da falta de conhecimento médico-científico do juiz, e nem se resolve com a solução de submeter a necessidade ou a efetividade do tratamentos a outros profissionais que não os técnico-jurídicos, ainda que se admita que a intersetorialidade e a transdisciplinaridades são indispensáveis nos tempos atuais.

Primeiro, porque na quase totalidade dos casos o judiciário não submete a questão ao NATS, ou quando submete não atenta para as suas conclusões. É, por exemplo, o que afirmam Rech e Taroco (2018) que das quarenta decisões sobre fornecimento de medicamentos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que analisaram, noventa e cinco por cento delas concederam o fármaco com base exclusivamente no laudo do médico assistente do postulante. No mesmo sentido são as conclusões de Lima e Hoffmann (2018) ao analisarem vinte e nove decisões do mesmo tribunal em relação ao fornecimento de leitos hospitalares, apontam que a quase totalidade delas foi deferida com base nos laudos dos médicos assistentes.

Depois, como já debatido ao longo do trabalho, o problema é de ordem exclusivamente jurídica, qual seja, o de se determinar, segundo a dogmática do ordenamento brasileiro a que o cidadão tem direito, em que consiste, materialmente, o direito social à saúde.

Mais, por vezes, a judicialização retira a administração da saúde do administrador público adjudicando-a ao julgador, com consequências deletérias à política pública de garantia. Por um viés, há uma transferência informal da

administração do orçamento pelo Executivo ao Judiciário, assumindo este uma função que não é sua. Por outro, o julgador, ao concluir pela procedência da demanda, decide sobre a realocação de despesa em um orçamento público sobre o qual não é responsável e do qual não pode controlar a receita. Esse quadro potencializa a ocorrência de conflitos interinstitucionais, onde cada instituição pode atribuir à outra a responsabilidade por eventuais falhas na execução da política pública de saúde. O Judiciário atribui ao executivo omissões de direitos na construção da política e ineficiência na gestão. O administrador, a seu turno, acusa o juiz de quebra da harmonia entre os poderes, de interferência indevida em seu orçamento, até mesmo com sequestros de verbas, o que inviabiliza o planejamento das ações. Boa parte deste problema poderia ser minimizada com uma interpretação mais segura e homogênea acerca das obrigações do gestor, especialmente com relação ao cumprimento do princípio da legalidade na administração, e das possibilidades de o judiciário determinar ao administrador o cumprimento de itens e a entrega de prestações não previstas pela legislação (MICHEL; DEITOS; ZALAZAR, 2019).

Esse comportamento emocional, e por vezes incoerente, impede a implementação de políticas públicas coletivas, privilegiando alguns poucos jurisdicionados que tiveram condições de acessar às tutelas do Judiciário (BERTOTTI, 2016). Logo, se por um lado a imposição judicial de concretização do direito à saúde de início contribuiu para o desenvolvimento da garantia, os excessos que se cometeram a partir daí e, especialmente, o abandono da dogmática do direito social à saúde, fizeram com que se enfraquecesse a construção coletiva do direito, demandando, até mesmo, um certo comodismo do gestor público que, por falta de segurança jurídica, fica no aguardo da determinação judicial e a usa como desculpa para o que não pode ou não quer fazer. Claro que não se pode dizer não evoluímos, já se disse em outro lugar que os números do SUS demonstram isso, mas se a judicialização se mantivesse nos limites do direito, da justiça distributiva comum aos direitos sociais e do respeito às decisões democráticas, principalmente as decorrentes da participação social, poderíamos ter ido além e, quem sabe, estivéssemos em um outro patamar, por exemplo com uma atenção primária à saúde funcionando a pleno em todo o país.

Como se verá no capítulo seguinte a Teoria do Discurso e a Teoria da Democracia Deliberativa nos dão interessantes contribuições para a compreensão

da participação popular e do princípio democrático para a formação do direito à saúde, bem como da necessidade de se respeitar estas questões em todas as esferas, inclusive na esfera judicial.

## **6 A PARTICIPAÇÃO POPULAR E A FORMAÇÃO DO CONSENSO A PARTIR DAS CONTRIBUIÇÕES DA TEORIA DO DISCURSO: A RACIONALIDADE COMUNICATIVA DO DIREITO SOCIAL À SAÚDE DA COMUNIDADE E PARA A COMUNIDADE**

A comunidade, na teoria do discurso, constitui uma arena para o tratamento de problemas de toda a sociedade. A soberania não necessita ser atribuída exclusivamente ao povo ou ao anonimato das competências jurídico-constitucionais. O poder resulta das interações entre a formação da vontade institucionalizada constitucionalmente e as esferas públicas mobilizadas culturalmente (Estado-sociedade), dirigindo-se para uma base formada pelas associações de uma sociedade civil que se distancia tanto do Estado quanto da economia (HABERMAS, 2003).

Em essência, pois, é relevante o desenvolvimento de “[...] arenas deliberativas [...]” e a construção de novas bases de “[...] solidariedade social [...]” que fomentem o interesse comum. Estas novas arenas deliberativas, fora da política formal, funcionariam como “[...] escolas de democracia deliberativa [...]”. Nelas, pessoas reúnem-se para compartilhar preocupações concretas, com suas identidades e interesses distintos, com incerteza sobre como realizar seus objetivos comuns. Por isso, haveria o estímulo à cooperação bem sucedida, a boa vontade para tratar os outros com respeito, como iguais, sem preconceitos, e a encontrar termos com os quais os outros concordem. Significa, em última análise, criar uma estratégia associativa que promova os princípios da participação e do bem comum, afastando a possibilidade de ocorrência da política de barganha de grupos de interesses (COHEN, 2007, p.143).

A democracia deliberativa, portanto, resgata o princípio participativo e o coloca no centro do sistema político-constitucional de geração do direito à saúde, atualizando-o em face das complexidades e dinâmica sociais, inquietudes, fragmentações, desafios e potencialidades inerentes ao cotidiano de vida contemporâneo (PEREIRA, 2010).

Não considerar a participação determinada no art. 198, inciso III, da Constituição viola o direito fundamental à participação, que é direito de liberdade, de primeira dimensão, sujeito às faculdades de respeito, proteção e promoção por parte do Estado; quem do Estado não considera isso (seja executivo, legislativo ou judiciário) também comete esta violação e não faz essa ponderação ao decidir.

Assim, nos próximos itens do capítulo discorrer-se-á sobre as aproximações entre da teoria do discurso, da democracia deliberativa e da formação dos consensos como pressupostos para a legitimação dogmática do direito à saúde a partir da participação e controle popular na concretização do direito a ser assegurado aos cidadãos.

## **6.1 Um direito de participação e as condições ideais para a formação dos consensos**

Saúde é direito humano fundamental proclamado pela Carta de Alma-Ata de 1978, reiterado em Ottawa em 1986, inscrito na Constituição Brasileira de 1988 (art. 6º e 196 a 200) e ratificado no art. 2º da Lei 8.080 (BRASIL, 1990a), por isso o apelo à democracia deliberativa maximiza a noção de pertencimento comunitário quando um direito é construído por decisão, sendo o direito fundamental pressuposto do processo deliberativo (aqui a perspectiva de redundância e redução de complexidade para o direito). A decisão, operação que ocorre dentro do sistema social (participação da comunidade) produzirá as diferenças que serão de novo observadas e consensuadas (VENTURA, 2003; BITENCOURT, RECK, 2018a).

A deliberação pública possui um valor intrínseco, na medida em que os cidadãos perceberão a utilidade de suas decisões passarem por um processo de discussão anterior. A deliberação pública é um instrumento para a tomada de decisões qualificadas que tem ao menos dois méritos: primeiro, aperfeiçoa a qualidade dos resultados da tomada de decisões democráticas e, segundo, por considerar todos os indivíduos como iguais lhes assegura meios de aperfeiçoar o entendimento de seus particulares interesses, refletir sobre o mérito de suas convicções e o melhor meio de realizá-las (CHRISTIANO, 2007).

### **6.1.1 O princípio democrático e o princípio do discurso: condições ao princípio da universalização**

Este trabalho, ao menos de forma mais explícita, se vale das contribuições de Jurgen Habermas sobre as aproximações da Teoria do Discurso e da Democracia Deliberativa, a partir de textos como “Direito e Democracia: entre facticidade e validade” e “Consciência Moral e Agir Comunicativo”, por exemplo, onde este autor, após considerações propedêuticas nas quais defende a abordagem cognitivista da

ética contra as manobras de evasão dos céticos relativamente aos valores, elabora um modo de fundamentar os mandamentos e normas morais (HABERMAS, 1989, p. 78).

Quando discorre sobre a validade do direito que se legitima na democracia, Habermas (2003) analisa as teorias empiristas do poder segundo as quais o poder político é uma forma de poder social abstrato e duradouro, que intervém no poder administrativo. Para os empiristas, as condições de aceitabilidade do direito e de dominação política constituem-se em condições de aceitação, e as condições de legitimidade são condições para a estabilidade de uma fé da maioria na legitimidade da dominação.

Abordando as teorias empiristas, o autor toma por base a doutrina de Werner Becker<sup>27</sup>. Para Becker (1982), a legitimação do poder político e do próprio direito decorre da aceitação das pessoas, empiricamente. Esta aceitação constitui-se em um fator de estabilização da autoridade política. Esta concepção acaba por significar que a validade das normas depende da vontade dos próprios sujeitos, através de seu próprio assentimento (HABERMAS, 2003).

São os próprios cidadãos que produzem a validade da norma, por meio de um ato de livre consentimento. Isto culmina por conferir um caráter positivista ao direito, pois vale como direito tudo aquilo que o legislador político, eleito consoante as regras, define como direito. Ainda quanto à validade, só é válido aquilo que todos poderiam querer. Quanto ao dilema no sentido de justificar o porquê da aceitação pelas minorias das normas impostas pela maioria, os empiristas concebem que a aceitação da regra da maioria constitui a ideia da domesticação da luta pelo poder. Em outras palavras, mantém-se o ambiente democrático por meio da maioria a pretexto de que, se não houver aceitação pela minoria, haverá o rompimento do acordo pela maioria, pondo em risco a segurança da própria minoria. Habermas assevera que, por esta ótica, a democracia significa simplesmente que uma parte do povo domina temporariamente a outra parte, havendo uma pressão social e psicológica intimidatória da maioria sobre a minoria. E a proteção das minorias se dá, segundo Becker, mediante o recurso das liberdades fundamentais clássicas, porquanto as maiorias têm medo de se tornarem elas mesmas minorias. Por isso, protegem as minorias (HABERMAS, 2003).

---

<sup>27</sup> BECKER, W. *Die Freiheit, die wir meinen*. Munique: [s.n.], 1982.

Habermas assevera que o processo da política deliberativa constitui o cerne do processo democrático, e na perspectiva liberal este processo se realiza exclusivamente na forma de compromissos de interesses baseados nos direitos fundamentais liberais. Já a interpretação republicana vê a formação democrática da vontade concretizando-se por meio do autoentendimento ético-político. O conteúdo da deliberação necessita do respaldo do consenso entre os sujeitos privados, a ser exercido pelas vias culturais (HABERMAS, 2003).

Já a teoria do discurso conjuga elementos de ambos os lados, integrando-os no conceito de um procedimento ideal para a deliberação e a tomada de decisões. Em essência, por este prisma, o processo democrático e sua razão prática passam dos direitos humanos universais ou da eticidade concreta de uma determinada comunidade para as regras do discurso e as formas de argumentação, que extraem seu conteúdo normativo da base de validade do agir orientado pelo entendimento. Em última análise, da estrutura da comunicação linguística e da ordem insubstituível da socialização comunicativa (HABERMAS, 2003).

Na visão republicana, a sociedade é uma sociedade política, distinta do Estado. Por isso, democracia é sinônimo de autorregulação política da sociedade. Na visão liberal, entretanto, essa separação entre aparelho do Estado e sociedade tem que ser superada pelo processo democrático. O equilíbrio entre ambos passa pelo Estado de Direito. O Estado não é um incômodo para o intercâmbio social espontâneo das pessoas privadas. No modelo liberal, não há autorregulação democrática das pessoas, mas sim uma normatização constitucional e democrática de uma sociedade econômica que visa a garantir o bem comum às pessoas em condições de produzir (HABERMAS, 2003).

Para a teoria do discurso, que se situe entre o republicanismo e o liberalismo, o surgimento de uma política deliberativa independe de uma cidadania capaz de agir coletivamente, mas sim da institucionalização dos respectivos processos e pressupostos comunicacionais, bem como do jogo entre deliberações institucionalizadas e opiniões públicas que se constituíram de modo informal.

A teoria do discurso dispensa a autorregulação da sociedade e, também, a existência de normatização constitucional anêmica de valores, que regulam de modo neutro o equilíbrio do poder e dos interesses conforme o mercado (HABERMAS, 2003). Conta com a intersubjetividade de processos de entendimento, situada num nível superior, que se realizam por meio de procedimentos democráticos ou na rede

comunicacional de esferas públicas políticas. Há uma rede composta pela formação pública da vontade, decisões institucionalizadas e deliberações legislativas, formando um poder aplicável administrativamente pelo caminho da legislação, com legitimidade. Se na interpretação liberal a formação democrática da vontade tem como função única a legitimação do exercício do poder político, na interpretação republicana, a vontade tem uma função muito mais importante que é constituir a sociedade como uma comunidade política que se mantém viva a cada eleição na consciência deste ato formador (HABERMAS, 2003).

Na teoria do discurso, há o reconhecimento da política, como um médium materializado por meio do direito. De qualquer modo, as deliberações políticas devem ser permeadas por uma socialização política esclarecida, extraída especialmente de associações que formam a opinião, dificultando as intervenções diretas do aparelho político (HABERMAS, 2003).

A estabilização das relações sociais é o fim que legitima funcionalmente o poder político, funcionando o Direito como termo médio dos requisitos para esta legitimidade. O sistema jurídico, desse modo, se legitima a partir desses fins, sustentando o caráter democrático das políticas públicas (NOGUEIRA, 2013).

Um pressuposto básico de Habermas, ao abordar a ética do discurso, é o fato deste sofrer limitações temporais e espaciais, bem como derivar dos ambientes sociais nos quais se desenvolve. Além disso, os participantes são movidos por diversos motivos, além do único aceitável para o autor, que seria a busca cooperativa da verdade. Por isso, é necessária a existência de dispositivos institucionalizados capazes de neutralizar as influências internas e externas derivadas das limitações empíricas inevitáveis. Considerando essas variáveis, os dispositivos institucionalizados permitem encontrar as condições idealizadas, ao menos em termos aproximados (HABERMAS, 1989). Essa compreensão vai ao encontro da disciplina constitucional e infraconstitucional do direito à saúde brasileiro (dispositivos institucionalizados) que permite, a partir da deliberação pública entre gestor e comunidade, a fixação dos itens que serão disponibilizados ao cidadão sem que se tenha, a cada inovação tecnológica que se decida incorporar à lista de prestações do SUS, por exemplo, de passar por novo processo legislativo, sempre lento e complexo e que não acompanha a velocidade da demanda de compatibilização das necessidades sociais do momento em matéria de saúde com as disponibilidades orçamentárias (limitações empíricas inevitáveis).

As representações normativas que constituem os dispositivos institucionalizados são extraídas involuntariamente da pré-compreensão intuitiva da argumentação em geral. Com isso, os discursos teóricos foram institucionalizados na atividade científica, acadêmica, e os discursos práticos na atividade parlamentar.

Partindo da teoria da Universalização do Discurso, que contempla a busca do consenso, embora nem sempre possível e nem sempre obtido, pressupondo que todos os participantes tenham condições de se manifestarem em pé de igualdade, respeitadas as características individuais, Habermas apregoa que na elaboração do discurso não se pode seguir ou exigir regras imutáveis. Temos que nos contentar com aproximações. Habermas não comunga do pensamento de Alexy no sentido da imprescindibilidade de todos os discursos satisfazerem as regras por ele apregoadas. Não se pode comparar as regras de um jogo de xadrez, que são factuais e objetivas, com as regras do discurso, que são representações de pressuposições pragmáticas, elaboradas tacitamente e mediante intuição (HABERMAS,1989).

Quando se trata de construir discursivamente pretensões de validade normativas, todos os que participam das argumentações com este desiderato aceitam intuitivamente condições de procedimento que condizem com um reconhecimento implícito do princípio da universalização. Daí que uma norma controversa só será aceita entre os participantes de um discurso prático se o princípio da Universalização for aceito, ou seja: a) se as consequências e efeitos colaterais de uma regra controvertida forem aceitos por todos sem coação; b) quando a validade de uma norma pressupõe o assentimento de todos os envolvidos enquanto participantes de um discurso prático (HABERMAS, 1989).

O Princípio da Universalização é o único princípio moral, e vale como regra da argumentação pertencente à lógica do discurso prático. O princípio da Universalização deve ser diferenciado de qualquer outro princípio ou norma básica conteudista que só podem constituir o objeto da argumentação moral. Também se distingue do conteúdo normativo das pressuposições da argumentação, que é explicitado por regras, e do princípio da ética do Discurso, que representa a ideia fundamental de uma teoria moral. Porém, não pertence à lógica da argumentação (HABERMAS,1989).

Por isso, a partir do Princípio da Universalização, é possível fundamentar normas, pressupondo a interação não coitada entre os participantes, que devem

interagir livremente e em condições de igualdade na busca de sua validade. Esta pressupõe a construção de uma ética do discurso a partir da necessária dialética de argumentos, sempre contingenciais e relativizados por diversos fatores intrínsecos e extrínsecos à própria norma.

Habermas diz que é possível encontrar novas possibilidades de controle para a ética do discurso se não aspirarmos mais ao fundamentalismo da filosofia transcendental tradicional. Com esse afastamento da filosofia metafísica tradicional, afirma ser possível construir representações morais e jurídicas empiricamente constatadas. A ética do Discurso, assim, poderá ser inserida dentre outras teorias do desenvolvimento da consciência moral e jurídica, fomentando o desenvolvimento sociocultural e tornando possível o controle indireto da própria validade das normas (HABERMAS, 1989).

Contudo, Habermas reconhece que a disputa entre o cognitivista e o cético não está totalmente resolvida. Os céticos não se dão por satisfeitos com a renúncia a pretensões de fundamentação última e com a perspectiva que almejam de confirmações indiretas da teoria do discurso. Também poderão pôr em dúvida a solidez da derivação pragmático-transcendental do princípio moral. Os céticos poderão ainda questionar a validade da ética do discurso para os propósitos da ética filosófica, a pretexto de se constituir em um formalismo vazio. Habermas não retira a razão dos céticos, que poderiam questionar o conceito do agir orientado para o entendimento mútuo, em detrimento do agir orientado para fins (agir estratégico, agir para o sucesso), sob o argumento de que este agir destinado ao consenso poderia prejudicar seu objetivo de comunicação não coitada, na medida em que já estaria conduzindo a um fim almejado de antemão (HABERMAS, 1989).

Para refutar os possíveis questionamentos dos céticos, Habermas afirma que o agir comunicativo constitui uma ordem autossustitutiva. Diz que a possibilidade de escolha entre o agir comunicativo e o agir estratégico é abstrata, somente sendo viável pela ótica do indivíduo isoladamente. Diante da realidade de vida social intensa, bem como das estruturas de tradição cultural, da integração social e da socialização, os processos discursivos somente se podem desenvolver por meio do agir orientado para o entendimento mútuo. O indivíduo não tem opção de um salto prolongado para fora dos contextos do agir dirigido para o entendimento mútuo. Fora disso, pouco lhe resta, salvo casuisticamente. Habermas chega a alegar que o agir estratégico, diante da realidade de mundo atual, significa a retirada para dentro do

isolamento monástico do agir estratégico – ou para dentro da esquizofrenia e do suicídio. A longo prazo, ele é autodestruidor. Alega que se o cético tiver observado a construção que por Habermas é feita, certamente poderá incorporar a proposta do princípio moral e a introdução do princípio da ética do discurso (HABERMAS, 1989).

Em suma, a ética do Discurso apresenta um procedimento com vistas ao resgate discursivo de pretensões de validade da norma. A ética do Discurso pode ser caracterizada como formal, não apresenta uma plataforma de conteúdos preexistentes, mas apenas um processo, o discurso prático. Não é um processo para a produção de normas que se considerem justificadas pela ética do discurso, mas sim um processo orientado para vasculhar a validade da norma já apresentada. Os conteúdos devem ser oferecidos à ética do Discurso, e a sua tarefa é a regulação de uma matéria social controversa. No sentido formal não significa uma alienação aos conteúdos, mas sim que os conteúdos serão debatidos no centro do diálogo, buscando o consenso. Assim, as concepções isoladas, individuais, serão postas de lado ante a aproximação da dialética com vistas ao consenso (Teoria da Universalização) (HABERMAS, 1989).

O formalismo ético é imprescindível e decisivo para encontrar um interesse universal, por meio da Universalização do discurso. Com ele, faz-se um corte entre o bom e o justo, entre enunciados valorativos e enunciados estritamente normativos. Os indivíduos participantes não devem guiar-se por preferências de valores, mas sim pela experiência de vida, de suas ações concretas (HABERMAS, 1989).

Especialmente em temas que alcançam maior repercussão na arena pública e nos meios de comunicação, e aqui direito à saúde é um bom exemplo disso, torna-se evidente que a sociedade tem de exercer parcela de influência sobre a condução da política, porque, neste caso, ecoa no espaço público não hierarquizado (e, talvez, não exatamente oficial como o controle social) que deve exercer um controle difuso, mas constante, sobre as decisões e até sobre pauta dos espaços oficiais, a importância dos argumentos apresentados nas instâncias formais de representação (MENDONÇA, 2013).

### 6.1.2 As especialidades dos discursos: o direito à saúde na lógica dos discursos de fundamentação e aplicação

Buscando uma racionalidade interpretativa que garanta a coerência da aplicação das normas jurídicas a partir da teoria do direito com foco nas condições do princípio da universalização, especialmente para a solução daqueles casos de aparente colisão entre direitos fundamentais, Habermas se vale da distinção proposta por Klaus Günther entre discursos de fundamentação e discursos de aplicação dessas normas (HABERMAS, 1997).

Uma norma é “prima facie” válida, quando foi fundamentada de modo imparcial (validade), o que não quer dizer que, do ponto de vista da abstratividade da previsão hipotético-normativa, outras normas também não sejam “prima facie” aplicáveis ao caso sob exame, resultando daí a aparente colisão de normas que será resolvida quando, depois de consideradas todas as circunstâncias fáticas atuais deste caso (facticidade) se concluirá que, dentre as normas válidas aplicáveis “prima facie”, há apenas uma que a ele se aplica, donde teremos, então, uma aplicação imparcial. As lacunas, que porventura tenha havido quando da fundamentação da norma no momento de sua elaboração, por impossibilidade de previsão da facticidade de todas as circunstâncias futuras, fecham-se no momento da aplicação imparcial (HABERMAS, 1997, p. 270).

Desse modo, tanto Habermas quanto Günther sugerem dois momentos distintos de compreensão das normas e em que distintos serão os discursos aplicáveis. No momento da confecção da norma, mais peculiar às assembleias e parlamentos, onde se manejam argumentos morais e políticos guiados pelo princípio da Universalização, predominam os discursos de fundamentação (HABERMAS, 1997).

No momento da seleção da norma aplicável ao caso concreto sob análise, que não é mais o caso de justificar aquelas normas que o legislador “prima facie” concluiu válidas, operam os discursos de aplicação que, a partir das peculiaridades deste caso e estabelecendo uma aplicação imparcial que considere a participação dos destinatários da norma, identificará qual a norma correta a ser aplicada (HABERMAS, 1997). Esta ideia vai exatamente ao encontro da formulação da participação comunitária prevista pelo artigo 198, inciso III, da Constituição e da Lei 8.142 (BRASIL, 1990b), que determinam a participação social na decisão de que

necessidades, e de que prestações, devam ser entregues pelo Estado ao cidadão e à coletividade à guisa de concretização do direito fundamental à saúde.

Em sua “Teoria da Argumentação na Moral e no Direito”, quando separa os momentos de justificção e de aplicação das normas, Günther (2004), de fato, está a discriminar discursos pautados por argumentos de diferentes naturezas. Nos discursos de fundamentação o que se quer é elaborar normas válidas, orientadas pelo princípio da universalização, em que se ponderam os objetivos da totalidade daqueles que, neste momento, sejam previsivelmente atingidos pela norma que se debate. É neste momento que se fundamentam as normas morais, antecipando-se, dentro das possibilidades de previsão, as hipóteses de incidência da norma. Faz-se a generalização dos fatos que dariam suporte à incidência da norma, sem que se tenha como prever que particularidades terá o caso futuro a suportar essa incidência. A relevância do fato a ser condicionado pela norma é medida por sua capacidade de universalização ao ponto de ser aceito por todos os hipoteticamente passíveis de terem seus interesses atingidos pela norma. Assim, uma norma se justifica desde que o resultado de sua observação, e eventuais incômodos, sejam aceitos por todos nas mesmas condições e segundo o particular interesse de cada atingido (GÜNTHER, 2004).

Já nos discursos de aplicação, que são pautados pela ética discursiva na formulação Habermasiana, se aplicam ao caso concreto normas já validadas pelos discursos de fundamentação, considerando aquelas circunstâncias e peculiaridades que não eram passíveis de previsão no momento da justificção e formulação da norma, desde que observadas as condições ideais de fala que Habermas coloca como princípios do discurso do tipo: igualdade na participação, verdade das proposições, sinceridade quanto às propostas, correção dos argumentos, ausência de contradição, não coação, requisitos indispensáveis para a prevalência do melhor argumento (GÜNTHER, 2004). Neste momento se evidenciam aqueles fatos não previstos pela generalidade da norma e que são fundamentais para a aferição dos efeitos de sua aplicação, isto é, o que não era previsível no momento da formulação da norma não a invalida, mas é relevante para modular a sua incidência e determinar que obrigações surgem a partir daí. Desse modo, para Günther (2004), uma norma só produz obrigações definitivas depois que os discursos de aplicação operam, a partir de uma completa descrição das circunstâncias fáticas onde se

considere tudo aquilo que não poderia ter sido antecipado quando da formulação da norma.

Günter (2004), portanto, contextualiza a validade previamente dada de uma norma com a facticidades que o caso concreto exige para sua incidência. Nos discursos de aplicação se utilizam argumentos jurídicos para justificar a forma como se pretende coordenar as ações.

Desse modo, é possível construir uma perspectiva a partir da qual o Direito à Saúde seja adequadamente lido e aplicado. Do ponto de vista da democracia deliberativa constroem-se uma séria de indicativos para estabelecimento da disciplina jurídica desse direito, desde a Constituição até o último ato normativo de aplicação, sendo que todos esses momentos de aplicação ou de justificação de normas que balizam tais decisões devem considerar, pelo menos e “prima facie”: a historicidade desta construção jurídica; o caráter social e público da responsabilidade pelas prestações; a eticidade de um objetivo do Estado Brasileiro de realizar, com o esforço comum dos três entes federativos, este direito social que foi construído comunitariamente; o resgate do compromisso de realizar diretamente pela administração este serviço social; a imposição constitucional de que o cidadão é, permanentemente, o construtor deste direito e das políticas públicas que o asseguram e não mero consumidor passivo de eventuais prestações, sendo que nesta construção haverá sempre uma mescla de discursos de aplicação e de discursos de justificação pautados pela ética do princípio da universalização, conjugando os interesses individuais com o interesse coletivo (BITENCOURT; RECK, 2018a).

Exemplificativamente tem-se o caso do orçamento da saúde e da comprovação dos gastos feitos nesta área. A Emenda Constitucional 29/2000, a Lei Complementar 141 (BRASIL, 2012) e o art. 36 da Lei 8.080 (BRASIL, 1990a) dão as bases para a construção do orçamento anual a partir de elementos como percentuais mínimos de gastos com saúde, despesas que podem compor esses gastos e participação da comunidade tanto para a previsão orçamentária quanto para a prestação de contas da despesa. A decisão de quanto efetivamente colocar no orçamento para fazer frente às necessidades de saúde fundamenta-se, ética, moral e racionalmente em um discurso de justificação, pois cada indivíduo tem autointeresse de que parte do orçamento público seja alocado para cuidar de sua saúde. Portanto, os instrumentos de controle dessa decisão, sejam eles

comunitários (controle social) ou estatais (internos ou externos), que permitem seja ela substituída por outra em caso de colisão com aquelas regras, terão suporte em argumentos que se agrupam em discursos de aplicação, que podem, até mesmo, reconstruir os argumentos morais, éticos e de auto interesse como legitimidade, economicidade, eficiência e legalidade que orientaram os discursos de fundamentação da norma, para concluir que a decisão de fazer determinado gasto é ilegítima e precisa ser substituída (BITENCOURT; RECK, 2018a).

Assim, identifica-se aqui mais um momento em que a leitura da Constituição de 1988 pelo prisma da Democracia Deliberativa e da Teoria do Discurso reafirma a compreensão de que desconsiderar a participação comunitária, como construtora e legitimadora do direito à saúde, inverte a lógica constitucional de conformação deste direito.

## **6.2 O direito como médium: o meio de conversão do poder comunicativo em poder administrativo a partir da formação dos consensos**

As situações de elevada contingência e complexidade em que operam os critérios seletivos internos dos sistemas de comunicação social e jurídico na área da saúde, num país de dimensões continentais, diferenças extremas e que se atreveu a construir uma atenção pública e universal de saúde, exigem uma abordagem com referencial teórico jurídico-social de base comunicacional, sistêmica e autorreferencial, por isso, a matriz pragmático-sistêmica também é útil para observação dos fenômenos que ocorrem nas comunicações entre comunidade e direito na área da saúde, pois em uma visão abrangente participação e controle sociais podem ser vistos como qualquer possibilidade de influência em uma decisão (CAMPILONGO, 2012; BITENCOURT, RECK, 2018a).

Assim, com o implemento do paradigma da filosofia da linguagem, mais precisamente desde o início do Séc. XX com a virada linguístico-pragmática, a dicotomia jusnaturalismo versus juspositivismo torna-se uma perspectiva insuficiente para a compreensão do direito, tornando o embate entre facticidade e validade fundamental para a inteligência do complexo fenômeno jurídico que aí se inaugura (ALMEIDA e RECH: 2013, p. 54).

Esse embate entre facticidades e validade, atualmente, pode ser analisado por duas perspectivas distintas. Numa perspectiva interior, o embate entre

facticidade e validade faz com que os integrantes do grupo de observadores jurídicos decidam entre ângulos diferentes pelos quais intentem analisar as disposições jurídicas: o objetivador que, visando concretização de interesses pessoais, orienta-se por argumentos estratégicos e percebe o direito como um obstáculo fático (uma determinação posta por ato de autoridade e que deve ser cumprida sob ameaça de castigo) e que reduz excessivamente sua esfera de atuação; e o performativo, este age comunicativamente, utiliza o entendimento linguístico por instrumento de coordenação da ação e compreende o direito na sua perspectiva de validade, como regra jurídica cuja pretensão de correção se resgate discursivamente apoiada em um juízo racional de moral. Noutra perspectiva, a exterior, de um ângulo sociológico do embate entre facticidades e validade, o direito aparece como um mediador, um médium, entre os sistemas sociais e a realidade, operando a linguagem jurídica como um elemento de transformação no deslocamento da comunicação entre estes sistemas e o mundo, especialmente por traduzir a linguagem estratégica (que existe especialmente nos sistemas burocráticos, de poder, e econômico guiado pelo dinheiro) em discurso de comunicação, que constitui a realidade cotidiana e vice-versa. Realiza o direito, desse modo, sua função de integração social (ALMEIDA; RECH, 2013).

O direito assim entendido supera o embate jusnaturalismo/positivismo, ao mesmo tempo em que realiza os ideais do “Estado Democrático de Direito”. Desta perspectiva o direito é compreendido como ação de indivíduos que, orientados por argumentos estratégicos, ainda que na busca de metas pessoais, manejam parte de sua autonomia privada e obtêm respeito aos seus direitos individuais, como, também são sujeitos que, orientados por uma razão comunicativa voltada ao consenso recíproco, manejam sua autonomia política e cooperam na construção e legitimação do direito (ALMEIDA; RECH, 2013).

Comunidade e direito, como sistemas autorreferenciais descritos, observados e atuantes por meio de comunicações que perduram no tempo, vinculam-se a reações funcionais e expectativas ao longo do tempo que podem ser adaptativas, e, portanto, cognitivas, ou de contrariedade com determinadas ocorrências ou decisões, logo normativas. Tanto o direito quanto a sociedade são sistemas que enlaçam expectativas normativas e daí o sistema jurídico observa a participação social como exigência de funcionamento do próprio direito (CAMPILONGO, 2012).

Bitencourt e Reck (2018a) bem exemplificam a necessidade de conexão comunicativa entre comunidade e direito, dado o modelo constitucional vigente no Brasil:

O caráter aberto da Constituição não só permite a ligação de diversos paradigmas de interpretação e teorias da Justiça, mas também permite múltiplas observações a partir de diferentes perspectivas democráticas. Com a Democracia Deliberativa percebeu-se que a Constituição possui uma normatividade, especialmente no que toca à saúde, que transborda não só auto interesse egoístico de seres buscadores da realização própria, mas também vai além de um projeto comunitário, alcançando uma cor moral universal. Este projeto, que claramente é realizado via políticas públicas e seus instrumentos administrativos na Constituição, aparece de modo incompleto, não prescindindo de deliberação para a sua efetivação (BITENCOURT; RECK, 2018a).

Veja-se, a Constituição produziu uma comunicação há muitos anos (três décadas), por um emissor que sequer existe mais, a Assembleia Nacional Constituinte instalada em 1986 e dissolvida com a promulgação da carta, mas produziu e continua a exigir comunicações, operações, enlaces e decisões nos sistemas social, jurídico, administrativo, que, especialmente no caso da saúde, precisam ser visualizadas através do prisma deliberativo, pois a Constituição estabeleceu um direito humano fundamental social e coletivo, que deve ser garantido pelo Estado/administração por meio de políticas públicas cujas diretrizes gerais foram postas na Constituição, especialmente a participação da comunidade na construção dessas políticas (art. 98, inc. III), mas sem especificar em detalhes, dada a dinâmica e complexidade que as operações do sistema de saúde sempre envolvem, os demais meios, modos e ações que necessitariam ser desenvolvidas para cumprimento desse mister. Isso ficou a cargo do legislador ordinário (Leis 8.080/90 e 8.142/90, leis que disciplinam vigilância sanitária, medicamentos, etc.), do gestor (administrador/poder executivo de cada nível) e da comunidade, por meio de suas instâncias de participação, a partir de atos ordenatórios (portarias, regulamentos, resoluções, propostas de legislação para criação, alteração de serviços e ações, construção de planos de saúde e orçamentos, etc.). Portanto comunicações e operações que se reiteram, mediadas pelo direito, deliberadas pela sociedade e que produzem novas regras jurídicas, mantêm ou alteram as existentes, sempre nos limites postos pela Constituição e pelos direitos fundamentais nela inscritos. Por isso necessitam de constante acompanhamento e controle a partir de argumentos de várias ordens, conexões com múltiplos espaços locais, o que permite

uma compreensão peculiar a partir da perspectiva deliberativa (BITENCOURT; RECK, 2018a).

Os intérpretes da Constituição, e das demais regras e princípios que regem o direito à saúde, não de ter sempre bem presentes essa necessidade de legitimação comunitária para a validade (HABERMAS, 2003) das políticas públicas de saúde, pois “[...] se o intérprete é incapaz de compreender o sentido democrático de um texto, a norma que ele produzirá terá conteúdo antidemocrático [...]” (CASARA, 2017, p. 74).

A teoria do discurso propõe que a opinião pública, transformada em poder comunicativo a partir de processos democráticos, não pode dominar por si mesma o uso do poder administrativo. Entretanto, pode direcioná-lo, influenciar para a direção das melhores decisões. Por isso, há a racionalização, que significa mais do que simples legitimação, porém menos do que a constituição do poder. É um médium entre a absoluta legitimação e, também, o absoluto exercício do poder. É o direcionamento, a influência, a intermediação (HABERMAS, 2003).

#### 6.2.1 A esfera pública e a formação dos consensos

Referindo-se aos atores da sociedade civil, opinião pública e poder comunicativo, Habermas enfrenta o conceito de esfera pública, considerando-o um fenômeno essencial. Descreve-a como uma rede adequada para a comunicação de conteúdo, tomadas de posição e opiniões. É uma estrutura comunicacional do agir orientado pelo entendimento. Destaca, entretanto, que as decisões adotadas na esfera pública são objetivas, no sentido de posições pró e contra. Por isso, uma opinião pública não é representativa no sentido estatístico, porquanto naturalmente obtida em espaço público não mobilizado. Assim, a qualidade da opinião pública deve ser medida pelas qualidades procedimentais de seu processo de criação. (HABERMAS, 2003).

Apona que Parsons introduziu a “influência” como uma forma simbólica de comunicação, que regula a convicção ou a persuasão. É possível que, na via comunicativa, pessoas ou instituições exerçam influência em virtude de suas posições, beneficiando ou deturpando a opinião pública. Veja-se, a esse propósito, a influência publicitária. Por isso, a influência político-publicitária somente pode ser positiva quando transformada em poder político por meio de processos institucionalizados (HABERMAS, 2003, p. 95).

Na esfera pública, há uma luta intensa por influência, quer seja política (de funcionários, partidos ou grupos como o Greenpeace, a Anistia Internacional, etc.), mas também por grupos de pessoas e de especialistas que conquistaram sua influência por meio de esferas públicas especiais (igrejas, literatos, artistas, cientistas, etc.). De qualquer sorte, as opiniões públicas podem ser manipuladas pelos grupos de interesse, mas não compradas publicamente ou obtidas por meio da força.

Ao tratar das barreiras e estruturas de poder que surgem no interior da esfera pública, Habermas salienta que a sociedade civil pode ter, em certas circunstâncias, opiniões públicas próprias, que são capazes de influenciar o complexo parlamentar. Tais concepções podem obrigar o sistema político a modificar o rumo do poder oficial. Entretanto, há certo ceticismo da sociologia neste aspecto, em virtude do domínio pelo poder e pelos meios de comunicação das esferas públicas tradicionais. Neste particular, Habermas acentua a possibilidade de influência dos meios de comunicação, em especial dos meios de comunicação de massa, em manipular a vontade e os atores políticos. Afirmar que, ao tomarmos consciência da imagem difusa da esfera pública veiculada pela sociologia da comunicação de massa, submetida ao poder e dominação dos meios de comunicação de massa, aumenta o ceticismo com relação às chances de a sociedade civil vir a exercer influência sobre o sistema político (HABERMAS, 2003).

Para superação das barreiras em situações críticas, Habermas lembra que os atores da sociedade civil, muito negligenciados, podem assumir um papel surpreendentemente ativo e pleno de consequências, quando tomam consciência da situação de crise. A sociedade civil possui uma sensibilidade maior para os novos problemas, conseguindo captá-los e identificá-los antes que os centros da política. Por isso, a iniciativa para a solução dos problemas é mais facilmente encontrada quando parte da periferia (sociedade civil), que possui condições de encenar e de dramatizar as contribuições, fazendo com que os meios de comunicação de massa se interessem pela questão. E o último meio para chamar a atenção para determinados problemas é a desobediência civil. E a explicação para postura desse jaez é uma compreensão dinâmica da constituição, que se constitui em um diploma sempre inacabado (HABERMAS, 2003).

### 6.3 O conteúdo do princípio da soberania popular

Prescreve o parágrafo único do art. 1º da Constituição de 1988 que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição.

A Constituição, portanto, idealizou um caráter normativo à noção de soberania popular, que se constitui em um princípio diretor do exercício da política e mais precisamente de todos, e de cada um, dos esforços de construção institucional. E esta prescrição já no primeiro artigo, determina ao intérprete esta pré-compreensão para a leitura de todos os demais artigos da Constituição, notadamente porque isto é o principal fundamento da noção de cidadania que se imbrica com estado de direito e democracia (REIS, [201-]).

Desde os clássicos da antiguidade é possível perceber a relação intrínseca entre estado de direito, democracia e cidadania. Aristóteles, por exemplo, afirmava que o conceito de cidadão depende da forma de governo e que a definição por ele apresentada está bem adaptada ao cidadão da democracia. Assim, aquele “[...] que tem o poder de tomar parte na administração deliberativa ou judicial de alguma cidade, dizemos que é cidadão daquela cidade, e falando em geral, uma cidade é um corpo de cidadãos suficiente para atender às necessidades da vida [...]”. Ademais, cidadão é aquele que participa do governo (ARISTÓTELES, 2011, p. 58).

Uma cidade necessita de vários tipos de serviços, pois deve visar a “[...] autossuficiência no que tange às necessidades da vida, abundância natural de fontes na cidade; e cuidados especiais com a saúde da população [...]” (ARISTÓTELES, 2011, p. 100). Por isso é necessário, para que uma democracia seja boa, a participação de todos na escolha dos magistrados. Embora nem todos os habitantes da cidade, naquela época, fossem considerados cidadãos, é de se destacar a importância que dá o filósofo à participação cidadã na construção das coisas públicas, na medida em que elas atenderão às necessidades da vida como, por exemplo, o atendimento às condições de saúde da população (ARISTÓTELES, 2011).

Segundo Rousseau, apenas para citar um dos contratualistas, o homem nasce livre e aquele que se julga senhor dos outros é tão escravo quanto a quem escraviza. A ordem social é um direito sagrado, mas não advém da natureza e sim se funda em convenções. Sempre haverá diferença entre submeter uma multidão e

dirigir uma sociedade, porque, na primeira, há escravidão, onde o interesse do homem que submete a sociedade é sempre privado. Por isso, no “pacto social” há a necessidade de os homens associarem-se em razão da necessidade de somarem suas forças para prevalecer sobre a resistência (ROUSSEAU, 1996, p. 19).

O contrato social traz uma solução para o problema de encontrar “[...] uma forma de associação que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, ao unir-se a todos, obedeça somente a si mesmo e continue tão livre quanto antes [...]”. As cláusulas deste contrato são sempre as mesmas e resumem-se em uma única: “[...] a alienação total de cada associado, com todos os seus bens à comunidade inteira [...]”. Nesse sentido, em razão da igualdade, ninguém quer que o fardo se torne pesado demais. Trata-se, na verdade, de os homens renunciarem a sua liberdade, saindo do estado de natureza, em nome do coletivo, da vontade e das leis gerais. Por fim, se violado este pacto social, cada indivíduo retorna aos seus primeiros direitos e sua liberdade natural, perdendo a liberdade convencional trazida pelo pacto (ROUSSEAU, 1996, p. 22).

A soberania é inalienável, no sentido de que esta, por ser o exercício da vontade geral, não pode ser transmitida, e o soberano, enquanto ser coletivo, só pode ser representado por ele mesmo. A soberania também é indivisível, onde ou a vontade é geral, ou ela não existe. Assim, uma vez declarada esta vontade geral ela transmuda-se em ato de soberania, virar lei (ROUSSEAU, 1996).

A vontade geral atua de forma reta e visando a utilidade pública, mas a vontade do povo nem sempre é reta. Assim, para chegar-se à vontade geral, devem-se excluir os mais e os menos, ou seja, enquanto a vontade geral considera apenas o bem comum, a vontade de todos é uma soma de vontades particulares. Então, tirando-se os mais e os menos, fazendo-se um sopesamento, ter-se-á a vontade geral (ROUSSEAU, 1996).

A soberania é adquirida pelo pacto social e pela vontade geral. Os compromissos do corpo social só são obrigatórios por serem mútuos, por serem iguais, não havendo diferenciações entre os indivíduos, de forma que todos têm os mesmos direitos e os mesmos deveres. Nesse sentido, a vontade geral, para ser tal, deve ser assim em sua essência, partindo de todos para aplicar a todos, sem considerar algum objeto individual e coletivo, sob pena de perder sua retidão. Assim é que se tem o ato de soberania: como o ato que é autêntico da vontade geral. E perguntar “[...] até onde se estendem os direitos respectivos do Soberano e dos

Cidadãos é perguntar até que ponto estes podem comprometer-se consigo mesmos, cada um em relação a todos e todos em relação a cada um [...]”. O limite do soberano é aquilo que dispõem as convenções gerais, a vontade geral, a lei (ROUSSEAU, 1996, p. 42).

Lei para Rousseau (1996) é aquela deliberação que parte do povo inteiro para o povo inteiro, ou seja, é a vontade geral que será aplicada a todos. República, desse modo, é todo o Estado regido por leis, e quando o interesse público é quem governa (ROUSSEAU, 1996).

A teoria da soberania popular, embasada na teoria contratualista de Rousseau, prevê o assentimento de todos para a formação de um corpo coletivo moral representativo da vontade geral. Prepondera o coletivo sobre o individual, e nesta conjugação Rousseau concebe que a formação dessa pessoa coletiva conjuga os interesses individuais. Por isso, não haverá interesses contrapostos, pois os indivíduos prestaram seu consentimento para a vontade geral. Isso assegura sua imparcialidade (NINO, 2003).

Mais recentemente, Norberto Bobbio (2015), quando tratou do conceito de democracia, também enfatizou a necessidade de participação como determinante para a distinção desta das formas de governo autocrático, onde se faz necessário estabelecer por regras fundamentais com que procedimentos se tomam as decisões de caráter geral e quem está autorizado a tomá-las.

Um cidadão é uma pessoa que se relaciona com outras pessoas, que vive em comunidades, associações, grupos sociais onde participa das atividades comuns para realizar os projetos comuns e os valores comuns (LAPIERRE, 2003).

O Estado de Direito, estabelecido sob o primado da lei e da Constituição, contém as regras mais adequadas ao exercício do poder político. O regramento dos conflitos por meio da lei, ou mesmo por intermédio da negociação, em substituição aos procedimentos violentos desagregadores, caracteriza as sociedades que têm o poder organizado por meio do Estado. Suas instituições estão especializadas no estabelecimento e na aplicação da lei. Estado de direito é o espaço não arbitrário onde se respeitam leis, que submetem a todos, governantes e governados, que protegem os direitos dos cidadãos e onde o poder se submete a regras que definem competências e procedimentos (LAPIERRE, 2003; GORCZEVSKI, 2014).

Política é toda a forma de ação humana no sentido de interferir nos destinos da sociedade. "Arte de gestão dos assuntos públicos e a tomada de postura sobre

as decisões fundamentais que comprometem a vida e o futuro de uma comunidade [...]” (GORCZEVSKI, 2014, p.124). Portanto, fazer política é eleger entre as possibilidades, a que parece mais desejável. Significa eleger uma opção dentre as possibilidades. Porém, exige duas coisas: uma reflexão rigorosa sobre o que é válido fazer, e um conhecimento exato e claro do que é possível fazer (LAPIERRE, 2003).

Essas duas condicionantes da participação política passam pelo que os autores chamam de uma “[...] educação para a cidadania [...]”, que é uma forma de exercício da prática democrática. Bobbio, neste caso então, cita John Stuart Mill, quando este último divide os cidadãos em ativos – preferidos da democracia – e passivos – preferidos dos governantes; e, também, quando afirma que a participação política tem valor educativo (BOBBIO, 2015, p. 56).

Nesse sentido Lapierre (2003) faz observações importantes na medida em que as sociedades, atualmente, são muito suscetíveis a influências, como por exemplo, da mídia, que exerce forte intromissão na mente das pessoas. Hoje, o que é bom ou ruim não brota necessariamente da própria vontade das pessoas, mas daquilo que incute nas pessoas. Se um regime é tanto mais democrático quanto mais participam os cidadãos nas decisões legislativas e governamentais, os regimes de nossos Estados ocidentais são cada vez menos democráticos. Nas democracias, não se deve ter nenhum corpo intermediário entre os cidadãos e o Estado. Para inverter esta tendência, as sociedades devem formar cidadãos politicamente ativos e capazes de civismo (LAPIERRE, 2003).

Robert Dahl (2001, p. 204) também põe destaque para essa “[...] educação cívica [...]”, que depende da quantidade de educação formal que o cidadão recebe, da competição entre os que desejam postos políticos, da participação dos partidos políticos na produção de informação e de programas partidários confiáveis, do tipo de informação que é produzida pelas associações e movimentos de que o cidadão participa, da mídia, etc. de modo que as mudanças são implementadas por incremento, um passo de cada vez e não por grandes saltos no escuro. Mudanças incrementadas lentamente tendem a durar. Isto porque há várias dificuldades que se apresentam para a plena participação política, uma delas, e talvez a principal é a de ordem econômica, uma vez que o capitalismo de mercado não será provavelmente suplantado, pois todas as tentativas socialistas, comunistas, etc. do séc. XX naufragaram, há a necessidade de controlar efeitos como a desigualdade de acesso

aos recursos políticos produzida pela economia de mercado. Por isso, uma das necessidades imperativas dos países democráticos é melhorar a capacidade de o cidadão envolver-se de modo inteligente na vida política (DAHL, 2001).

Os novos tempos exigem um resgate dos valores do homem por meio do relacionamento, do resgate da palavra. Como sustenta Lapierre (2003), não existe um indivíduo abstrato. O homem é um indivíduo com suas condições de existência naturais e sociais. Uma pessoa que em tal se converteu por suas relações com outras pessoas nas comunidades. Nessa linha escreve Bobbio que quando se busca saber se houve um desenvolvimento da democracia em um determinado país, deve-se indagar se houve um aumento dos espaços onde se pode exercer o direito de participar das decisões, como por exemplo, em espaços não políticos. Para ele “[...] uma maior distribuição do poder abre as portas para a democratização da sociedade civil e finalmente a democratização da sociedade civil alarga e integra a democracia política [...]” (BOBBIO, 2015, p. 104).

Assim, mesmo a partir da afirmação de que a passagem do Estado Liberal para o Estado Social se deu com a modificação do papel do Estado, de uma postura negativa, para uma positiva, não se pode negar que o Estado estava baseado somente em impedir danos, sem que se preocupasse com a “[...] promoção de comportamento útil à convivência ou tão-somente à sobrevivência [...]”. É de se dizer: não basta a justiça comutativa, precisando-se, também, da justiça distributiva (BOBBIO, 2015, p. 177-178).

Habermas propõe a conciliação entre soberania popular e estado de direito. No âmbito da ética do discurso, busca um modelo ideal de comunicação que inclui a participação de todos no processo comunicativo, em condições de igualdade e liberdade. No plano da teoria social, Habermas tem a esfera pública como o principal espaço no qual as expectativas normativas que surgem do mundo da vida são racionalizadas pela comunicação, para, então, legitimar o processo decisório que ocorre no âmbito estatal. Este espaço público pressupõe a participação permanente do povo, sem a necessidade de assembleias formais, inviáveis no modelo complexo de sociedade atual. Habermas entende que, diante do contexto de complexidade e pluralismo social existente, é necessário encontrar uma fonte de legitimidade, que decorre do processo democrático de legiferação, que garanta condições igualitárias de inclusão na deliberação pública. Respeitadas as condições procedimentais, a soberania popular tem absolutas condições de decidir (SOUZA NETO, 2006).

Porque todos sofrem as consequências, todos devem participar na tomada da decisão. O direito de participação nos assuntos públicos que delineiam os destinos da comunidade está previsto nos principais documentos internacionais e nas constituições de vários Estados modernos. A cidadania participativa conduz a um sentimento de pertencimento comunitário que se retroalimenta e obriga à participação. Os desafios dos novos tempos exigem essa coesão, e, certamente, deve ter sido este um dos sentimentos que inspiraram o controle social e a participação comunitária que se construiu para o SUS (GORCZEVSKI, 2014).

#### **6.4 Contribuições da democracia deliberativa para qualificar os procedimentos: O acesso Universal ao processo deliberativo como legitimador do Direito**

A Teoria da Democracia Deliberativa, ainda que a nossa Constituição se inspire em vários pontos no comunitarismo, traz importantes ingredientes que podem servir de diretrizes para a interpretação constitucional. Os processos previstos pela democracia deliberativa também podem ser entendidos como espaços de consenso comunitário voltados à concretização de direitos a partir de procedimentos que conectem o processo comunicacional desde a esfera pública até a conclusão da decisão política. Cada passo deste processo se fundamenta em discursos racionais que por isso, segundo Habermas, se traduzem em um peculiar ângulo de observação da Democracia que é diferente da perspectiva liberal, onde a esfera pública é invadida pela busca agressiva de impor determinada posição, ou, e também, diferente do ponto de vista comunitarista em que os processos de consenso se baseiam na tradição e, por isso, não atendem às exigências de racionalidade universalista (BITENCOURT; RECK, 2018a).

Na arena pública deliberativa, os discursos se abrem tanto aos argumentos práticos de autointeresse de cada participante, quanto aos propósitos de vida geral e coletiva e ainda para fundamentos de conteúdo universalista, assim chamados por Habermas de morais. A ideia de uma comunidade e de um ordenamento jurídico que se constroem por decisão numa democracia deliberativa atinge seu ápice, pelo fato de não se considerar, na esfera pública e no debate, uma comunidade pré-política nem direitos pré-políticos. O processo deliberativo se pauta pelos direitos fundamentais, dada a condição de justiça e lógica racional que os fundamenta, ainda que não se prescindia de sua historicidade (BITENCOURT; RECK, 2018a).

O fato de a Constituição de 1988 ter delineado uma proposta coletiva de sociedade, fraterna e solidária, com vistas, por exemplo, à erradicação da pobreza e das desigualdades sociais, torna esta visão muito importante para sua interpretação, pois haverá de se conjugar, com isto, a realização de projetos pessoais do indivíduo, mediados pela autonomia, livre iniciativa, dignidade da pessoa humana, além de se buscar a realização dos direitos de forte teor universalista como o direito à saúde (BITENCOURT; RECK, 2018a).

O direito à saúde, como, aliás, outros direitos fundamentais sociais e culturais do tipo educação, meio ambiente e assistência social, foi modelado pelo legislador constituinte de 1988 como uma conquista histórica, veja-se a esse propósito o que se disse nos itens 2.1 e 3.1., não sendo, portanto, preconcebido numa visão jusnaturalista. Ainda que o direito à saúde seja, provavelmente, o direito fundamental que tenha a disciplina constitucional mais pormenorizada de todos, esta ainda não é suficiente para lhe dar concretude, havendo muito espaço que foi delegado à deliberação infraconstitucional seja no parlamento, seja na administração, seja entre a comunidade e o gestor da política pública para a especificação das ações, planos, programas, itens que comporão as prestações que o orçamento público garantirá ao indivíduo e à coletividade (BITENCOURT; RECK, 2018a).

Tudo isso é parte do processo democrático que, mediado pela teoria do discurso, mesmo em sociedades complexas como as da modernidade, e desiguais socioeconomicamente como a brasileira, pode levar a consensos que garantam as propostas constitucionais.

Quando trata do processo democrático e do problema de sua neutralidade, Habermas indaga se a teoria do discurso, que pressupõe a socialização discursiva, é compatível com uma sociedade complexa. Para isso, vale-se da doutrina de Norberto Bobbio, que conceitua democracia de forma descritiva contendo seus pressupostos minimamente procedimentalistas. Bobbio estabelece um conceito formal de democracia. Habermas afirma que tal descrição não toca o núcleo de uma compreensão genuinamente procedimentalista da democracia. Este núcleo consiste na composição do processo democrático por discursos e negociações com o auxílio de formas de comunicação, que devem fundamentar a racionalidade para os resultados obtidos a partir do processo. Cita John Dewey como aquele que melhor traduziu este aspecto (HABERMAS, 2003).

Abordando a democracia pela a ótica das teorias sociológicas, Habermas refere a teoria do pluralismo, que concebe um conceito empirista de poder, considerando que o poder social se transforma em poder político distribuído entre o governo e as oposições. Esta teoria insere-se no liberalismo ao substituir os cidadãos e seus interesses individuais por organizações e interesses organizados.

Desde o final dos anos 60, há sinais evidentes de que o sistema administrativo só pode operar num espaço muito restrito, agindo mais em razão de contornar crises do que por meio de uma política que planeja. Estas crises são representadas no lado output, isto é, fora do próprio Estado, porque seus organismos são refratários a intervenções diretas. No lado input, o espaço de iniciativa do governo e dos partidos é restrito, haja vista a pouca fidelidade dos eleitores aos partidos e ao próprio governo. Surgem os déficits de legitimação e de regulação, que favorecem uma espécie de incrementalismo muito próximo do quietismo. Surge, assim, uma bifurcação de teorias. De um lado, a teoria do sistema, que se limita aos problemas de regulação de um sistema político declarado autônomo e reassumindo os problemas da velha teoria do Estado. Do outro lado, a teoria econômica da democracia, que se dedica quase exclusivamente ao processo de legitimação, com apoio nos pressupostos de um individualismo metodológico (HABERMAS, 2003).

Há, ainda, um esvaziamento do conteúdo normativo da democracia. Por parte da teoria do sistema, há uma racionalidade autorreflexiva da regulação, por meio da distribuição alternada do poder entre governo e oposição. Esta teoria, amparada na densificação dos complexos organizatórios, conclui que a sociedade constitui uma rede de sistemas parciais autônomos, que se fecham uns em relação aos outros, por meio de semânticas próprias, abandonando o conceito hierárquico de sociedade centrado no Estado. Com isso, a teoria dos sistemas contribui para uma teoria da democracia sem agregar algo novo, pois analisa o processo político apenas da perspectiva da autorregulação do poder administrativo, dividindo a política e o direito entre vários sistemas funcionais fechados entre si mesmos. Ocorre que os diversos sistemas, que são autônomos em virtude de seus códigos e semânticas próprias, perdem a capacidade de comunicação diretamente entre si, limitando-se a observarem-se mutuamente (HABERMAS, 2003).

Habermas assevera que ambas as teorias, a teoria econômica da democracia e a teoria dos sistemas operam com conceitos de poder insensíveis à relevância

empírica da constituição do poder do Estado de Direito, uma vez que não enfocam o nexo constitutivo que existe entre direito e poder político (HABERMAS, 2003).

Do ponto de vista da teoria da decisão, o componente normativo se esvai porquanto se valora tão somente o comportamento racional dos participantes do processo democrático que decidem votar (HABERMAS, 2003).

Quanto à teoria da escolha racional, Habermas destaca o pensamento de Elster, que amplia a teoria para acrescentar ao agir estratégico, que se refere às preferências e intenções individuais nas escolhas, o agir regulado por normas. Pressupõe que há uma validade social das normas que as legitimam antes do reconhecimento individual de sua validade. Elster descobre que a formação parlamentar da opinião e da vontade não pode ser explicada conforme as premissas empiristas de um equilíbrio de interesses, regulado pelo poder. Este processo envolve discursos e negociações. Por isso, há uma mudança de perspectivas, passando-se da teoria da escolha racional para a da teoria do discurso, na qual os resultados da política deliberativa podem ser concebidos como um poder formado comunicativamente (HABERMAS, 2003).

Refere, também, uma crítica à abordagem da teoria dos sistemas feita por H. Wilke, porquanto a sociedade, composta por vários subsistemas, torna-se autopoietica, caminhando para a autonomia fracionada dos grupos. Estes constituem semânticas especializadas próprias que, apesar de algumas vantagens, suspendem a troca direta de informações com o ambiente, impedindo a existência de uma linguagem comum que poderia representar a unidade da sociedade. Não há mais um local comum no qual problemas relevantes para toda a sociedade sejam percebidos e elaborados. Assim, as linguagens especializadas dos grupos segmentados também impedem a existência de uma caixa de ressonância suficientemente complexa para a tematização e o tratamento de problemas que envolvem a sociedade como um todo. Forma-se, assim, uma política simbólica, uma vez que sequer a esfera política pública consegue ser representativa da totalidade dos cidadãos. Ao mesmo tempo, este enfraquecimento da capacidade de integração denota um grande desafio para a política e para o direito (HABERMAS, 2003).

Habermas propõe três pontos na descrição de uma sociedade que seria integrada e, ao mesmo tempo, tutelada por meio de um equilíbrio intersistêmico: a) por meio de sistemas de negociação não hierarquizados, o Estado seria uma espécie de supervisor que procuraria afinar-se com sistemas sociais funcionais da

sociedade. O Estado seria um supervisor e teria que exercer uma política de opções, à semelhança do planejamento econômico, para a qual não seriam suficientes normas proibitivas e estímulos; b) a política reguladora do sistema deve continuar servindo-se da linguagem do direito, notadamente direito reflexivo, não necessitando mais de seus programas condicionais ou teleológicos, inserindo, em suma, a proteção jurídica coletiva no seio de cada subsistema, a exemplo do meio ambiente, herança genética etc., onde o direito deve assumir um papel de programas de regulação; c) na passagem do plano da formação democrática da opinião e da vontade das pessoas para o das relações intersistêmicas, esta integração deve manter intacto o conteúdo essencial da democracia (HABERMAS: 2003, p. 76-77).

Habermas aduz que a teoria dos sistemas é incapaz de explicar como sistemas autopoieticamente fechados conseguem romper o círculo da regulação autorreferencial da autopoiesis e da autorreferência. De qualquer sorte, quando há a construção de pontes entre os sistemas, que intrinsecamente mantêm suas gramáticas individuais, verificamos quando muito um novo degrau de desenvolvimento. Mas, este entrelaçamento de perspectivas ainda depende de um novo sistema de regras (HABERMAS, 2003).

O Estado deve gerir a integração entre os sistemas afastando o perigo de uma absolutização da racionalidade dos sistemas parciais à custa da racionalização do todo. Isso é possível por meio de mecanismos de harmonização intersistêmica. Entretanto, quando o Estado delega a competência legislativa a sistemas de negociação, a reprodução do direito e da política ingressa em uma espécie de autoridade dupla, dividida entre a administração estatal e os sistemas sociais funcionais (HABERMAS, 2003).

Parece que Habermas sobe o tom da crítica à teoria dos sistemas ao afirmar que só é possível proteger o sistema político a exemplo do Estado de Direito quando há a afirmação pelas autoridades de sua posição assimétrica em relação aos parceiros de negociação, aqui representados pelos microssistemas sociais. Esta assimetria estatal resulta de seu dever legal de representar a vontade das pessoas privadas excluídas do debate. No processo dialético não se pode romper o laço da delegação de competências de decisão. Os sistemas devem aprender, por meio dos arranjos corporativistas, a superar suas cegueiras específicas e a se observar como sistemas parciais no interior de um sistema mais amplo. Não sendo assim, haverá uma adaptação do Estado corporativista hegeliano, colocando-o no lugar do Estado

democrático de direito e retirando-lhe sua base de legitimação. De qualquer sorte, do ponto de vista da legitimação e do conhecimento do poder político, é recomendável que o alicerce do saber de uma administração reguladora tenha feições de uma política deliberativa, caracterizada pelo debate público entre especialistas e contraespecialistas, controlado pela opinião pública (HABERMAS, 2003).

Habermas propõe que todas as objeções aos sistemas parciais autônomos de uma sociedade estruturada corporativamente dirijam-se no mesmo sentido, isto é, que a integração de uma sociedade complexa não se efetue por meio de um sistema paternalista que ignore o poder comunicativo do público de cidadãos como um todo. Sistemas semanticamente fechados não conseguem vislumbrar as necessidades de toda a sociedade. A política e o direito não podem ser entendidos como sistemas autopoieticamente fechados, devendo encontrar numa linguagem comum, situada abaixo de códigos especializados, nas redes periféricas da esfera pública política e no complexo parlamentar, o tratamento dos problemas sociais. O sistema de ação político está embutido em contextos do mundo da vida. Nele, há uma linguagem comum multifuncional que pode desempenhar a condição de elo entre os sistemas, tornar-se o “medium” do agir orientado pelo entendimento, através do qual o mundo da vida se reproduz e os próprios componentes deste mundo se entrelaçam. Nele verificamos a escola, a família, o direito, os núcleos privados caracterizados pela intimidade, parentes, amigos, conhecidos. A esfera pública mantém uma relação complementar com essa esfera privada. Todo este mundo da vida forma uma rede de ações comunicativas. (HABERMAS, 2003, p. 85)

Com apoio em um modelo desenvolvido por B. Peters, Habermas (2003) busca uma resposta aproximada à questão relativa à implantação da circulação do poder regulado pelo Estado de Direito. Nele, os processos de comunicação e decisão do sistema político constitucional são ordenados no eixo centro-periferia. No núcleo do sistema político encontram-se instituições tradicionais, como a administração, o judiciário e os organismos de formação democrática da opinião e vontade (parlamentares, eleições, partidos, no caso brasileiro conselhos etc.), havendo maior ou menor capacidade de ação dependendo de sua complexidade organizatória. Há, ainda, uma periferia interna nas margens da administração, formada por universidades, sistemas de seguros, representações de corporações, câmaras, associações beneficentes, fundações etc. Entretanto, a completude do

eixo centro-periferia forma-se com a estrutura periférica composta por igrejas, instituições de caridade, grupos de escritores, academias, outras instituições culturais, todos formadores de opinião e capazes de exercer influência pública, formando uma infraestrutura civil da esfera pública, que é dominada pelos meios de comunicação de massa. Isto é o que forma o contexto periférico (HABERMAS, 2003).

Peters propõe um modo alternativo à rotina procedimental da democracia segundo a teoria do discurso. Acrescenta às rotinas seguidas pelo núcleo do sistema político quando da formulação das deliberações um outro modo de operar. Este novo modo tem como características principais uma consciência de crise, maior atenção pública, busca intensificada de soluções, tudo confluindo numa problematização, atualizando sensibilidades em relação às responsabilidades políticas reguladas juridicamente. Com isso, as instâncias da comunicação política poderão superar o que rotineiramente tem acontecido, isto é, a falta de sensibilidade para problemas latentes quando estão a solucionar determinado problema. Por falta de tempo e pressão em resolver o problema sob apreciação, não conseguem ter a sensibilidade necessária para outros problemas latentes que dele resultam. Desta forma, a legitimidade da emancipação do poder social e administrativo, aproximado do poder comunicativo, somente será alcançada se a periferia for capaz de identificar os problemas latentes de integração social, tematizá-los e introduzi-los no sistema político, passando pelas comportas do complexo parlamentar tradicional. Além disso, cresce a necessidade de integração dos setores sociais descentralizados, apesar da complexidade das relações sociais existente. É essencial que as redes de comunicação pública não institucionalizadas gerem processos de formação de opinião espontâneos, mas dependem de um mundo da vida racionalizado, submetido a determinados padrões liberais de socialização e de cultura política (HABERMAS, 2003).

Thomas Christiano também concorda que o acesso universal ao procedimento é condição indissociável do Estado Democrático de Direito. Por isso o procedimento deliberativo ideal que pressupõe as deliberações por maioria não é suficiente. O procedimento deliberativo ideal meramente justificatório não pode ser a fonte da justificação política. Deve-se acrescer a capacidade individual de participação, as concepções individuais qualificadas. E, sendo assim, a concepção

instrumental e intrínseca da deliberação pública é essencial para a legitimidade política das decisões (CHRISTIANO, 2007).

Joshua Cohen (2007), que na mesma linha de Pereira (2010) e Christiano (2007) conforme os textos já citados destes autores, busca aproximações entre o substancialismo de Rawls e o procedimentalismo de Habermas, compreendendo que na atualidade, especialmente diante do pluralismo que caracteriza nossa sociedade, está-se diante da necessidade de compatibilizar as liberdades individuais com as liberdades coletivas e o convívio democrático diante de tamanha diversidade de valores decorrente da modernidade, propõe uma perspectiva que compatibilize o pluralismo razoável com uma concepção mais substantiva de democracia, identificada por democracia deliberativa que constitua a governança democrática.

O próprio John Rawls (2007) defende a ideia de uma democracia constitucional deliberativa. Esta é a própria ideia de deliberação, quando os cidadãos deliberam debatendo e defendendo suas razões, mas tão somente aquelas que se referem às questões de política pública. Entende que a razão pública é crucial quando caracteriza o processo de argumentação dos cidadãos no que diz respeito aos elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica. Ora, e não há nada mais básico do que a compreensão correta do direito constitucional à saúde, e de sua perspectiva de justiça distributiva, para a consecução de uma sociedade que se diga livre, justa e fraterna.

No que toca ao conteúdo da razão pública, Rawls (2007) reafirma a necessidade de os cidadãos guiarem suas decisões e opções políticas por meio de princípios e diretrizes políticas que também sejam aceitas pelos outros, e este também é um dos pontos em que o autor se aproxima da teoria do discurso de Habermas e do princípio da universalização. Por isso, informa que tais concepções podem assumir diversas denominações. Para o Liberalismo político, chama-se de posição original. De qualquer sorte, o conteúdo da razão pública é dado por um conjunto de concepções de justiça, e não por uma única concepção. O traço comum destas concepções é a reciprocidade, observada entre cidadãos livres e iguais, eles mesmos considerados razoáveis e racionais. Estas concepções são traduzidas por três aspectos importantes: um catálogo de direitos, liberdades e oportunidades básicas (geralmente em um regime constitucional); a necessidade de se atribuir prioridades especiais dentre esses direitos, liberdades e oportunidades; e a

existência de medidas que possibilitem a todos os cidadãos os meios polivalentes adequados para tornar efetivo o uso de suas liberdades.

De qualquer sorte, neste contexto de pessoas livres e iguais e de sociedade considerada um sistema equitativo de cooperação no decorrer do tempo, encontramos diversas formulações dos princípios de justiça, de conteúdos da razão pública e de concepções políticas. O liberalismo político não procura definir a razão pública de uma vez por todas em favor de uma concepção política de justiça. O liberalismo político também admite a concepção discursiva de legitimidade de Habermas, assim como a visão católica do bem comum e da solidariedade quando expressas em termos de valores políticos (RAWLS, 2007).

E o papel da razão pública servirá para abrandar a diversidade e fomentar a estabilidade social. Neste caso, a estabilidade não é alcançada por razões consideradas justas, ou seja, garantida por uma fidelidade aos ideais e valores políticos (morais) de uma sociedade democrática. Rawls (2007) cita o exemplo do convívio tolerado somente como um “modus vivendi” entre protestantes e católicos nos séculos dezesseis e dezessete. Também não há estabilidade quando a fidelidade dos grupos de interesses religiosos, políticos ou civis aos princípios constitucionais é tão limitada que ninguém está disposto a ver sua doutrina religiosa ou não religiosa perdendo espaço de influência, estando os cidadãos preparados para resistir ou desobedecer às leis que, conforme suas concepções, lhes são prejudiciais. Neste caso, também a democracia é aceita por razões condicionais, não por razões justas (RAWLS, 2007).

Uma democracia não pode ser aceita por mera deferência ou tolerância, mas sim na medida em que se é um cidadão igual entre os outros, e que cada um aceite as obrigações do direito legítimo. Cada um deve renunciar à esperança de mudar a constituição para nela inserir suas pretensões individuais, religiosas ou não religiosas (RAWLS, 2007).

A convivência daqueles que possuem orientação religiosa ou não religiosa com o regime democrático constitucional pressupõe a prevalência dos princípios de tolerância e de liberdade de consciência. Que estes princípios tenham um lugar especial, pois possibilitam uma base fundamental para que todos os cidadãos tenham regulada a rivalidade entre as doutrinas (RAWLS, 2007).

Rawls apregoa que a ideia de razão pública não é uma visão sobre instituições políticas ou políticas públicas específicas, é, sim, uma visão sobre o tipo

de razões com que os cidadãos tratam seus assuntos políticos quando de suas justificações políticas uns aos outros, quando sustentam leis e políticas que invocam o poder coercitivo do governo em relação às questões políticas fundamentais (RAWLS, 2007).

Assim como os juízes decidem a partir de fundamentos jurídicos extraídos dos casos precedentes, também os cidadãos devem argumentar por meio da razão pública, bem como devem ser guiados pelo critério de reciprocidade sempre que elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica estiverem em jogo, isolando as concepções individuais. O exemplo utilizado é o do juiz, quando há um impasse em que a razão parece estar com ambos os lados, não pode ele decidir segundo suas convicções pessoais. Já os cidadãos, estes devem votar adotando os valores políticos que com sinceridade consideram razoáveis, de acordo com a ordenação completa de seus valores políticos, sob pena de não possibilitarem a necessária reciprocidade (RAWLS, 2007).

Em questões polêmicas não se espera um resultado unânime. O que se imagina é o emprego de convicções razoáveis de justiça que podem até ser divergentes. Mas, a legitimidade e razoabilidade do resultado serão obtidas em decorrência da utilização de critérios razoáveis de justiça pelos cidadãos. Diante das objeções do impasse, na razão pública as ideias de verdade ou de justo embasadas em doutrinas abrangentes são substituídas por uma ideia do razoavelmente político destinado a todos os cidadãos enquanto cidadãos, atribuindo a todos a mesma posição política básica a partir de sua liberdade e igualdade ao partilharem de argumentação política comum. O respeito às concepções de cada cidadão livre e igual considera as pessoas racionais e razoáveis. A liberdade e a igualdade entre os cidadãos são suas duas capacidades morais. O respeito à razão pública é compatível com a razão não pública interna de cada instituição (a exemplo da família). No liberalismo político, as pessoas são consideradas como cidadãos, independente de sua natureza humana, diferentemente da filosofia política, que tem pensado as pessoas como um padrão, ou de modo canônico, moldando-as de tal forma que todos possam aceitar o mesmo tipo de razões (RAWLS, 2007).

Rawls (2007) parece arrematar seu raciocínio explorando a necessidade de existir uma razão pública que satisfaça o critério de reciprocidade, voltada aos valores inerentes ao espaço político democrático-constitucional. Neste contexto, as doutrinas abrangentes, religiosas ou seculares, serão compatíveis com uma razão

pública quando aceitarem os valores e princípios razoáveis de justiça numa sociedade democrática constitucional. E aqui, de novo, ele se aproxima de Habermas. Este convívio entre doutrinas religiosas razoáveis e a democracia pressupõe a ideia de tolerância. Entretanto, há três tipos de conflitos que colocam os cidadãos em desigualdade. Aqueles que derivam de doutrinas abrangentes irreconciliáveis; aqueles que derivam da diferença de posição social, ou diferenças étnicas, de sexo ou de raça; e aqueles que derivam dos limites do juízo (RAWLS, 2007).

Para concluir, Rawls (2007) aponta a diferença entre uma teoria da justiça e o liberalismo político. A primeira, se contrapõe ao utilitarismo, baseando-se na ideia de contrato social de Locke, Rousseau e Kant. Oferece a base moral para uma sociedade democrática, em especial quando adota o conceito de justiça como equidade, na qual todos os membros da sociedade afirmam a mesma doutrina, o que é caracterizado como uma doutrina liberal abrangente, mas uma sociedade impossível de se concretizar. O Liberalismo político, diferentemente, adota uma concepção de justiça que sustenta uma sociedade democrática constitucional, adotando uma razão pública como forma de argumentação sobre valores políticos compartilhados por cidadãos livres e iguais. Nele, uma sociedade democrática constitucional bem ordenada é aquela na qual os cidadãos, com domínio e controle, afirmam e agem a partir de doutrinas abrangentes irreconciliáveis, ainda que razoáveis. Há, portanto, convivência apesar das diferenças, pelo respeito dos cidadãos aos valores democráticos (RAWLS, 2007).

Superadas as críticas às teorias sobre que se discorreu no item, é possível perceber que cada uma delas, ao seu modo, aponta diversas maneiras pelas quais a democracia deliberativa pode contribuir para o acesso universal ao processo democrático qualificando-o. Especialmente em temas como direitos sociais, e mais especificamente no caso do direito social à saúde, direitos que, apesar de uma disciplina constitucional bem posta como no caso brasileiro, dependem de um alinhamento de várias ordens (como por exemplo, o planejamento previsto no art. 174 da CF, o regime jurídico da prestação de serviços públicos dos arts. 37 e 39, os princípios e objetivos da República dos artigos 1º a 3º, os direitos fundamentais dos arts. 5º e 6º, a disciplina constitucional da prestação do direito à saúde dos arts. 196 a 200, a intervenção do parlamento via regras infraconstitucionais que regulamentaram o sistema, a intervenção administrativa para a construção dos

serviços e arregimentação de recursos, a participação empírica da comunidade como origem e fim das ações sobre si mesma) a democracia deliberativa oferece ideias que, se bem entendidas e trabalhadas, conciliarão os interesses, as necessidades e as possibilidades de uma convivência social harmônica e produtiva.

## **7 PARTICIPAÇÃO SOCIAL E CONTROLE SOCIAL NA CONFORMAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE COMO UM DIREITO NOTADAMENTE DE PARTICIPAÇÃO NA LÓGICA CONSTITUCIONAL: A NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO INSTITUCIONAL PARA A GESTÃO PÚBLICA DA SAÚDE NO BRASIL**

Até aqui se buscou reconstruir o caminho que colocou o direito à saúde na Constituição de 1988, o fato de ele ter sido consagrado como um direito de construção comunitária, derivado tanto das propostas internacionais de proteção da saúde pública, quanto da participação popular nacional no debate e equacionamento de seus objetivos e desejos na construção jurídico-racional de um direito coletivo indispensável para a obtenção de justiça social, bem como das teorias com que se pretende interpretá-lo e aplicá-lo, e mais ainda do modo como têm sido efetivado por gestores da política pública de proteção e julgadores dos conflitos que daí decorrem, mas sempre, e cada vez, enfatizando-se a indispensabilidade da participação e do controle social como legitimadores de cada decisão, e de cada ação, que se tome em qualquer esfera de justificação ou de aplicação desse direito.

Desse modo, nos próximos itens se discorrerá sobre o conteúdo e modos de operação deste controle, apontando aquelas atitudes que o limitam ou enfraquecem, problemas que se enfrentam no seu exercício, além das consequências de não se entender como fundamental na justificação da ação pública de saúde, apontando-se, quem sabe, alternativas para uma interpretação que se coadune com o estabelecido na Constituição e nas regras regulamentadoras, a partir da visão proposta por este estudo.

### **7.1 Significado e papel do controle social à saúde**

Espera-se que se tenha demonstrado, principalmente no terceiro capítulo deste trabalho, que o direito fundamental social à saúde, como delineado na Constituição de 1988, e regulamentado pela legislação infraconstitucional que se encontra vigente, válida e eficaz, se protege, se promove e se garante por meio de políticas públicas que, do mesmo modo, também estão delineadas nessas regras, exigindo a participação da comunidade como indispensável nessa conformação (Constituição federal de 1988, art. 198, inciso III).

Ainda que o citado artigo não tivesse mencionado a participação social, e por via de consequência lógica o controle social, como determinantes para a

consecução desta da política de saúde, o conceito jurídico, ou mesmo sociológico de política pública já seria suficiente para o estabelecimento desta necessidade. Ora, se considerarmos política pública como a ação coordenada pelo governo, a partir da articulação dos meios e recursos disponíveis no Estado, no mercado e na sociedade para a solução de uma demanda ou finalidade pública relevante, já se terá como fundamental a participação da comunidade, pois é dela que brotam os indicativos das necessidades públicas, que se traduzem no interesse público para a administração, e as chances de se atender adequadamente a demanda sem ouvi-la se reduzem (BITENCOURT; RECK, 2017).

Nesta mesma linha, entendendo-se que uma política pública constitui-se de uma estrutura política que funciona com relativa autonomia para a redução da complexidade conflitiva entre aqueles a quem se destina, proporcionando a estes sejam seus interesses particulares articulados e harmonizados a partir da ação pública e bem assim os objetivos da coletividade, teremos que a participação na articulação desses interesses gera e alimenta junto à comunidade, e também a cada indivíduo, um sentimento subjetivo de pertença, que será partilhado socialmente, sendo capaz de produzir até uma consciência coletiva (MULLER; SUREL, 2002).

Isto faz com que a produção de políticas públicas seja um procedimento empírico concreto, portanto inseparável da forma como as pessoas singularmente consideradas, ou dos movimentos que as aglutinam, se comportam com relação a elas, de seu potencial de gerar discursos concorrentes, das formas como se mobilizam, fazendo com que a ação pública dependa destas estruturas e estratégias, implicando análises e reflexões sobre o que produz evolução no espaço público e nas dinâmicas de atuação coletiva (MULLER; SUREL, 2002).

Assim, a conformação da saúde como direito está instrumentalmente e empiricamente ligada à ideia de participação social e de controle social que opera, ao menos, de dois modos: um modo fundante/estruturante em que a sociedade atua identificando necessidades, elegendo prioridades, discutindo modos custos e estratégias, por exemplo, para a construção da ação pública de saúde em conjunto com o gestor público e do quadro técnico científico à disposição deste; de outro modo, opera fiscalizando a execução daquilo que foi pactuado e da correspondência do gasto público em saúde com aquilo que foi pactuado.

E em se tratando de democracia deliberativa, o procedimento como forma de legitimar os processos decisórios se fortalece. Neste contexto, o sentido jurídico

original do processo é ampliado para além do âmbito judicial, servindo para orientar as decisões democráticas e a participação popular. Assim, também no âmbito das políticas públicas o conceito de processo em sentido amplo é relevante (BUCCI, 2013).

A partir da ideia de processo e procedimento em sentido estrito (jurídico) e amplo (políticas públicas), o contraditório se revela importante porque no sentido amplo, a noção de políticas públicas contém referenciais de interações, alianças e conflitos, sedimentados por um marco institucional específico, entre atores públicos, para-públicos e privados, com o desiderato de resolver um problema coletivo que requer uma ação concentrada a ser prestada pelo Estado; e em sentido jurídico, denota a contraposição de interesses mediada pelo direito, que oferece aos envolvidos instrumentos igualitários para desenvolverem suas teses (SUBIRATZ, 2012).

Na pragmática jurídica das políticas públicas, o contraditório é fundamental para o seu desenvolvimento, acima de tudo para compatibilizar pela via do processo os interesses em jogo (sentido etimológico de interesses – latim – quod inter est = aquilo que está entre – remete ao sentido de relação). No ambiente das políticas públicas, pois, a estruturação do contraditório é nuclear, assegurando que a autoridade pública atue com base na legitimação democrática. Neste sentido, ressalta a função de pactuar socialmente a escolha de temas para a agenda governamental. Este é o primeiro passo do ciclo de formação de uma política pública. Após, fixam-se as condições em que se dará o debate público para sua formação e implementação, com a definição dos interlocutores (BUCCI, 2013).

A formação do direito à saúde não prescinde da participação social, e as políticas públicas funcionam como arranjos institucionalizados, como maneiras para viabilizar a participação da sociedade no governo, além da organização do próprio governo, democratizando as ações e processos governamentais, em compasso com o processo político em sentido estrito. A natureza sistemática das políticas públicas possibilita enfrentar e evitar a fragmentação ou desarticulação da ação governamental reproduzida por meros programas de governo. O direito à saúde assim instrumentalizado se traduz na ideia de plano de ação, que ultrapassa os limites de um plano de governo simplesmente e se transforma em uma política de Estado, algo permanente como uma política de saúde pública que supera os governos eventuais, ainda que admita determinados coloridos característicos desta

ou daquela administração (e mesmo os ajustes de que a política necessite para atender novos problemas ou incorporar novas soluções) que se constitua em “marca política” do programa, que permite uma espécie de legitimação social do programa, a partir de seu componente simbólico aceitável socialmente (BUCCI, 2013).

Porque a política pública pode ser entendida como novo horizonte de sentido para a administração pública, as relações entre Estado e sociedade civil também devem ser repensadas, devendo a sociedade assumir o papel que lhe é reservado na construção da cidadania a partir da construção e implementação de ações públicas em que a cidadania aconteça (OHLWEILER, 2013).

A ação pública, portanto, deve potencializar estes espaços em que o indivíduo/cidadão represente-se a si mesmo, seja ele próprio, e, ao mesmo tempo, crie-se um espírito de comunidade, fazendo-se com que estes espaços tornem-se espaços públicos de construção de um sentido constitucional, tanto no sentido instrumental, quanto no sentido material proposto pela Constituição. Mesmo que o poder executivo seja o coordenador da articulação nas políticas públicas, a ação administrativa não se legitima sem a participação da comunidade que qualifica o processo indicando as necessidades e capacidades locais, dizendo como a comunidade se sente melhor atendida, apontando como melhorar a qualidade dos serviços, e assim se aumenta o nível de transparência das ações, dilui-se o poder decisório. A participação comunitária na construção da política pública de saúde atende a um só tempo a necessidade de transparência administrativa que garante o princípio da publicidade e da motivação dos atos administrativos (OHLWEILER, 2013).

Posto já se tenha utilizado da definição de política pública em outros itens, aqui se buscou, mais uma vez e a partir de outros elementos e autores, retomar esta definição, arriscando-se dizer que a participação popular democrática, a partir da comunicação discursiva, integra o próprio conceito de política pública, e se o direito à saúde no Brasil foi conquistado a partir de reivindicações sociais, e tem na política pública de saúde sua forma de garantia, significa dizer que a participação popular é inerente à conformação deste direito, donde se tem que a participação popular, neste aspecto, é constitutiva e legitimadora das decisões administrativas.

Noutro aspecto, a participação popular traduz-se em efetivo controle da execução da ação pública de saúde, ou seja, na possibilidade de impedir, invalidar ou substituir qualquer decisão ou ato da administração que se distancie daquilo que

foi consensuado nos respectivos planos de saúde, seja diretamente, não homologando o que o gestor pretenda fazer (como autorizado pelos artigos 26, 33, 36 e 37 da Lei 8.080/90 e art. 1º, §2º, da Lei 8.142/90, por exemplo<sup>28</sup>), com o que ele pode conformar-se e rever o ato, seja acionando os órgãos de controle interno ou externo como contadorias e auditorias, tribunais de contas, Ministério Público e Poder Judiciário, com o fito, aí sim, de compelir o administrador a substituir sua decisão.

Neste segundo caso, a participação da comunidade também se traduz em exercício pleno da democracia, porque o controle nada mais faz do que conferir a adequação do ato administrativo àquilo que havia sido predeterminado constitucional e legalmente, e transformado comunicativamente em discurso pragmático no momento em que se obteve o consenso para a definição material da ação de saúde.

Desse modo percebe-se que participação social e controle social, embora imbricados, possuem um sentido diverso, porque o controle opera de diferentes

---

<sup>28</sup> Lei 8.080/90:

Art. 26. Os critérios e valores para a remuneração de serviços e os parâmetros de cobertura assistencial serão estabelecidos pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), aprovados no Conselho Nacional de Saúde.

Art. 33. Os recursos financeiros do Sistema Único de Saúde (SUS) serão depositados em conta especial, em cada esfera de sua atuação, e movimentados sob fiscalização dos respectivos Conselhos de Saúde.

Art. 36. O processo de planejamento e orçamento do Sistema Único de Saúde (SUS) será ascendente, do nível local até o federal, ouvidos seus órgãos deliberativos, compatibilizando-se as necessidades da política de saúde com a disponibilidade de recursos em planos de saúde dos Municípios, dos Estados, do Distrito Federal e da União.

§ 1º Os planos de saúde serão a base das atividades e programações de cada nível de direção do Sistema Único de Saúde (SUS), e seu financiamento será previsto na respectiva proposta orçamentária.

§ 2º É vedada a transferência de recursos para o financiamento de ações não previstas nos planos de saúde, exceto em situações emergenciais ou de calamidade pública, na área de saúde.

Art. 37. O Conselho Nacional de Saúde estabelecerá as diretrizes a serem observadas na elaboração dos planos de saúde, em função das características epidemiológicas e da organização dos serviços em cada jurisdição administrativa.

Lei 8.142/90:

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

I - a Conferência de Saúde; e

II - o Conselho de Saúde.

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

§ 2º O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo.

modos e em diferentes momentos utilizando-se mais dos discursos de aplicação, não que também aqui não se usem os discursos de fundamentação<sup>29</sup>, mas estes são mais próprios do momento da construção democrática da política e da ação pública em saúde, cujo debate se dá na esfera pública a partir da interação entre o gestor e a comunidade, representada pelas instâncias de participação do SUS, conferências e conselhos, que interagem para decidir o que, efetivamente, se realizará com os recursos públicos em matéria de saúde. Logo, é possível convencionar-se dizer que a participação se dá no momento da construção da política, e o controle é mais próprio para o momento da execução do pactuado (BITENCOURT; RECK, 2017).

Claro que, no momento da confecção da política, também se pode lançar mão dos discursos de aplicação, porque nesta ocasião se devem observar as diretrizes constitucionais e infraconstitucionais para a confecção da política e tomada de decisões, oportunidade em que a “[...] comunidade aberta de intérpretes [...]” (HÄBERLE, 2004, p.10) da Constituição e das leis exerce a soberania popular. Contudo, aqui, se deverão conjugar os elementos fáticos, necessidades, desejos, crenças, inclinações políticas e conceitos morais, próprios dos discursos de fundamentação, com as possibilidades técnicas e financeiras para a obtenção do interesse público a ser atendido pelo Estado e que brotará da esfera pública (BITENCOURT; RECK, 2017).

Diversos argumentos justificam a participação e o controle social nas políticas públicas de saúde. Desde que a Carta de Alma Ata, em 1978, estabeleceu saúde como direito humano fundamental e a atenção primária como principal forma de garanti-lo, já se colocou, também, a necessidade de dar voz e vez ao indivíduo e à comunidade, necessidade esta que foi reproduzida pela Carta de Ottawa de 1986 quando disse que a “promoção da saúde começa pela participação concreta e efetiva da comunidade”. Desse modo, o apelo aos direitos humanos implica considerar a participação e o controle social como indissociáveis do conceito de direito fundamental à saúde.

Direito de participação é direito fundamental de liberdade que se conecta, inexoravelmente, com o conceito de democracia, que tem em mira o controle e a contenção do poder político pela sociedade. O argumento democrático, portanto, fundamenta, mais uma vez a participação da comunidade na construção e execução

---

<sup>29</sup> Sobre as diferenças entre discursos de fundamentação e aplicação vide item 6.1.2.

da política pública de saúde, especialmente porque se trata de uma das principais formas de a sociedade atuar sobre si mesma e assim, quanto mais e maiores os espaços de participação, melhor será o controle e a legitimidade do exercício do poder pela administração.

Sociedade e Estado não são instituições contrapostas, senão que o Estado na atualidade, especialmente o Estado Democrático de Direito, há de ser tido como uma estrutura a serviço da sociedade a partir da esfera pública, do interesse público. O interesse público, no caso, é aquele que é satisfeito a partir desta gestão compartilhada da coisa pública, da “res publica”, e que não se constitui da soma de interesses particulares, ou de alguns grupos, porém consegue sintetizar o sentimento de pertença comunitária, posto que um ou outro desejo individual não seja contemplado em favor do todo (BITENCOURT; RECK, 2017).

Eficiência, além de princípio constitucional da administração pública consagrado no art. 37 da Constituição, é condição fundamental de qualquer ação estatal, mormente na atualidade em que a alocação de recursos financeiros é cada vez mais difícil para necessidades públicas cada vez maiores, donde a adequada comunicação e discussão da política são indispensáveis para a potencialização dos resultados, na medida em que aqueles que se sentem parte do processo de construção adotam com maior empenho as condutas recomendadas.

Não são poucos os exemplos de excelentes políticas de proteção social que tiveram resultados desastrosos por falta de debate público. Por todos é de se citar a “Revolta da Vacina” na década de 1920, onde o Célebre Osvaldo Cruz, então Ministro da Saúde, determinou a vacinação obrigatória contra a febre amarela e obteve forte resistência popular que se traduziu em verdadeira guerra.

A participação social e o controle social também se traduzem na observância da extrema legalidade, e não apenas por que isto está disposto no inciso III do art. 198 da Constituição, ou na Lei 8.142 (BRASIL, 1990b) (claro que isto não é pouco), mas de toda uma construção teórica de séculos em que se constituiu o conceito do princípio da legalidade que busca a concretização de uma sociedade onde não haja mais senhores e servos, senão que cidadãos, livres e iguais, que submetem seu destino coletivo à coordenação de uma ordem jurídica produzida a partir da “vontade geral” obtida na esfera pública. Tudo isso desemboca na principal função da organização política estatal que é a realização do bem comum, atualmente também

classificada como função de bom governo ou de boa administração (BITENCOURT; RECK, 2017, p. 71).

Ora, comum é derivado da expressão latina “communis” que significava algo partilhado por muitos, por todos, geral, e, portanto, democrático, do qual também deriva o termo “communitas” que é o conjunto de indivíduos organizados conscientemente por um traço de união (comum). Donde não haverá interesse público sem que haja este traço de união, de comunidade.

Como visto, o controle social além de significar fundamento para a interpretação do direito à saúde, desempenha importante papel na legitimação da ação pública de saúde, que só se constitucionaliza e se legaliza a partir de sua correspondência com aquilo que foi consensuado com a comunidade. Portanto o direito social à saúde perde fundamentalidade quando não se considera a participação como indispensável para a sua concretização.

## **7.2 A judicialização como um possível descaminho ao controle social: o sistema desfigurado**

O tema do controle jurisdicional de políticas públicas é por demais espinhoso no Brasil, onde a dogmática dos direitos sociais mereceria uma construção teórica que lhe fosse peculiar, sem olvidar que muitas vezes as teorias alienígenas são empregadas, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência, sem uma adequação minimamente criteriosa. Contudo, não se está a defender que não haja, ou que não seja possível, o controle da adequação das políticas públicas ao direito pelo Poder Judiciário. Esta possibilidade já se pretendeu deixar clara no item 5.

Ocorre é que determinados argumentos, que se manejam para rebater as críticas à judicialização excessiva e ao comportamento judicial no Brasil, quer parecer não correspondam aos eventos materiais em que se apoiam, pelo menos não na área da saúde. A proposta é, desse modo, refletir sobre se a concretização direta do direito à saúde desde a Constituição como se tem obtido nas decisões judiciais, ou ao menos na maioria delas até agora, antes de se constituir em um fortalecimento da garantia, ao revés a enfraquece, justamente por desconsiderar e/ou enfraquecer esta necessidade de participação social na conformação jurídica do direito. Desenvolver-se-á melhor a ideia na sequência do item, exemplificando com algumas análises argumentativas.

A Professora Barcelos (2013, p. 107-116) discorre sobre essas críticas e contracríticas agrupando-as em três itens que convencionou chamar de “críticas à teoria da Constituição”, “crítica filosófica” e “crítica operacional” dos quais se pinçam alguns itens com que se busca explicitar a ideia aqui desenvolvida, acreditando, todavia, não se distorcer o profícuo trabalho feito pela professora com o qual se concorda.

Escreve a autora, quando trata do grupo das críticas à teoria da Constituição, que estas, resumidamente, perguntam por que o Judiciário poderia imiscuir-se nas políticas públicas, espaço especialmente reservado à deliberação política e comunitária majoritária? Pensando desse modo, se poderia perguntar, também, qual o sentido de se ter um controle judicial se deve haver controle social? E concorda que definir prioridades e financiamento público de direitos sociais é tarefa do Executivo e do Legislativo, podendo a interferência judicial produzir desequilíbrio que compromete o funcionamento da democracia (BARCELLOS, 2013).

Contudo, é lugar comum na doutrina e prática a conclusão de que o desfrute de um mínimo de direitos fundamentais é indispensável para o regular debate democrático e para o regular funcionamento do próprio controle social. Não há como reconhecer que as pessoas sejam livres e iguais na disputa por espaços e participação política, e tenham autonomia para influir no que e como gastar os recursos públicos, se algumas delas não têm acesso ao mínimo de alimentação, educação, saúde e, portanto, se estaria autorizado a concretizar esses direitos diretamente da Constituição, sem a intermediação da deliberação democrática, justamente para garantir esta participação (BARCELLOS, 2013).

Essa argumentação teórica seria especialmente válida em países subdesenvolvidos, em desenvolvimento, ou de modernidade tardia, do que o Brasil é um exemplo, onde uma parcela significativa da população que detém os requisitos formais para participar do processo democrático vive abaixo da linha da miséria. Os dados que comprovam isto foram retirados do então Ministério do Desenvolvimento Social no ano de 2006, onde mais de 8,6 milhões de famílias estavam cadastradas para o recebimento do “bolsa família”, programa social destinado àqueles que tenham renda “per capita” mensal igual ou inferior a R\$100,00, e isso que o programa atingia menos de 85% das famílias que nele se enquadrariam, donde o número subiria, ao menos, para 11 milhões de famílias. Se considerarmos que cada família destas possua três integrantes, um número relativamente baixo, teríamos ao

menos 33 milhões de pessoas vivendo nessa condição de pobreza, ou seja, cerca de 17% da população brasileira da época, que segundo dados do IBGE era de 187 milhões de pessoas (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2019). Portanto, a judicialização como proposta é importante para a alteração deste quadro e garantia de uma participação mais efetiva.

Contudo o argumento é, pelo menos, bastante discutível pelos números que se observam a partir daí. Conforme dados do Ministério da Cidadania (BRASIL, [2019]), o bolsa família, mesmo indicador antes apresentado, atendeu números de 13,5 milhões de famílias no mês de setembro de 2019. Fazendo-se as mesmas projeções do parágrafo anterior, teríamos cerca de 40,5 milhões de pessoas nessa condição para uma população estimada de 210 milhões de pessoas (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2019) o que faz o percentual subir de 17 para 19%. É claro que dirão os céticos que não se estudaram as causas desse aumento, o que pode ter ocorrido, até mesmo, por uma qualificação do cadastro que incluiu pessoas que já estavam naquela condição, o que pode ser verdade. Mas o certo é que, passados mais de treze anos, com um aumento em proporção geométrica dos casos de judicialização da saúde (vide item 5.1) estes números de pobreza extrema não diminuíram.

E o mais significativo, a pesquisa do Conselho Nacional de Justiça publicada em 2019 sobre os números da judicialização da saúde indica que não são estas as pessoas que estão na justiça em busca de itens de saúde, e em várias passagens da pesquisa isto é apontado. Num primeiro agrupamento de dados a partir de publicações teóricas, há autores que indicam que são os mais ricos e articulados que estão na justiça em busca de recursos diversos para tratamento de saúde, subvertendo-se, inclusive, o acesso igualitário ao sistema que é atravessado pela determinação judicial (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, p.118). A pesquisa identifica diferenças regionais na forma de acesso e até nos pedidos, mas traz dados que contrariam o argumento baseado na “teoria da Constituição”, porque menos de 1% das ações mencionam o termo hipossuficiência, justiça gratuita e termos variantes, e olha que em termos de pedidos de saúde no Brasil não há quem não fosse considerado judicialmente hipossuficiente ante um pedido de tratamentos que custam milhões de reais como já observado. No Estado de São Paulo, por exemplo, identificou-se que o maior volume é de ações individuais patrocinadas por advogados particulares, que pedem medicamentos e procedimentos que estão fora

das listas do SUS, e aqui se acrescenta, certamente com laudos e receitas de médicos particulares, ações de saúde que não passaram pelo controle e participação social. Ora, pessoas beneficiárias do bolsa família não constituem advogados particulares, nem são atendidas por médicos privados, desse modo, o argumento da “teoria da Constituição” parece não contribuir para o aumento da cidadania e da participação e controle social no SUS (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019).

Mas não é só isso. Quando trata dos objetos e das modalidades de controle jurisdicional de políticas públicas, a Professora Ana Paula refere que em se tratando do controle do resultado final esperado dessas políticas, um dos momentos em que parece ocorrer com frequência este controle pelo judiciário, ele consistiria na possibilidade de o juiz definir e determinar ao poder público quais itens da política pública seriam de observação obrigatória, o que concretamente o gestor deve entregar, exige-se, portanto, uma definição prévia de quais itens é lícito exigir da administração (BARCELLOS, 2013).

No que se refere à educação, a tarefa é facilitada na medida em que a Constituição deixou isto determinado fora de dúvidas nos incisos e parágrafos do art. 208. Contudo, no que toca à saúde, a conclusão da autora é diferente. Ante a redação dos artigos 196 e 198 da Constituição, para que o judiciário exerça tais controles é necessário que antes se defina que resultados são esperados da política pública. E o aplicador não pode impor seus conceitos pessoais à guisa de interpretar a Constituição. Caso isso ocorra, o equilíbrio entre a Constituição e o regime democrático, também por ela imposto, será quebrado, havendo falta de legitimidade do magistrado para fazer isto, além de distorção entre as possibilidades de realização da justiça nos casos concretos individuais (microjustiça) e a realização da justiça social própria de tais direitos (macrojustiça) (BARCELLOS, 2013).

E isso tudo porque, cresce-se, o objeto que se deve entregar, à guisa de se garantir saúde, deve ser definido pelo gestor e pela comunidade (CF, art. 198, III). Logo, comportamentos judiciais como os descritos pela autora desfiguram o sistema constitucional de controle social na confecção de políticas públicas de saúde.

Em pesquisa realizada na busca eletrônica denominada V/LEX ([1998]), comum em muitas bibliotecas jurídicas das faculdades de direito, com base no art. 198 da Constituição, verificou-se que este dispositivo é citado, genericamente, em 6.658 sentenças, que em realidade são decisões jurisdicionais, pois verificando os

julgados há decisões do STF, do STJ, de tribunais regionais federais, de tribunais de justiça e decisões de primeiro grau, a última relacionada do site é uma decisão do STF datada de 04 de novembro de 2019.

Comparando-se isto com o universo de ações de saúde que há pelo país, que já contava com cerca de 1.800.000 processos em 2017, conforme dados do CNJ (vide item 5.1), constata-se que apenas 0,36% das ações mencionam o art. 198 da Constituição, sem contar que este dispositivo tem três incisos, seis parágrafos, que por sua vez têm mais sete incisos, e já foi objeto de três emendas constitucionais (29, 86 e 95, fora as que estão no prelo) e de uma lei complementar, que tratam de toda a estrutura do SUS, da política pública de saúde e de seu financiamento.

Portanto, pode-se dizer que uma parcela insignificante das decisões aborda as regras constitucionais que são os pilares da obrigação pública de saúde do Estado. Isso, ao menos parece, é um dado preocupante.

Mas, para quem entenda o controle social como indispensável ao funcionamento democrático do sistema, os dados podem ser menos alentadores ainda. Quando se refina a pesquisa com a expressão “art. 198, III, da Constituição”, além das duas decisões já trabalhadas no item 5.3 deste estudo, ocorrem mais quatro decisões do Tribunal Superior do Trabalho, e que tratam de contratação temporária de agentes comunitários de saúde, e um acórdão do STJ no RMS 45638<sup>30</sup>, que, por acaso, também é do Rio Grande do Sul, e discute a possibilidade

---

<sup>30</sup> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO SANITÁRIO. SUS - SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. CREDENCIAMENTO DE ENTIDADE PRIVADA. LABORATÓRIO. EXIGÊNCIA DE DOCUMENTO. PARECER FAVORÁVEL DO CONSELHO MUNICIPAL. NÃO CUMPRIMENTO. LICITUDE DA EXIGÊNCIA ART. 198, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E LEI 8.080/90 E LEI 8.143/90. PARTICIPAÇÃO SOCIAL. INOVAÇÃO RECURSAL. NÃO CABIMENTO. PRECEDENTE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. Cuida-se de recurso ordinário interposto contra acórdão no qual foi negada a segurança ao pleito mandamental de credenciamento de laboratório como prestador de serviços no âmbito do SUS - Sistema Único de Saúde em município; o recorrente pede o seu credenciamento, negado pelo estado em razão da ausência de parecer favorável do Conselho Municipal de Saúde. 2. O Sistema Único de Saúde se expressa por meio de uma complexa organização estatal e social, na qual colaboram pessoas jurídicas de direito público e privadas; para garantir o seu funcionamento concatenado, o sistema possui uma lógica de permeabilidade à participação social, que se expressa por meio de conselhos, no teor do inciso III do art. 198 da Constituição Federal. 3. O parecer favorável do Conselho Municipal de Saúde era um dos documentos exigidos no roteiro de contratação de entidade de referência, que possuía caráter de edital, para todos os potenciais contratados, em clara atenção ao art. 24, parágrafo único, da Lei n. 8.080/90 e ao art. 1º, II, § 2º, da Lei n. 8.143/90. 4. Argumentos não examinados na origem, trazidos somente no recurso ordinário, configuram indevida inovação recursal e, assim, não são passíveis de conhecimento nesta instância recursal. Precedente: RMS 41.477/GO, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 10.3.2014. 5. Ademais, cabe anotar que o Estado do Rio Grande do Sul apenas seguiu o roteiro de contratação de entidade, exigindo a documentação que estava previamente demandada; o combate ao parecer desfavorável do Conselho Municipal de Saúde deveria ser buscado por meio ação dirigida contra esse órgão

de o Estado colocar como requisito para a contratação de terceiro (laboratório) prestador de serviços para o SUS parecer prévio do Conselho Estadual de Saúde. Contudo, a decisão não entra no mérito desta exigência, não conhecendo do recurso porque o recorrente só trouxe este argumento nas razões recursais, isto é, fazendo indevida inovação de argumentos em grau de recurso.

Percebe-se, desse modo, que a judicialização da saúde no Brasil não privilegia a participação comunitária nos termos em que foi posta no art. 198, inc. III da Constituição, o que pode significar um possível descaminho à participação e ao controle social da política pública de saúde, na medida em que, no nível jurisdicional, não se acolhe, e sequer se debate, a necessidade de participação comunitária como integrante da legitimidade da política e da ação pública em saúde.

### **7.3 O problema da saúde no Brasil um exemplo da necessidade dos diálogos institucionais**

A crença de que o controle jurisdicional de políticas públicas deve prevalecer sobre o controle social parte do pressuposto de que o parlamento, ao legislar, e a administração, ao construir as políticas públicas, não consideram a efetividade dos direitos fundamentais e a força normativa da constituição; de que o Poder Judiciário está imune a pressões de qualquer natureza, sendo, assim, neutro e capaz de exercer o poder contramajoritário em caso de violação de direitos fundamentais. Essas considerações, contudo, além de não terem comprovação teórica e empírica, olvidam que a judicialização não é garantia de supressão dos riscos da política, e de que o juiz não é moralmente neutro (PICOLI, 2018).

Bem no sentido do descrito é a reportagem publicada por Itamar Melo (2019, p. 10-11), onde entrevista o Desembargador Nilton Carpes da Silva, coordenador do Comitê Estadual de Gestão da Judicialização da Saúde no Rio Grande do Sul, que, manifestando-se sobre o caso da fosfoetanolamina, no qual já se sabia de antemão não haver evidências científicas de que o medicamento produzisse os efeitos prometidos, que era um mero paliativo (há dúvidas inclusive quanto a isso), mas, segundo o desembargador, “o cara tá ali, moribundo, aí tu não vai dar?” E segue o desembargador testemunhando que, em situações tais, onde há alegação de vida ou morte, o juiz entra em pânico, pois é colocado numa posição de leigo,

além do mais o autor do processo de saúde descreve um quadro de desespero e pavor que deixa o juiz aflito. E “a tendência natural é tentar salvar”, ou seja, é deferir o pedido do autor, embora se saiba que não resolverá o problema e, mais grave, sem qualquer análise minimamente jurídica.

A descrição do desembargador suscita um sem número de indagações, ainda que, exemplificativamente só se discorrerá sobre algumas. A primeira delas é: o juiz é leigo em quê? Essa indagação bem demonstra o quanto estamos afastados da dogmática jurídica. Corremos o risco de estarmos, à guisa de concretizar o direito fundamental social à saúde, nos distanciando do que deveria ser a nossa expertise: a aplicação do direito, porque, ao fim e ao cabo, os conhecimentos jurídicos, que todo juiz tem de sobra, deveriam bastar para a solução de casos que tais. E mais ainda, nem fazendo justiça. Ora, quem daria uma droga que sabe não funciona apenas para manter as esperanças do autor?

O caso da fosfoetanolamina sintética é emblemático, mas nem é o pior, porque a droga custa uma insignificância, comparada a outros medicamentos que também não funcionam, custam uma fortuna e são deferidos amiúde, como se demonstrou no capítulo 5. Mas veja-se, nas drogas de alto custo o pânico judicial deve ser o mesmo, e aí se deslocam vultosas quantias do orçamento, que irão faltar para as políticas já planejadas, que passaram pelo controle social, e que têm evidências científicas de efetividade. Mais uma pergunta: quantas pessoas que efetivamente poderiam ser salvas morrerão pela falta desses recursos que foram indevidamente deslocados do orçamento?

É evidente que não somos nem monstros insensíveis, nem robôs, somos humanos e estamos sujeitos aos impactos morais dos casos que nos são submetidos à análise. Contudo, se o juiz está impactado ao ponto de entrar em pânico e não analisar as circunstâncias jurídicas do fato que lhe é submetido a julgamento, não seria o caso de declarar-se suspeito, por motivo de foro íntimo, nos termos do §1º do art. 145 do Código de Processo Civil? E se a conclusão do julgado não corresponde aos argumentos que a fundamentaram (como no caso dos argumentos meramente retóricos já mencionados no item 5), a decisão não seria nula nos termos do art. 11 do Código de Processo Civil, por falta de fundamentação? E esse é apenas um exemplo confesso, quantos mais há desses 1.800.000 processos que foram decididos por argumentos emocionais, e não se tem como controlar a decisão?

Aqui soa o alarme de que ao menos uma parte dos julgadores brasileiros, de todas as instâncias, talvez deveriam passar por capacitações mais específicas na área do direito à saúde, justamente com o fito de controlar esse medo de ser responsável pela morte de uma pessoa que está ali a pedir uma prestação que foi negada pela administração porque não amparada pelo princípio da legalidade, e, principalmente, para que isso não se transforme em um abuso de direitos dos que tiveram acesso ao judiciário em detrimento dos que não o tiveram.

Outro aspecto a ser considerado nesta reflexão capacitatória, digamos assim, é o de que o julgador tem que estar ciente dos impactos orçamentários da decisão judicial. Direitos prestacionais têm custos financeiros, e para quem pede, e acha que tem direito, as necessidades são ilimitadas, contudo, quem conhece economia sabe que os recursos são finitos, que demandam intensa engenharia financeira para sua alocação no atendimento das prioridades (PEDRON; DUARTE NETO, 2018).

E o Judiciário não deve fazer uso dos discursos de justificação, isto é, política, tarefa da administração e do legislativo; o judiciário num sistema romano-germânico, como o brasileiro, não faz política. Portanto não deve renunciar aos discursos de aplicação, desviando-se de sua função e substituindo a administração ao fazer política (PINTO, 2016).

As objeções de fundo democrático, portanto, devem ser tema de uma reflexão profunda acerca da necessidade dos diálogos interinstitucionais como alternativa para a solução adequada do problema da judicialização da saúde no Brasil que redunde, quem sabe, no fortalecimento da participação e do controle social.

Não obstante, há outros aspectos também a considerar. A capacidade institucional para a produção e gestão de políticas públicas também deve ser analisada. Qual instituição tem mais condições de decidir o que é prioritário e como atendê-lo com os recursos disponíveis? Por que, diante de todo o quadro já descrito, ainda se acredita que o Judiciário tenha melhores condições técnico-científicas e morais (e não apenas técnico-jurídicas) de tomar boas decisões em termos de políticas públicas e de alocação de recursos para a concretização destas? Por que o Judiciário Brasileiro se arvora na condição de último, talvez primeiro, quem sabe único, baluarte da proteção da cidadania? E não vamos aqui discutir a questão do direito fundamental de acesso à jurisdição, ou do direito de petição, previstos no art. 5º, incisos XXXIV e XXXV, da Constituição, porque uma coisa é o direito de pedir ao Judiciário, outra coisa é determinar o processamento de uma ação sobre direitos

fundamentais sociais que não preencha os requisitos legais, com medo de que se alegue negativa de instância e, mais ainda, deferir a pretensão, quando não tenha amparo jurídico, com base nesses incisos, coisa que se refere apenas para não passar em branco, pois não é objeto principal do estudo, e com o intuito de exemplificar o imbróglio teórico e prático em que nos enredamos, fruto de nossa história de idas e vindas de momentos mais e menos democráticos e flertes com o autoritarismo. Contudo, arbítrio é arbítrio, venha de onde vier, de que instituição parta, seja com que matiz, e aqui se pode incluir qualquer conclusão que não corresponda a argumentos racionais.

Argumenta-se que o parlamento, e o executivo, talvez sejam as instituições com melhores condições de decidir como se garante direitos a partir de políticas públicas, dadas as necessidades de tempo, tecnologia, conhecimentos empíricos e consequencialismo acerca dos efeitos colaterais dessas decisões, cujas condições não se observam nem no tempo que deve durar (digamos que seria razoável durar) um procedimento judicial, nem nas técnicas de que o intérprete jurisdicional dispõe para a aplicação do direito, que não são adequadas para a deliberação de valores públicos (PICOLI, 2018).

Contudo, há que se considerar que foi o “Legislador Constituinte Originário” quem colocou o Supremo Tribunal Federal, e por conseguinte todos os membros do Poder Judiciário, como guardião da Constituição<sup>31</sup>, o que, no entendimento de uns, já seria suficiente para outorgar-lhe legitimidade democrática. Nessa mesma linha de raciocínio se percebe o Judiciário como protetor do “Estado Constitucional de Direito”. Logo, a própria Constituição, colocou uma instituição, o Poder Judiciário, como fiscal da atuação e da interpretação da “Carta Magna” pelos demais poderes. Só que a supremacia da Constituição impõe sua observância por todos os poderes, inclusive pelo Judiciário (PICOLI, 2018).

Os órgãos judiciais, justamente por privilegiarem a afirmação dos princípios constitucionais, racionalizam as deliberações e garantem uma isenção e imparcialidade para a concretização de valores públicos difícil de se obter em uma esfera pública guiada pelo utilitarismo comum aos ambientes parlamentares. Esses órgãos teriam, desse modo, maior sensibilidade aos conflitos sociais específicos,

---

<sup>31</sup> Constituição de 1988, art. 102: Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição.

considerando as peculiaridades do caso concreto sob análise judicial (PICOLI, 2018).

É claro que em determinados cenários, onde há completa inação dos órgãos legislativos e administrativos, não restará outra alternativa que não o socorro ao judiciário para adjudicação da prestação devida. Mas, ao menos parece, pelo que já se teve oportunidade de dizer até aqui, não ser esse o caso do direito à saúde no Brasil onde, reitera-se, dois anos depois de promulgada a Constituição as regras básicas de estrutura do sistema de proteção estavam prontas, a regulamentação infralegal está posta e é revista periodicamente, e a política pública produz os números já descritos no item 5.1.

Há problemas? Há problemas aqui e ali num país de contrastes e dimensões continentais. É possível melhorar? É possível melhorar, mas há que se fazer uma leitura que privilegie o que funciona e corrija, especialmente, aquilo que a Constituição também determina e que por vezes não se observa em nenhuma esfera como, apenas para reiterar um exemplo, a aplicação de recursos mínimos pelos Estados e pela União nos moldes que prescreve a Lei Complementar 141 (BRASIL, 2012) e, neste caso, não se ouve as mesmas vozes judiciais bradando a fundamentalidade dos direitos humanos.

Há ainda o argumento da crise de representatividade política no país, que enfraqueceria a legitimidade parlamentar e do poder executivo, favorecendo, de outro modo, a preponderância do controle jurisdicional. Não obstante isso seja verdade, há que se fazerem algumas observações. Em primeiro lugar não se pode chamar o fenômeno de crise, pois o embate entre o interesse particular e o interesse público na condução dos negócios de Estado no Brasil, a potencial perda da abstratividade da lei, o desconhecimento e a desconfiança no direito se observam desde a Proclamação da República (KIERECZ, 2016).

Portanto se o fenômeno se protraí por décadas (no caso mesmo séculos) crise não é. E, em sendo assim, o Parlamento que não tem legitimidade popular e democrática, por se distanciar da razão pública em que lhe fora outorgado o mandato, é o mesmo que, em Assembleia Nacional Constituinte, colocou o Judiciário como guardião da Constituição.

Veja-se: a Assembleia Nacional Constituinte, convocada em 1986, não foi exclusiva, partidos e parlamentares (muitos até que, hoje em dia, denunciam a violação de regras desta Constituição) negaram-se a assinar o texto aprovado. Logo,

o argumento de falta de representação política serve para tudo, e pensando desse modo corre-se o risco de entrar em um paradoxo insuperável, além do que, segundo notícias recentes, atos e decisões que se desviam do bem público não são privilégio do legislativo e do executivo. Aí que se pergunta, mais uma vez, se há dúvidas quanto à representatividade dos políticos profissionais na construção das políticas públicas, porque não privilegiar e fortalecer, reafirmando doutrinaria e jurisdicionalmente, aquelas decisões que o próprio cidadão toma nos espaços de democracia deliberativa e direta como naqueles previstos pelo art. 198, inc. III, da Constituição?

Percebe-se, assim, certa circularidade nas críticas e argumentos tanto ao controle jurisdicional de políticas públicas, quanto ao controle social. É possível notar, também, não haver segurança quanto à garantia de ser mais acertada a conclusão que privilegia a interpretação judicial da constituição, ou a que privilegia a interpretação social ou política, não há uma preponderância de um poder sobre o outro, ou mesmo da sociedade sobre todos, daí, mais uma vez, a necessidade dos diálogos interinstitucionais.

Há que se promover uma postura institucional colaborativa, que privilegie a compreensão e construção dos valores públicos que se buscou traduzir na Constituição e nas regras regulamentadoras, onde o debate se paute por uma postura dialógica, e cada instituição aplique suas expertises visando a máxima efetividade do Direito à Saúde e da participação comunitária na concretização deste (PICOLI, 2018).

Não haverá, portanto, assim compreendendo as necessidades públicas, preponderância de uma instituição sobre outra, senão que uma ação coordenada, colaborativa e dirigida ao bem comum, onde o direito é o “médium” dessa ação comunicativa e cada um se mantém dentro daquela esfera de atuação que lhe é própria e a cujo respeito não haja dúvida fundada. Desse modo supera-se a questão de poder ou não o Judiciário controlar a política pública de saúde, para discutir-se de que modo deve o Judiciário intervir com o objetivo de garantir a legitimidade da política pública de saúde.

#### **7.4 Perspectivas de uma atuação judicial alinhada à “mens legem” do direito à saúde**

A proposta dos diálogos institucionais vai além da forma tradicional binária da processualística forense de identificar eventual violador do direito, de puni-lo ou de compensar a vítima. O foco é produzir um resultado que suprima, de forma duradoura ou permanente, a ameaça à concretização da Constituição. Porque a questão debatida em uma ação que reivindica prestações de saúde não se limita ao autor e ao réu do processo. Decisões sobre direitos fundamentais sociais afetam toda uma estrutura de organização do Estado e da sociedade, havendo, portanto, que se ter consciência das consequências permanentes que isso irá produzir, especialmente quanto à possibilidade de execução dessa medida do ponto de vista de sua universalização, pois é de direito social que se trata (PICOLI, 2018).

Assim, por exemplo, quando se fala em dignidade da pessoa humana já se tem em mente o gozo e a fruição de um mínimo de utilidades básicas que garantam uma existência digna. E não há nada de básico em deferir a uma pessoa, ou a um pequeno grupo destas, uma prestação que, dado o seu custo, ou as possibilidades fáticas de sua obtenção, não se tenha a menor possibilidade de universalização. Isto não é básico, e, portanto, não é mínimo existencial. Esta perspectiva dialógica tem que, necessariamente, permear o debate institucional.

Mesmo aqueles, como Hart, que defendem a possibilidade de o juiz concretizar valores não previstos politicamente, ou Dworkin que também defende esta mesma posição a partir de princípios, em um sistema jurídico insular, portanto diverso do nosso, em que o Judiciário legisla por precedente, entendem que materializar princípios como o da dignidade da pessoa humana implica submeter a conclusão, e desse modo a decisão, a outros valores e princípios autoevidentes que decorrem de uma autoconsciência universal, além de destinar-se à concretização de finalidades públicas decorrentes do entendimento dialógico entre os cidadãos (OLIVEIRA JUNIOR; RAMOS, 2018).

Daí que para MacCormick, segundo esses mesmos autores, é preciso redefinir o que se entenda hoje em dia por “lógica jurídica”, estabelecendo precisamente os pressupostos do que se irá entender por direito, exercitando fundamentos que delimitam toda a prática jurídica tais como os que estabelecem a obrigação de o Judiciário aplicar as regras válidas, respeitando, desse modo, a

certeza do direito e a segurança jurídica, o princípio da divisão de poderes, da autoridade do parlamento (OLIVEIRA JUNIOR, RAMOS: 2018, p. 195-197).

O juiz pode identificar quais as regras válidas e dentre elas quais as aplicáveis, desde que respeite os critérios de universalidade, consistência e coerência da norma geral aplicável, onde, universalidade pressupõe a capacidade de a decisão, respeitando o passado, ser mantida para os casos futuros. Consistência implica estar a decisão de acordo com o regramento jurídico como um todo, isto é, não estar em conflito com outras regras também tidas como válidas; e, coerência, significa que a decisão está alinhada com o objetivo proposto pelo valor que defende, por exemplo, se embasada na defesa da máxima efetividade do direito social à saúde, deve buscar o estabelecimento de ações públicas e de prestações que tenham a possibilidade, jurídica e fática, de universalização, ao contrário de decisões cuja tutela deferida já se saiba de antemão, ou se deva saber, impossível de estender a todos. O direito fundamental não pode ser efetivo apenas para um, ou para alguns, ou somente para aqueles que estão no processo judicial (OLIVEIRA JUNIOR; RAMOS, 2018).

Direito à saúde é direito à igualdade, já se escreveu alhures, e todos têm igual direito à saúde. Contudo, há que se estabelecer com precisão a distinção entre ser titular desse direito e as prestações e obrigações que dele decorrem, porque, quando tratamos com direitos prestacionais, do fato de se o ter afirmado em uma norma não decorre diretamente o dever de o Estado atendê-lo de determinado modo, qual seja, por meio de políticas públicas. Não se podem confundir direitos sociais e políticos com as políticas públicas de concretização desses mesmos direitos sociais. E no momento em que o judiciário realiza o direito social ditando a política pública, incorre em nebulosa normativa, pois esses direitos operam de modo diferente dos direitos individuais, e, por isso, nem sempre a eles corresponde uma determinada prestação pelo Estado (PINTO, 2016).

Direitos desta magnitude, que em razão de sua complexidade foram indicados constitucionalmente para serem respeitados, protegidos e garantidos por políticas públicas, só deveriam ser tutelados judicialmente por meio de ações coletivas e, ainda assim, somente por aquelas que se mostrassem capazes de questionar a política pública ao ponto de, em sendo procedentes, ressignificá-la, reestruturá-la adequando-a àquilo que seja consenso que a norma previu e que não foi observado.

Mesmo naqueles casos em que alguém vai à farmácia da unidade básica de saúde do Bairro e não encontra o medicamento da lista do SUS, que lhe foi prescrito pelo médico da equipe de saúde da família, portanto uma ação absolutamente dentro da política pública de saúde (e como já sustentado das poucas hipóteses de geração de direito subjetivo público em matéria de direitos sociais) há que se indagar se isso é um problema pontual, um atraso numa licitação, por exemplo, ou se é uma deficiência recorrente da política de assistência farmacêutica do município que demande uma intervenção mais abrangente. Isto é, num problema aparentemente individual, quando o assunto é saúde pública há sempre uma perspectiva de coletivização.

E já se viu que o debate judicial em torno da política pública de saúde se trava, quase que exclusivamente, por meio de ações individuais, cujo foco principal é a reconstrução ou reparação de um passado de violação, no modelo tradicional de processo civil e justiça comutativa, como anotado no item 5.1.

No processo tradicional o autor reivindica uma tutela pontual, eventual, retrospectiva e específica para atender a uma necessidade que entenda devida, e a adjudicação será no molde “tudo ou nada”. Já o debate acerca do direito à saúde reclama um processo estrutural, que ajuste as condutas futuras, de forma permanente, aos princípios constitucionais. Há uma tutela prospectiva, duradoura, que vai muito além da reparação do dano eventualmente perpetrado, e da responsabilização de seu autor, para produzir um rearranjo da estrutura de prestação que abranja muito mais que as partes diretamente envolvidas no litígio, daí a necessidade de se considerar, e até de se ouvir, todos os possivelmente atingidos pela decisão, especialmente no caso da política de saúde, cuja perfectibilização só se dá com a efetiva participação comunitária prevista constitucionalmente (PICOLI, 2018).

Este tipo de atuação judicial se alinha ao que Garavito (2011, p. 16) chamou de “ativismo dialógico” que, como no “ativismo monológico”, contudo diferente deste, declara a plena sindicabilidade dos direitos sociais e econômicos, mas determina ao poder público a realização de ações, que ficam a escolha do legislativo e do executivo, para implementação dos direitos sindicados não só dos petionários, mas de todos aqueles que se encontrem naquela condição, com prazos definidos para as diversas ações e monitoramento dos resultados alcançados.

Para isso, Garavito (2011) estabelece como premissas do ativismo dialógico: o conteúdo substantivo do direito invocado, os remédios determinados pelo tribunal e os mecanismos de monitoramento. O conteúdo se subsume no grau de violação que o tribunal declara ter havido no direito invocado, o remédio é o tipo de ação que o tribunal determinou ao poder público, se o cumprimento da prestação pretendida diretamente ou a implementação de uma política pública de caráter geral a ser discutida pela sociedade e governo, e se o tribunal estabeleceu cronograma de implementação das ações e o monitora.

Um efeito indireto de uma decisão “dialógica” observado por Garavito (2011), numa ação de desabrigados por conflitos sociais na Colômbia, o Chamado Caso T-025 da Corte Constitucional Colombiana, foi exatamente o envolvimento de diversos atores governamentais e não governamentais no monitoramento da implementação das medidas de proteção determinadas pela Corte às agências do Governo, o que propiciou a articulação, e até mesmo a criação, de diversas organizações da sociedade civil de participação comunitária.

Logo, um direito social disciplinado constitucionalmente como o direito à saúde no Brasil, se alinha a uma intervenção judicial que compreenda os valores propostos para a proteção desse direito, aplique as competências constitucionais para a identificação dos problemas, definição das ações e dos recursos a serem alocados em sua concretização, exija e fortaleça a participação social como legitimadora da confecção da proposta de ação pública e monitoradora de sua execução e resultados. Reconhecendo, também quando, por vezes, segundo nossa lógica constitucional, embora a pretensão do autor seja necessária, desejável, e até realizável materialmente, ela não tenha amparo jurídico, e não seja lícito exigir que a sociedade suporte uma prestação que viole o planejamento e a legalidade, mesmo porque a comunidade, no pleno exercício de seu direito de participação democrática, em conjunto com o gestor público deliberou que aquela determinada prestação não seria custeada pelos cofres públicos, por isso não a incluiu na política pública ou criou disciplina que leva a concluir não seja ela devida.

## **7.5 Propostas de harmonização da atuação judicial para melhor conformação da gestão das políticas públicas de saúde**

Uma das tantas dificuldades apontadas para a melhoria da cobertura da saúde no país é a questão do financiamento, tema já abordado nos itens 4.2 e 4.3. Contudo, não basta, apenas, que se melhore a questão do financiamento da saúde, especialmente por parte da União, faz-se indispensável acrescentar a isso que o Poder Judiciário conheça e considere a organização jurídica, técnica e administrativa da saúde, principalmente no que tange ao respeito àquilo que se pactuou interfederativamente com chancela do controle social e se atribuiu especialmente a um ente federativo na sua execução e financiamento.

Não há como melhorar-se o atendimento e o custeio da saúde se aquilo que os gestores e a comunidade pactuaram seguindo a legislação de saúde não é considerado pelo judiciário no momento de determinar a este ou àquele que cumpra ou custeie tal ou qual prestação (PINTO, 2016).

Quem mais arrecada recursos no país é a União, portanto deveria ser a maior responsável pelo financiamento da saúde, visto que essas verbas também têm o condão de reduzir as desigualdades regionais, como estabelecido no inciso II do §3º do 198 da Constituição, além do que a ideia original da constituição era de que um terço do orçamento geral da seguridade social fosse comprometido com saúde e rateio com os demais níveis da federação. O que tem ocorrido nas últimas décadas é que o gasto mínimo com saúde, que é piso, opera como teto e se encontra estagnado ou em declínio de há muito, aumentando, sobremaneira, a carga dos municípios (PINTO, 2016).

É chegado o momento de a justiça como um todo, e em especial a Justiça Federal, refletir sobre estes aspectos, buscando realizar a macrojustiça e retroalimentar o planejamento orçamentário da União, pois são questões que envolvem o Ministério da Fazenda, o Ministério da Saúde, a CONITEC, e não estão ao alcance da justiça comum (PINTO, 2016).

**A questão do financiamento tem que ser equacionada judicialmente**, o judiciário tem que compreender que a legislação orçamentária tem de ser cumprida e, do mesmo modo que determina que se custeiem ações não previstas na legislação e isso não é entendido como interferência de um poder no outro, há a necessidade de se disporem nos orçamentos de forma impositiva, ou seja, isso deve

corresponder à respectiva execução orçamentária, a alocação de verbas tal qual disposto na constituição e nas demais leis. Em não havendo isso, o judiciário deve corrigir mandando compensar nos próximos orçamentos à exemplo do que se faz com o orçamento da educação, e que está previsto para a saúde no art. 25 da Lei Complementar 141 (BRASIL, 2012), mas que até o momento não se tem notícia de aplicação na via judicial, nem mesmo em apontamentos dos tribunais de contas.

Um exemplo disso é o relatório da auditoria realizada no SUS pelo TCU, que redundou no Acórdão 2888 de 2015, e que apresenta uma série de equívocos acerca da interpretação e aplicação de princípios e conceitos do SUS e do Direito Sanitário, que, aliás, também são comuns nas decisões judiciais, e portanto necessitam de urgente alinhamento hermenêutico, pena de se perpetuarem esses erros que fomentam os problemas que impedem o pleno desenvolvimento do sistema de saúde no Brasil. As cortes de contas no Brasil operam em uma lógica semelhante à das cortes jurídicas, portanto esse relatório que serviu de base para o mencionado acórdão traz subsídios importantes para que se compreenda o tipo de problemas que enfrentamos e as possibilidades de solução.

O relatório, como já dito alhures, faz um levantamento completo do estado do SUS naquele momento, traz conclusões acertadas e faz propostas adequadas de correção, contudo, apresenta esses equívocos hermenêuticos, que também se entendem comuns ao Poder Judiciário. Anotam-se a seguir alguns pontos no sentido do exposto.

Na página 7, parágrafo 48, o relatório afirma que o Brasil, a partir do art. 196 da Constituição, optou por um sistema público integral que deve atender a qualquer pedido do cidadão, qualquer tipo de tratamento, sem uma contraprestação deste (BRASIL, 2015). Embora se concorde com a parte que admite a impossibilidade de qualquer cobrança pelo SUS, tal qual a passagem deixa transparecer, o entendimento de integralidade, como se pretende ter deixado claro no item 3.4 e em outros pontos deste trabalho não é este, senão que deve haver no sistema medidas que aborem o ser humano na sua integralidade, na relação com o meio em que vive, com a sua cultura e com ações nas áreas de atenção primária, média e alta complexidade, cuja segurança e efetividade estejam cientificamente bem fundamentadas e a custos suportáveis pela comunidade, mas tudo de acordo com um plano de saúde, legitimado pela participação social, e não qualquer coisa para qualquer um. Portanto aqui, deve-se harmonizar o entendimento, entre os diversos

agentes públicos que interferem na matéria, acerca dos respectivos significados jurídicos de cada termo.

No parágrafo 87, o relatório afirma que a Constituição e as Leis que a regulamentam, bem como o modelo de Contrato Organizativo da Ação Pública de Saúde (COAP), instituído pelo Decreto 7.508/2012, que regulamentou a Lei 8.080/1990, não definem claramente as responsabilidades de cada ente, nem suas responsabilidades com o cumprimento de metas ou de volume de financiamento que eles deverão empregar no cumprimento de suas responsabilidades. Observa ainda que, segundo a Lei complementar 141 (BRASIL, 2012), embora se fale que o “rateio de recursos federais vinculados à saúde observará os critérios epidemiológicos, demográficos, socioeconômicos, e capacidade de oferta”, mencionando ainda o art. 35 da Lei 8.080 (BRASIL, 1990a), a aplicação prática desses critérios não foi regulamentada (BRASIL, 2015, p. 14-15).

Ora, o relatório não leu o art. 36 da Lei 8.080 (BRASIL, 1990a), que determina que esses critérios sejam especificados nos planos de saúde, e devidamente pactuados na CIB e na CIT, conforme prescrevem os arts. 14-A, 19-P e 19-U, da Lei 8.080 (BRASIL, 1990a), arts. 23, 30 e 32 do Dec. 7508/2011, arts. 17, §1º, e 19, §1º, da Lei Complementar 141 (BRASIL, 2012), bem como tudo aquilo que já se disse nos itens 3.2 e 3.4 deste trabalho. Isto é, o TCU desconhece a legislação regulamentadora do SUS, ou ignora que os planos de saúde entram para o sistema como regras jurídicas que devem ser observadas por todos, gestores, usuários e órgãos de controle interno e externo da ação pública de saúde, onde se incluem, também, os tribunais de contas e o Poder Judiciário.

Este fato aumenta as possibilidades de descumprimento das regras de financiamento da saúde, já bastante abalado e, também, não contribui para o fortalecimento da participação social, na medida em que deixa de aplicar aquelas regras e consensos que dependam desta participação. Logo, mais uma vez, o conhecimento do Direito Sanitário, e a apropriação do modo como o SUS foi concebido para funcionar é fundamental para a boa gestão das políticas públicas de saúde.

Outro aspecto de manejo discutível pelo TCU é a questão da autonomia dos entes federativos, que o relatório aponta como uma das causas prováveis da falta de definição precisa das responsabilidades na execução e custeio das ações de saúde (BRASIL, 2015). Máxima vênia, esse tipo de interpretação decorre de uma leitura

incompleta e estanque do art. 18 da Constituição. Primeiro, porque o citado artigo diz serem todos autônomos “nos termos desta Constituição”. Então é necessário, ao menos, encontrar na Constituição quais os termos que foram descritos para o exercício desta autonomia. É só a título de exemplo, porque não é este o objeto do trabalho, isto começa pela definição das competências administrativas e legislativas descritas nos arts. 21 a 24, onde a União teve a competência para estabelecer a “norma geral” que regulamenta o SUS, e a Lei 8.080 (BRASIL, 1990a) discriminou como se repartiriam e se pactuariam as ações e seus respectivos financiamentos, e em que documentos isso seria definido.

Portanto, outra vez, a causa apontada como geradora do problema não se verifica. Mas pior que isso é a proposta feita pelo TCU de que o Ministério da Saúde baixe um regramento estabelecendo, pormenorizadamente, as competências e as regras de financiamento dos três níveis (BRASIL, 2015). Ora, tal determinação se mostra totalmente ilegal, pois viola o planejamento ascendente determinado pelo art. 36 da Lei 8.080 (BRASIL, 1990a) (vide item 4.1).

Embora o relatório, por vezes, apresente essas desconformidades com o que se entende por normas estruturantes do SUS, ele deixa explícitos os entraves ao financiamento, criados por incentivos burocráticos por parte da União, e a falta de conexão de documentos como o COAP, os planos de saúde e o planejamento anual de saúde (BRASIL, 2015). Desse modo evidencia-se que o planejamento da saúde, como base da ação pública nesta área (art. 36 e parágrafos da Lei 8.080 (BRASIL, 1990a)) deveria valer como regra jurídica e não vale. Logo, a adoção deste entendimento também se faz necessária para a harmonização da atuação judicial e dos demais órgãos de controle.

O relatório da auditoria técnica conclui que um dos principais entraves ao desenvolvimento da ação de saúde é a falta de disposição expressa no COAP de sanções específicas à União e aos Estados pelo descumprimento das responsabilidades assumidas (BRASIL, 2015). Não obstante isso, o conselheiro relator em seu voto, que foi acolhido pelos demais, deixou de acolher o entendimento, porque tal ação demandava alterações legislativas que estavam fora da alçada do Ministério da Saúde (BRASIL, 2015). Mais uma vez percebe-se apenas a questão do modo como se concebe o direito. As leis existem, como já reiterado neste trabalho, talvez o relator as desconheça ou entendeu de não as aplicar.

Logo, é preciso mudar a forma como os órgãos de controle institucional, notadamente Judiciário e tribunais de contas, enxergam o direito fundamental social à saúde, e os compromissos que a sociedade e o Estado assumiram constitucionalmente para a sua garantia. Os artigos 6º e 196 da Constituição não são promessas vazias, contudo não são também determinações de que o céu é o limite, coisa que não se vê na mais avançada democracia do globo terrestre, já que temos o hábito de importar teorias estrangeiras. Ocorre que o Legislador Constituinte de 1988 não abriu mão da soberania nacional, nem do princípio democrático, ao colocar tais garantias no texto. E bem disciplinou o sentido da garantia, e a forma de sua concretização que também são regras constitucionais com o mesmo “status” e efetividade de direitos fundamentais, como os artigos 197 a 200 da Constituição, onde se dá especial destaque para a participação da comunidade nos termos do art. 198, inciso III, que é tão direito fundamental quanto o que se possa defluir dos arts. 6º e 196 antes citados.

Pesquisa do CNJ publicada em 2019 dá algumas diretrizes para esta harmonização, ainda que certas análises da pesquisa tangenciem o ponto principal deste estudo que é a efetividade do direito posto a partir da decisão comunitária.

O item 6 da pesquisa (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, p. 161) aponta algumas dessas diretrizes. Começa por um ponto que já se abordou no trabalho, que é **a formação dos magistrados nos conceitos e princípios do Direito Sanitário, das políticas públicas de proteção da saúde, especialmente sobre os aspectos instrumentais dessas políticas**, pois também elas são reguladas pelo direito. Tal formação de magistrados se dá em momentos que antecedam o ingresso na magistratura, logo depois do ingresso, nos cursos de formação, e durante toda a carreira para aqueles que tiverem de julgar processos que envolvam a matéria.

Tal orientação já consta da Recomendação Nº 31, de 30/03/2010 do CNJ (2010), que aconselhou os tribunais a incluir questões de direito sanitário nos concursos para juiz de direito, e a Escola Nacional de Formação e Aprimoramento da Magistratura (ENFAM) a redefinir os cursos de formação e vitaliciamento de novos juízes com a abordagem desta disciplina. Não obstante, essa medida não alcança os magistrados de segundo grau e dos tribunais superiores, porque foram investidos antes do implemento dessas medidas, e que continuam a interpretar o

direito de uma forma que se reputa inadequada, com o agravante de que isto vira jurisprudência a ser copiada por todos os demais.

Não nos esqueçamos aqui de que isto é fundamental, principalmente para aqueles atuantes no segundo e demais graus de jurisdição. O item 5.3.2 do relatório discorre um pouco sobre o conteúdo dessa formação (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2019, p. 154), fazendo certa distinção entre direito à saúde e direito da saúde, onde o primeiro seria o que a sociedade e o indivíduo entendem como necessário à proteção de sua saúde e, o segundo, aquilo que o Estado se comprometeu a proteger a partir do modo como positivou a garantia, especialmente a partir da influência do Direito Internacional da Saúde. Ora, no caso brasileiro, com a devida vênia, o que foi positivado na Constituição e nas leis é exatamente o que o Direito Internacional da Saúde propõe. O problema é que jurisdicionalmente não se faz essa leitura.

É preciso estabelecer que desejo, necessidade e direito são coisas diferentes. O país das maravilhas satisfaz todos os desejos de seus cidadãos. Não se sabe se há algum que satisfaça todas as necessidades, mas certamente as democracias se esforçam para garantir todos os direitos. Quando os desejos, necessidades e direitos coincidem o cidadão deve ser atendido. Contudo, quando ele não tem ou a necessidade ou o direito, o Estado e a sociedade não podem ser compelidos a atendê-lo.

E a pergunta que sempre se passou ao largo até aqui depois da promulgação da Constituição de 1988 é: o que é direito à saúde? Essa pergunta só será respondida com um acordo institucional adequado acerca do conteúdo teórico, empírico e técnico científico desse direito. Isso passa, sem dúvida, por uma reformulação do entendimento dos operadores do direito, onde se incluem os magistrados.

Outro aspecto indicado pela pesquisa é **a facilitação do acesso à legislação própria de direito sanitário e de políticas públicas de saúde, dada a complexidade da matéria e o volume de regulamentações**, contratos, pactuações, planos, etc, que interferem em questões fundamentais como o que pode ser prestado e quem é o responsável pela prestação. Isso seria facilitado, é claro, por um sistema virtual amigável que as contivesse de forma organizada, indo ao encontro, até mesmo, das disposições da Lei 12.527/2011, também conhecida

como Lei de Acesso à Informação, e dos novos conceitos de “compliance e accountability”.

É evidente que uma base de dados dessa natureza é extensa e complexa, pois conjuga ações de competência das três esferas de governo e por vezes os sistemas de cada um não dialogam entre si, e neste país de 5.570 municípios ainda há os que, sequer, disponham de tecnologia da informação.

Mas, reitera-se, o importante é que o aplicador conheça a estrutura da legislação sanitária e do SUS, pois assim já saberá em que base de dados efetuar a busca. Também seria adequado um banco nacional de dados acerca de todas as ações coletivas, incidentes de resolução de demandas repetitivas, e outros para que os magistrados tivessem fácil acesso ao que tramita, ou que já foi decidido acerca da questão de direito e que poderia operar como pré-judicial à questão que lhe é submetida.

**Uma articulação entre os diversos órgãos que operam as questões de saúde também facilitaria a compreensão dos magistrados acerca do problema,** porque não basta a criação instalação de núcleos de assessoramento técnico em saúde (os NATS mandados implementar pela recomendação do CNJ) ou os comitês de gestão da judicialização da saúde nos Estados da Federação, também criados por indicação do Conselho, se essas informações não chegam ao magistrado que vai decidir o caso concreto ou se, chegando, ele não as levar em consideração como já foi apontado neste trabalho no item 5.6.

Um amplo debate entre os poderes públicos implicados nas questões de saúde, que demandam ações complexas tanto do Executivo, do Legislativo, quanto do Judiciário, evitaria os transtornos que se teve nas decisões que determinaram o fornecimento da fosfoetanolamina como descrito no item 5.1. Os juízes, e até Ministros do STF, não tinham noção sequer de que era materialmente impossível produzir a droga nas quantidades pretendidas, especialmente nos prazos de “cinco dias” das ordens liminares, além da desorganização que isto poderia produzir à política pública em andamento porque pacientes interromperam o tratamento tradicional acreditando no milagre da droga.

Reitera-se, aqui, o que se disse no item 7.3 sobre **a necessidade dos diálogos interinstitucionais**, como forma de se eleger a solução mais plausível do ponto de vista fático, financeiro e jurídico. Tal debate poderia ser levado a efeito, até mesmo, nos incidentes de coletivização das demandas de saúde, que se apontam

nos parágrafos a seguir, onde se chamariam audiências públicas, por exemplo, para ouvida da comunidade, por meio de suas instâncias formais ou informais de participação, para que informasse por que se decidiu desta ou daquela maneira com relação à política pública. Também seriam ouvidos os gestores para informar o que já se faz, no nível do pretendido pela demanda, e a comunidade científica e órgãos de controle, onde se concluiria acerca do factível em termos de desenvolvimento tecnológico (SABINO, 2016).

Claro que tudo isso, apenas e tão somente, no caso de se ter dúvida acerca da legalidade/constitucionalidade e efetividade da política pública adotada pelo gestor com a chancela da comunidade. Insiste-se, novamente, e até pleonasticamente, se não se deixou isto claro no trabalho, a tarefa do Judiciário é controlar a legalidade e a constitucionalidade da política pública. É um equívoco pensar, ou sugerir, que o judiciário brasileiro tenha condições de confeccionar, gerir ou executar políticas públicas. O Poder Judiciário não tem competência constitucional e, principalmente, aptidão técnica para isso. Esta tarefa foi reservada ao executivo, ao legislativo e à comunidade pelo constituinte de 1988.

**A coletivização das demandas** também seria outro ponto interessante não só para redução do volume de processos que chegam ao Judiciário, mas também para a harmonização do entendimento de que itens devem ser contemplados para a avaliação da política pública de saúde, se esta apresenta desvios, quais desvios e como corrigi-los em caso de procedência da ação, ou se, depois de criteriosamente avaliada, a política pública mostra-se legal e adequada, devendo a ação ser julgada improcedente. Como se viu no item 5.1 deste trabalho, a grande maioria dos processos que discutem itens de saúde são individuais, e, dada a urgência com que a parte articula o pedido, impera a teoria da misericórdia, sendo o pedido deferido ao largo de uma análise mais apurada da política pública de saúde, da legislação, das teorias, conceitos e princípios que regemo direito à saúde e o direito sanitário.

Esta alternativa está prevista no inciso X do art. 139 do Código de Processo Civil<sup>32</sup>, onde é dito ao juiz que notifique os legitimados para o ajuizamento da ação coletiva, no caso de deparar-se com demandas individuais repetitivas. Contudo, na

---

<sup>32</sup> Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:  
X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficial o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

base de dados V/LEX (2019), que compila todas as decisões indexadas no Brasil por menção a termos específicos, como artigos e incisos de leis, utilizando-se o argumento “Código de Processo Civil, art. 139, inciso X”, encontram-se apenas quatro decisões, duas do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e duas do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, mencionando o citado inciso. Contudo nenhuma delas refere-se à saúde.

Há quem defenda, não sem razão, que demandas judiciais sobre direitos sociais sejam reservadas exclusivamente para as ações coletivas. E isso é uma decorrência lógica da natureza do direito social à saúde, dada a sua universalidade, igualdade, necessidade de tratamento isonômico, articulação do estado e da sociedade para a produção de ações permanentes ou de longa duração no tempo, coisas que, de regra passam ao largo de uma ação individual, porque na ação individual se considera que há um vínculo obrigacional entre autor/cidadão/vítima e réu/Estado/causador do dano ou violador do contrato, considerando-se uma relação de direito privado onde a justiça comutativa tradicional daria conta do recado, e em termos de políticas públicas não é assim que funciona (SABINO, 2016).

E esse aspecto, acrescenta-se, deve ser observado até mesmo numa ação civil pública ou coletiva que discuta a política pública, porque tal ação não se assemelha, por exemplo, a uma ação de consumo onde a causa de pedir é o dano causado pelo fornecedor do produto ou serviço ao consumidor. Aquele que por ação ou omissão causa um dano, isto é, produz um fato potencialmente danoso a partir do exercício de uma atividade qualquer, é, sem dúvida, obrigado a reparar o dano ao menos até o limite de suas forças e de tomar todas as precauções para que isto não se repita se quiser continuar tal exercício.

No caso da saúde, não obstante, cometendo aqui um exagero exemplificativo, o Estado e a sociedade, de regra, não deram causa ao desalinhamento do alelo 14 do cromossomo y do filho de fulano e que lhe causou uma síndrome que hoje demandaria intensa pesquisa de altos custos para produzir os medicamentos e procedimentos, também de alto custo, que reduziriam as sequelas que isto produz.

É certo que, na medida do cientificamente possível se irá trabalhar para desenvolver as pesquisas necessárias à solução do caso hipotético do exemplo. Mas o que se insiste é na diferença de situações, neste caso não há como se concluir que a Constituição ou as leis tenham atribuído essa responsabilidade ao Estado, como já se discorreu neste trabalho, porque não é ele o causador do dano,

donde sua responsabilidade se limitará ao pacto constitucional de garantia do mínimo existencial peculiar aos direitos sociais.

Logo, mesmo quando diante de uma ação coletiva há que se considerar essa diferença, para que o instrumento tenha a efetividade que dele se espera em nível de proteção do direito social à saúde, já que toda e qualquer pretensão contra o Estado em matéria de saúde, dada a natureza universal e isonômica desse direito, contém certa essência de transindividualidade. Daí que mesmo uma ação individual, que concordando-se com o autor antes citado deve ser admitida apenas em casos excepcionais, também ostente este aspecto (metaindividualidade) a ser considerado no debate e na avaliação das propostas de solução do litígio (SABINO, 2016).

Outro instrumento de coletivização de demandas individuais que está disponível e poderia auxiliar em muito na questão da judicialização da saúde é o **incidente de resolução da demanda repetitivas** previsto no Cap. VII, arts. 976 a 987 do Código de Processo Civil, que tem cabimento, na leitura dos incisos do art. 976, quando ocorrerem, ao mesmo tempo, multiplicação de processos com debate de idêntica questão de direito e ameaça ao tratamento igualitário dos demandantes e à segurança jurídica em face da possibilidade de decisões divergentes sobre o mesmo tema.

Vê-se que a alternativa poderia ser importante solução para os milhões de processos individuais que discutem prestações de saúde, garantindo a universalidade e a isonomia de tratamento próprias dos direitos sociais. Contudo, novamente, não se conhecem decisões pelo país que tenham se utilizado desta alternativa para a solução das inúmeras ações que versam sobre saúde.

Causa espécie, desse modo, constatar que instrumentos valiosos como estes, transcorridos anos de sua instituição, não sejam empregados numa área tão sensível quanto a judicialização da saúde pública, especialmente quando se sabe que todas as reformas processuais intentadas nos últimos anos no Brasil têm como principal foco a redução das demandas que aportam ao Judiciário e a consequente diminuição do tempo de tramitação dos processos. Portanto, parece que a causa do problema não é a inexistência de mecanismos legais para a adequada solução e sim o uso, ou no caso o desuso, que se faz deles.

Muito do que se propõe aqui não é novidade, como se viu, ainda que não implementado ou não utilizado adequadamente até o momento. A Constituição de 1988, a partir da sistematização de anseios dos movimentos populares de reforma

sanitária, buscou reverter o quadro de iniquidades anterior a 1988 que não garantia, sequer, a atenção primária em saúde para todos os cidadãos brasileiros, que é, de fato, o mínimo existencial em matéria de saúde na esteira da teoria dos direitos sociais. Talvez o que se repute realmente novo aqui, é a proposta de interpretação de que o direito à saúde, como posto na Constituição de 1988, só se concretiza pela política pública por ela prevista, com o respectivo crivo comunitário, e de que isto, e apenas isto, pode ser submetido ao controle do Poder Judiciário.

## 8 CONCLUSÃO

Do que se trouxe até aqui, é possível perceber que o direito à saúde como posto na Constituição de 1988 é fruto de um movimento histórico, cultural e social, vinculado a rupturas institucionais produzidas pela comunidade com suporte tanto nas ciências naturais quanto nas ciências sociais. E isto está assente tanto no Sec. V antes de Cristo, quando Hipócrates propôs a separação entre medicina e religião reconhecendo as implicações entre saúde, meio ambiente e instituições políticas, tendo a norma como forma de prevenção dos agravos à saúde e forma de constituição de uma saúde pública; quanto vinte e quatro séculos mais tarde, já na virada do Séc. XIX para o Séc. XX, com a descoberta dos micro-organismos causadores das doenças infectocontagiosas, e dos tratamentos por meio de vacinas.

Neste momento, movimentos reivindicatórios, que reconheciam a insuficiência dos direitos individuais de matriz liberal clássica para a proteção social, relacionam as condições de vida nas cidades, moradia e saúde, bem como uma tendência que se instaura de buscar o reconhecimento da saúde como um direito e a universalização do acesso a serviços públicos nacionais e integrados de saúde como indispensáveis ao desenvolvimento individual e social, propiciaram a inscrição dos direitos econômicos e sociais em constituições como a Russa de 1918.

Dois tipos de eventos originam as reformas sanitárias do Século XX. São movimentos revolucionários, como nos casos russo, chinês e cubano, ou são resultado de um processo de democratização ou redemocratização, onde trabalhadores e intelectuais exerceram um papel relevante nesta construção, como no caso da Inglaterra de 1948, em que se constituiu um sistema de atenção à saúde público e universal. Estes antecedentes nos dão a ideia de protagonismo dos movimentos de reforma sanitária, e da base de construção social e comunitária do direito à saúde que deve, necessariamente, servir de suporte para sua compreensão e interpretação.

Vê-se que o movimento de reforma sanitária se insere no contexto de redefinição das sociedades e dos estados nos últimos cem anos, visto que alterações legislativas começam a ser sentidas a partir da inclusão dos direitos econômicos e sociais (do qual hoje saúde é um) nas constituições Russa de 1918, Mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919, deixando claro que as questões sanitárias, as questões políticas, econômicas, o direito, a participação

comunitária e as formas de organização social estão de tal modo imbricadas que mereçam um tratamento sistêmico.

Nas constituições brasileiras anteriores a 1988, o movimento de alteração legislativa é percebido de maneira tênue. É na Constituição de 1988, que se percebe a consagração das lutas populares e do Movimento Nacional de Reforma Sanitária, que se iniciaram antes da década de 1960, se intensificaram na Década de 1970 onde populares, liderados por grupos de profissionais contrários ao Sistema Nacional de Saúde da época que não atendia às necessidades nem aos interesses do povo brasileiro, propuseram uma ampla reforma desse modelo, que foi sistematizada na VIII Conferência Nacional de Saúde em 1986, e na Constituição de 1988 transformou-se no SUS, baseado nos princípios do acesso universal e igualitário, integralidade da atenção e participação da comunidade, como disposto nos artigos 6º e 196 a 200. A Constituição dispôs especificamente sobre a participação comunitária no inciso III do art. 198.

Portanto é possível perceber que o Direito a Saúde, como positivado, é decorrência da pressão social que, inspirada nos movimentos e documentos internacionais, especialmente os produzidos pela OMS, a partir de conferências internacionais como Alma-Ata e Otawa, afirmam que a proteção da saúde pública começa pela participação da comunidade. É a comunidade que, em conjunto com o legislador e o administrador público constrói o direito à saúde de que ela mesma é destinatária, donde a participação comunitária nas esferas decisórias da administração pública é uma das dimensões de eficácia e fundamentalidade do direito à saúde.

Nossa legislação infraconstitucional concebeu várias formas de participação da comunidade e dos cidadãos na construção e na execução das políticas públicas de saúde, como organizações não governamentais em geral, onde se podem incluir as chamadas OS's e OCIPS, audiências públicas e agentes comunitários de saúde. Mas é através dos conselhos e conferências, instituídos pela Lei 8.142 (BRASIL, 1990b), que a comunidade exerce sua principal função na confecção e fiscalização da execução da política pública de saúde.

Saúde é um direito social que se realiza e se concretiza de forma coletiva por meio de políticas públicas legisladas infraconstitucionalmente e confeccionadas dentro dos parâmetros que a Constituição estabeleceu, onde se inclui a participação da comunidade na determinação das prioridades. Esta é a parte autoaplicável que

se defende dos artigos 6º e 196 a 200 da Constituição, parâmetros que devem ser observados para que, se desatendidos, se fale em direito subjetivo sindicável judicialmente.

Logo, um direito completamente delineado pelo ordenamento jurídico brasileiro, tanto no nível constitucional quanto no nível infraconstitucional, sempre com foco na solução dos problemas coletivos mais recorrentes. Há um procedimento constitucional e legalmente estabelecido para determiná-lo e legitimá-lo que vincula a administração ao cumprimento dessas determinações, fazendo com que todo o serviço público incumbido de realizar essas tarefas tenha de se adequar (constitucionalizar-se) ao cumprimento desse desiderato.

O dever de formular políticas públicas decorre diretamente do comando do art. 196 da Constituição. Tal comando foi explicitado no art. 2º, § 1º, da Lei 8.080 (BRASIL, 1990a) (mandada editar pelos arts. 197 e 200 da CF de 1988) que prescreve, expressamente, consistir o dever do Estado em prestar saúde na confecção e execução de políticas econômicas e sociais de respeito, proteção e promoção do direito à saúde.

No art. 36 da mesma lei está assente que as necessidades da política de saúde sejam compatibilizadas com as disponibilidades orçamentárias, ouvidas as instâncias deliberativas populares que foram estabelecidas pela lei 8.142 (BRASIL, 1990b), cumpridas as diretrizes determinadas pela Lei Complementar 141 (BRASIL, 2012) sobre aplicação de mínimos orçamentários e despesas que se enquadrem na definição de ações e serviços de saúde para que se incluam nesses mínimos orçamentários. Há, ainda, a determinação de que estas ações sejam dispostas em planos de saúde.

É daí que se cria o SUS, com a finalidade de confeccionar e executar a política pública de saúde nos três níveis de governo do Brasil, a partir de serviços públicos, com regime jurídico de direito público, com tarefas legislativas, administrativas e de financiamento especificamente delineadas para cada nível de governo.

As Leis 8.080/90 e 8141/90, cumprindo a determinação do art. 197 da Constituição, discriminam em detalhes toda a estruturação do serviço público de saúde, estabelecendo as competências e responsabilidades de cada nível de governo na execução das ações de saúde. Donde se ousa afirmar que não há serviço público de saúde no Brasil fora do SUS.

Portanto temos de voltar os olhos para a necessidade de compreensão e respeito da legalidade quando tratamos da concretização de direitos sociais como saúde, entendendo que a Constituição traçou as linhas mestras, e por vezes até detalhes, para a confecção das regras de proteção à saúde, estas por seu turno determinam que administrador e sociedade, esta por meio de suas instâncias de participação e controle, elejam as prioridades e confeccionem as políticas de proteção à saúde geral, e também individual, e que todos, executivo, legislativo e, especialmente, o judiciário devem dar cumprimento a esse conjunto normativo, considerando e valorizando principalmente as decisões da comunidade.

A proposta constitucional e infraconstitucional de prestação de serviços de saúde para a concretização do direito social é no sentido de que o Estado os execute diretamente e os particulares assumam a condição de coadjuvantes, de subsidiários da ação estatal, e sempre sob a coordenação do gestor público. Este o sentido de participação complementar da iniciativa privada no SUS, estabelecido pelo §1º do art. 199 da Constituição.

Dúvidas surgiram quanto à efetividade do planejamento ascendente determinado pelo art. 36 da Lei 8.080 (BRASIL, 1990a), especialmente por questões levantadas pelo CONASEMS que se queixa de que o governo federal dificulta a implantação do planejamento ascendente produzindo a fragmentação das ações da política nacional de saúde a partir de uma estratégia de financiamento por incentivos programáticos, com planos e orçamentação descendentes que não dialogam com as realidades sanitárias locais, fazendo com que planos de saúde estaduais e municipais tornem-se meras práticas cartoriais.

Contudo, as estatísticas da 9ª e da 13ª Conferência Nacional de Saúde, observadas exemplificativamente no trabalho, demonstram que a grande maioria das deliberações municipais, e depois estaduais, realizadas nas respectivas conferências com ampla participação comunitária, foram contempladas no PNS.

Desse modo, o que está estabelecido no planejamento de cada esfera de governo e especialmente no PNS, deve ser observado pelo gestor nacional na elaboração de toda a programação de ações de saúde, seja financeira (plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias, lei orçamentária anual), seja na execução das ações e serviços (planejamento governamental em saúde, pactuação da regionalização, etc.).

Sendo assim, não poderão os gestores subnacionais reclamar de verticalização descendente, pois se o gestor nacional, estritamente dentro dos limites do PNS, se empenhar na adesão de estados e municípios a determinadas ações não estará impondo sua própria vontade, senão que dando cumprimento àquilo que foi estabelecido de forma ascendente pelo controle e participação social, inclusive com a intervenção dos próprios gestores subnacionais, pois estes tiveram voz e vez nas respectivas conferências. Ou seja, o planejamento sobe até o nível nacional e depois desce até o nível local na forma de execução das ações planejadas.

O Legislador Constituinte Originário e Derivado identificou que uma das principais formas de realizar os objetivos da Nação Brasileira que se estruturava a partir de 1988 era a garantia de saúde, colocando o percentual de quinze por cento para a União e Municípios e doze por cento para os demais níveis de governo (CF art. 198, §§ 2º e 3º, nas redações das emendas constitucionais 29/2000 e 86/2015) como percentuais mínimos de gasto público com esta garantia.

Não obstante, o financiamento da saúde, como aliás de qualquer outro direito social, tem representado problemas para a sociedade, para os gestores e para os legisladores. Desde a Constituição de 1988, passando pelas leis 8.080 e 8.142 de 1990, Emenda Constitucional 29 de 2000 e Lei Complementar 141 (BRASIL, 2012), Emenda Constitucional 86 de 2015, se tenta estabelecer mecanismos que garantam mínimos orçamentários para fazer frente às despesas de saúde sem que se consiga fazer com que boa parte dos Estados, e especialmente a União, comprometam o piso mínimo orçamentário em ações e serviços de saúde.

Portanto se saúde constitui prioridade, essa prioridade deve estar representada, também e especialmente, no volume de recursos que se aloca para fazer frente a estas garantias. Estas são verbas vinculadas a regras pré-orçamentárias que servem de norte conformador do orçamento. São regras constitucionais que representam uma vinculação do poder público à realização de um objetivo fundamental só alcançável a partir da concretização desses direitos, e isto não significa, portanto, engessamento do administrador ou de seu programa de governo.

O orçamento é uma lei impositiva que vincula toda a administração pública ao cumprimento dos planos política, administrativa e comunitariamente estabelecidos, onde há toda uma conformação legislativa (Lei 8.080/90 art. 36; Lei 8.142/90; CF,

art. 198, art. 196; LC 141/12) que precisa ser observada para sua confecção, devendo o Poder Legislativo, o Poder Judiciário e a comunidade zelar pela sua correta execução.

É desvio de finalidade aplicar recursos públicos de modo diverso do previsto em lei. Em sendo o orçamento uma lei impositiva, será desvio de finalidade descumpri-lo. O mesmo raciocínio cabe para a decisão judicial que, à guisa de concretizar individualmente direito fundamental social, manda realizar despesa não prevista na respectiva política pública e, por isso mesmo, não prevista no orçamento.

Aliás, no nível de interpretação judicial, parece que nos desviamos um pouco daquilo que foi previsto, democraticamente, pelo legislador. O elevado número de ações judiciais que grassam pelo país, o alto índice de procedência das demandas, a falta de uma análise criteriosa do direito sanitário como fundamento para decidir, a inversão da lógica coletiva, democrática e comunitária do direito à saúde observada na imensa maioria de ações individuais que o questionam, e o vulto dos recursos comprometidos com essas ações parece demonstrar isso.

Restou constatado que o maior número de processos judiciais envolve pedidos individuais de medicamentos que estão fora das listas e protocolos do SUS. Estando fora das listas e protocolos do SUS, estarão fora do plano de saúde. Fora do plano de saúde não integram a política pública de saúde e não passaram pela participação e controle social, indispensáveis para a legitimação legal e constitucional da política. E se estes pedidos foram deferidos, como se constatou que a quase totalidade deles o são, foram deferidos com argumentos de legalidade discutível e que desconsideram a necessidade de participação da comunidade para a legitimação da política de saúde.

Além disso, há evidências de que judicializar é mais fácil para os mais ricos e interessa à indústria farmacêutica fazendo com que o SUS incorpore, por determinação judicial, medicamentos e procedimentos barrados por órgãos administrativos competentes para isso como a CONITEC e ANVISA, que são os órgãos legalmente competentes e com qualificação técnico-científica para a realização da tarefa, expertise de que o judiciário não dispõe.

O Judiciário, por não entender como funciona legalmente o SUS, não aceita as decisões de órgãos como ANVISA e CONITEC, e acaba deferindo os medicamentos mais caros pedidos nos processos judiciais com argumentos que consistem na seguinte e simplificada fórmula de raciocínio: o Estado tem o dever de

garantir saúde ao cidadão, este veio ao judiciário dizer que necessita dela, então o juiz tem o dever de determinar ao Estado/Administração que tome as medidas necessárias para garantir ao jurisdicionado a concretização de sua demanda, pois a dignidade da vida humana está acima de qualquer argumento apresentado pelo Estado.

O Estado viola o dever de respeito quando não considera a participação e, especialmente, as decisões da comunidade como conformadoras das prestações que devem compor o direito à saúde. Estado aqui inclui também o Poder Judiciário que, à guisa de concretizar direitos fundamentais, também viola essa fundamentalidade ao não considerar a decisão democrática e constitucionalmente tomada pela comunidade nos termos do art. 198, III, da CF, Lei 8.142 (BRASIL, 1990b) e art. 36 da Lei 8.080 (BRASIL, 1990a).

A concretização dos direitos é construída politicamente, e o controle judicial se justifica na medida em que a prática administrativa desvie seu conteúdo do preconizado constitucionalmente. No caso da saúde a Constituição não define seu conteúdo material, o que delegou expressamente à lei e à comunidade e não ao judiciário.

Os tribunais superiores do Brasil, especialmente nas últimas décadas, adotando uma posição ativista, sem uma posição teórica definida e manejando argumentos das mais variadas ordens, à guisa de dar conteúdo ao direito à saúde constitucionalmente previsto, têm determinado ao Estado a entrega de prestações individuais na área de saúde que não passaram pelo crivo da sociedade nos termos da legislação já exposta o que, só por isso, tornaria a pretensão ilegal e inconstitucional, desconsiderando o princípio democrático e enfraquecendo a participação social como geradora do direito.

Nem mesmo as repercussões gerais no STF consideram a política estabelecida pelos arts. 196 a 200 da Constituição e, especialmente a participação da comunidade como indispensáveis à configuração e legitimação do direito.

O Poder Judiciário precisa conhecer a legislação infraconstitucional e regulamentadora, tanto do direito à saúde quanto do SUS que é o responsável por concretizá-lo, e apenas naqueles casos em que a política pública não esteja de acordo com essa legislação caberá ao magistrado dizer ao executivo, ou até mesmo ao legislativo, qual o caminho seguir ou que adequações fazer.

Se por um lado a imposição judicial de concretização do direito à saúde de início contribuiu para o desenvolvimento da garantia, os excessos que se cometeram a partir daí e, especialmente, o abandono da dogmática do direito social à saúde, fizeram com que se enfraquecesse a construção coletiva do direito e a diretriz de imprescindibilidade da participação e controle social na construção da política pública de concretização do direito.

As tutelas de urgência na área da saúde são deferidas na sua quase totalidade, e sem que se faça qualquer consideração à exigibilidade jurídica da política pública de saúde. Veja-se, há leis no país que proíbem a circulação de medicamentos não registrados pela ANVISA. Essa exigibilidade é uma garantia de segurança para o cidadão. Onde está a probabilidade do direito prevista pelo art. 300 do Código de Processo Civil como requisito para a concessão de tutelas de urgência, ou para o deferimento de tutelas antecipadas, quando eu tenho várias leis federais proibindo a tutela pretendida? Mais, que tipo de decisão judicial fundamentada é essa que não produz uma linha sequer para afastar a incidência da regra que contraria a conclusão do julgado?

Portanto, é urgente construir uma perspectiva a partir da qual o Direito à Saúde seja adequadamente lido e aplicado. Do ponto de vista da democracia deliberativa constroem-se uma série de indicativos para estabelecimento da disciplina jurídica desse direito, desde a Constituição até o último ato normativo de aplicação, sendo que todos esses momentos de aplicação ou de justificação de normas que balizam tais decisões devem considerar, pelo menos e “prima facie”: a historicidade desta construção jurídica; o caráter social e público da responsabilidade pelas prestações; a eticidade de um objetivo do Estado Brasileiro de realizar, com o esforço comum dos três entes federativos, este direito social que foi construído comunitariamente; o resgate do compromisso de realizar diretamente pela administração este serviço social; a imposição constitucional de que o cidadão é, permanentemente, o construtor deste direito e das políticas públicas que o asseguram e não mero consumidor passivo de eventuais prestações, sendo que nesta construção haverá sempre uma mescla de discursos de aplicação e de discursos justificação pautados pela ética do princípio da universalização, conjugando os interesses individuais com o interesse coletivo.

Ainda que o direito à saúde seja, provavelmente, o direito fundamental que tenha a disciplina constitucional mais pormenorizada de todos, esta não é suficiente

para lhe dar concretude, havendo muito espaço que foi delegado à deliberação infraconstitucional seja no parlamento, seja na administração, seja entre a comunidade e o gestor da política pública para a especificação das ações

Especialmente em temas como direitos sociais, e mais especificamente no caso do direito social à saúde, direitos que, apesar de uma disciplina constitucional bem posta como no caso brasileiro, dependem de um alinhamento de várias ordens (como por exemplo, o planejamento previsto no art. 174 da CF, o regime jurídico da prestação de serviços públicos dos arts. 37 e 39, os princípios e objetivos da República dos artigos 1º a 3º, os direitos fundamentais dos arts. 5º e 6º, a disciplina constitucional da prestação do direito à saúde dos arts. 196 a 200, a intervenção do parlamento via regras infraconstitucionais que regulamentaram o sistema, a intervenção administrativa para a construção dos serviços e arregimentação de recursos, a participação empírica da comunidade como origem e fim das ações sobre si mesma) a democracia deliberativa oferece ideias que, se bem entendidas e trabalhadas, conciliarão os interesses, as necessidades e as possibilidades de uma convivência social harmônica e produtiva.

A participação popular democrática, a partir da comunicação discursiva, integra o próprio conceito de política pública, e se o direito à saúde no Brasil foi conquistado a partir de reivindicações sociais, e tem na política pública de saúde sua forma de garantia, significa dizer que a participação popular é inerente à conformação deste direito, donde se tem que a participação popular, neste aspecto, é constitutiva e legitimadora das decisões administrativas.

A participação popular traduz-se em efetivo controle da execução da ação pública de saúde, ou seja, na possibilidade de impedir, invalidar ou substituir qualquer decisão ou ato da administração que se distancie daquilo que foi consensuado nos respectivos planos de saúde, seja diretamente, não homologando o que o gestor pretenda fazer (como autorizado pelos artigos 26, 33, 36 e 37 da Lei 8.080/90 e art. 1º, §2º, da Lei 8.142/90, por exemplo) com o que o gestor pode conformar-se e rever o ato; seja acionando os órgãos de controle interno ou externo como contadorias e auditorias, tribunais de contas, Ministério Público e Poder Judiciário, com o fito, aí sim, de compelir o administrador a substituir sua decisão.

O controle social, além de significar fundamento para a interpretação do direito à saúde, desempenha importante papel na legitimação da ação pública de saúde, que só se constitucionaliza e se legaliza a partir de sua correspondência com

aquilo que foi consensuado com a comunidade. Portanto o direito social à saúde perde fundamentalidade quando não se considera a participação como indispensável para a sua concretização.

O percentual insignificante de ações judiciais que abordam o controle social em relação ao volume total de processos que discutem saúde está a indicar que a judicialização da saúde no Brasil não privilegia a participação comunitária nos termos em que foi posta no art. 198, inc. III da Constituição, o que pode significar um possível descaminho ao controle social da política pública de saúde, na medida em que, no nível jurisdicional, não se acolhe, e sequer se debate, a necessidade de participação comunitária como integrante da legitimidade da política e da ação pública em saúde.

Este é mais um dos dados que se somam para confirmar a hipótese inicialmente proposta no trabalho de que o Poder Judiciário não considera a participação comunitária como indispensável à delimitação do conteúdo do direito à saúde a ser garantido por políticas públicas como posto na Constituição de 1988, nega vigência ao inciso III do art. 198 desta constituição, dificulta a participação e o exercício do controle social de políticas públicas de saúde e enfraquece a diretriz constitucional da participação social.

Outro dado que se pode constatar é a circularidade das críticas e argumentos tanto do controle exclusivamente jurisdicional de políticas públicas, quanto do controle exclusivamente social. É possível notar, também, não haver segurança quanto à garantia de ser mais acertada a conclusão que privilegia a interpretação judicial da constituição, ou a que privilegia a interpretação social ou política, não há uma preponderância de um poder sobre o outro, ou mesmo da sociedade sobre todos, daí que a **primeira proposta de harmonização** que se faz é a **dos diálogos interinstitucionais**.

Há que se promover uma postura institucional colaborativa, que privilegie a compreensão e construção dos valores públicos que se buscou traduzir na Constituição e nas regras regulamentadoras, onde o debate se pautar por uma postura dialógica, e cada instituição aplique suas expertises visando a máxima efetividade do Direito à Saúde e da participação comunitária na concretização deste.

Uma articulação entre os diversos órgãos que operam as questões de saúde também facilitaria a compreensão dos magistrados acerca do problema, porque não basta, como já propôs o CNJ, a criação instalação de núcleos de assessoramento

técnico em saúde, ou os comitês de gestão da judicialização da saúde nos Estados da Federação, também criados por indicação do Conselho, se essas informações não chegam ao magistrado que vai decidir o caso concreto ou se, chegando, ele não as levar em consideração.

Um amplo debate entre os poderes públicos implicados nas questões de saúde, que demandam ações complexas tanto do Executivo, do Legislativo, quanto do Judiciário, evitaria os transtornos que se teve, como, por exemplo, nas decisões que determinam o fornecimento de produtos os serviços impossíveis de realizar, ou que contrariem abruptamente a política de saúde aprovada.

Os diálogos interinstitucionais, assim, se apresentam como uma das formas de se eleger a solução mais plausível do ponto de vista fático, financeiro e jurídico. Tal debate poderia ser levado a efeito, até mesmo, nos incidentes de coletivização das demandas de saúde, onde se poderiam designar audiências públicas, por exemplo, para ouvida da comunidade, por meio de suas instâncias formais ou informais de participação, para que informasse por que se decidiu desta ou daquela maneira com relação à política pública.

Não haverá, portanto, assim compreendendo as necessidades públicas, preponderância de uma instituição sobre outra, senão que uma ação coordenada, colaborativa e dirigida ao bem comum, onde o direito é o “médium” dessa ação comunicativa e cada um se mantém dentro daquela esfera de atuação que lhe é própria e a cujo respeito não haja dúvida fundada.

Desse modo supera-se a questão de poder ou não o Judiciário controlar a política pública de saúde, para discutir-se de que modo deve o Judiciário intervir com o objetivo de garantir a legitimidade da política pública de saúde.

**A segunda proposta de harmonização da atuação judicial para melhor conformação da gestão da política pública de saúde e fortalecimento da participação popular é a de que o Poder Judiciário conheça a dogmática do Direito à Saúde e a aplique da forma como concebida na Constituição e nas leis. Isto é, respeite a participação e o controle social na construção da política pública de atenção à saúde.**

O conhecimento do Direito Sanitário, e a apropriação do modo como o SUS foi concebido para funcionar é fundamental para a boa gestão das políticas públicas de saúde. O planejamento da saúde, como base da ação pública nesta área (art. 36 e parágrafos da Lei 8.080/90) deveria valer como regra jurídica e não vale. Logo, a

adoção deste entendimento também se faz necessária para a harmonização da atuação judicial e dos demais órgãos de controle.

Um direito social, disciplinado constitucionalmente como o direito à saúde no Brasil, se alinha a uma intervenção judicial que compreenda os valores propostos para a proteção desse direito, aplique as competências constitucionais para a identificação dos problemas, definição das ações e dos recursos a serem alocados em sua concretização, **exija e fortaleça a participação social como legitimadora da confecção da proposta de ação pública e monitoradora de sua execução e resultados.**

A intervenção jurisdicional também deve reconhecer que, por vezes, segundo nossa lógica constitucional, embora a pretensão do autor seja necessária, desejável, e até realizável materialmente, não tem ela amparo jurídico. E não é lícito exigir-se que a sociedade suporte uma prestação que viole o planejamento e a legalidade, mesmo porque a comunidade, no pleno exercício de seu direito de participação democrática, em conjunto com o gestor público, deliberou que aquela determinada prestação não seria custeada pelo erário, por isso não a incluiu na política pública, ou criou uma disciplina que leva a concluir não seja ela devida.

A questão do financiamento tem que ser equacionada judicialmente. O judiciário tem que compreender que a legislação orçamentária tem de ser cumprida e a alocação de verbas, tal qual disposto na constituição e nas demais leis, deve corresponder à respectiva execução orçamentária. Do mesmo modo que determina que se custeiem ações não previstas na legislação e isso não é entendido como interferência de um poder no outro, há a necessidade de se disporem dos orçamentos de forma impositiva. Em não havendo isso, o judiciário deve corrigir mandando compensar nos próximos orçamentos à exemplo do que se faz com o orçamento da educação, e que está previsto para a saúde no art. 25 da Lei Complementar 141 (BRASIL, 2012), mas que até o momento não se tem notícia de aplicação na via judicial, nem mesmo em apontamentos dos tribunais de contas.

Numa **terceira proposta de harmonização** se alinharia a **coletivização das demandas**. Este seria outro ponto interessante não só para redução do volume de processos que chegam ao Judiciário, mas também para a harmonização do entendimento de que itens devem ser contemplados para a avaliação da política pública de saúde, se esta apresenta desvios, quais desvios e como corrigi-los em

caso de procedência da ação, ou se, depois de criteriosamente avaliada, a política pública mostra-se legal e adequada, devendo a ação ser julgada improcedente.

Como se viu no trabalho, a grande maioria dos processos que discutem itens de saúde são individuais, e, dada a urgência com que a parte articula o pedido, impera a teoria da misericórdia, sendo o pedido deferido ao largo de uma análise mais apurada da política pública de saúde, da legislação, das teorias, conceitos e princípios que regem o direito à saúde e o direito sanitário.

Admite-se que a primeira e a terceira propostas de harmonização não sejam propriamente inovadoras, ainda que necessárias e eficientes para a solução de boa parte problema posto pela judicialização da saúde no Brasil, especialmente porque todas elas privilegiam a participação social e o controle social, mesmo que indiretamente.

**O que se reputa realmente novo aqui é a segunda proposta, a de se interpretar que o direito à saúde, como posto na Constituição de 1988, só se concretiza com a efetiva participação social na confecção e respectivo controle social na execução da política pública por ela prevista, e de que isto, este processo constitucional e legal de construção e execução da política, e apenas isto, pode ser submetido ao controle do Poder Judiciário e deve ser respeitado por este em suas decisões.**

Resta demonstrado, portanto, em resposta ao problema da pesquisa, como se deu o processo de atuação interventiva do poder judiciário na lógica de funcionamento da gestão da política pública de saúde no Brasil das últimas décadas, que inverteu a dogmática constitucional do direito à saúde, especialmente porque, confirmando a hipótese inicial da tese, o Poder Judiciário nega vigência ao inciso III do art. 198 da Constituição e, assim, enfraquece a diretriz de participação comunitária.

É certo que ainda não se determinaram os motivos que levaram o Poder Judiciário Brasileiro a assumir esta postura interventiva e de inversão da lógica Constitucional do Direito à Saúde e, também, porque poderes como o Legislativo assistem passivamente a este fenômeno, mas isto é assunto para outras teses.

## REFERÊNCIAS

- ACCA, Thiago dos Santos. **Uma análise da doutrina brasileira dos direitos sociais:** saúde, educação e moradia entre os anos de 1964 e 2006. 2009. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-03052010-105409>. Acesso em: 09 set. 2019.
- AGUIAR, Joaquim Castro. **Competência e Autonomia dos Municípios na Nova Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário:** a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- AJOUZ, Igor; VALLE, Vanice Regina Lírio do. A Concretização do Direito Fundamental à Saúde: Passos Orientados pela Audiência Pública Nº 4 no Supremo Tribunal Federal. *In:* ASENSI, Felipe; PINHEIRO, Roseni (Org.). **Direito Sanitário.** Rio de Janeiro, Elsevier, 2012.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- ALMEIDA, Almiro Eduardo; RECK, Janriê Rodrigues. **Direito e Ação Comunicativa.** Porto Alegre: HS, 2013.
- ANDUIZA, Eva; BOSCH, Ariel Augustí. **Comportamiento Político y Electoral,** Barcelona: Ciência Política, 2004.
- ARANHA, Márcio Iorio; TOJAL, Sebastião Botto de Barros (Org.). **Curso de Especialização à Distância para Membros do Ministério Público e da Magistratura Federal.** Brasília: Ministério da Saúde, 2001.
- ARAÚJO, Luis Alberto David. O Conceito de Relevância Pública na Constituição Federal de 1988. *In:* DALLARI, Sueli Gandolfi, e outros. **O Conceito Constitucional de Relevância Pública.** 2. ed. Brasília: Organização Pan Americana de Saúde, 1996.
- ARISTÓTELES. **A Política.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.
- ARRETCHE, Marta Teresa da Silva. **Estado Federativo e Políticas Sociais:** determinantes da descentralização. Rio de Janeiro: REVAN, 2000.
- AVILA, Ana Paula; MIRANDA, Paula Mandagará. Supremo Tribunal Federal: Ativismo ou Self-Restraint na Efetivação de Direitos Sociais? **Quaestio Iuris,** Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 519-543, 2017. DOI: <https://doi.org/10.12957/rqi.2017.22847>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/22847/19657>. Acesso em: 09 set. 2019.

BALSEMÃO, Adalgiza. Competências e Rotinas de Funcionamento dos Conselhos de Saúde no Sistema Único de Saúde do Brasil. *In*: BRASIL. Ministério da Saúde. **Direito Sanitário e Saúde Pública**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio de Subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BATISTA FILHO, Malaquias; RISSIN, Anete. Deficiências Nutricionais: Ações Específicas do Setor Saúde para o seu Controle. **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p.130-135, abr/jun, 1993.

BELLINGHINI, Ruth Helena. Teste da "fosfo" no Ceará é fim, não começo. **Revista Questão de Ciência**, São Paulo, 24 jun 2019. Disponível em: <http://revistaquestaodeciencia.com.br/artigo/2019/06/24/teste-da-fosfo-no-ceara-e-fim-nao-comeco>. Acesso em: 09 set. 2019.

BELLINI, Maria Isabel Barros; FALER, Camila Susana. Direito à Saúde e Intersetorialidade: Desafios Presentes na História da Política de Saúde no Brasil. *In*: MARTINI, Sandra Regina (org.). **Saúde, Direito e Transformação Social: Um Estudo Sobre direito à Saúde no Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

BERCOVICI, Gilberto. **Desigualdades Regionais, Estado e Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BERTOTTI, Bárbara Marianna de Mendonça Araújo. Da inefetividade à judicialização do direito fundamental à saúde: em busca de parâmetros adequados para a concessão de medicamentos de alto custo. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, ano 16, n. 187, p. 9-28, set. 2016.

BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2012.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Democracia Deliberativa, Teoria da Decisão e Suas Repercussões no Controle Social das Despesas em Saúde. *In*: BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. **Abordagens epistemológicas sobre democracia, políticas públicas e controle social**. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2018a.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. O Controle Social de Políticas Públicas: Construindo Relações entre Política Pública, Participação, Controle Social e os Argumentos que os Interligam como Mesmo Processo de Decisão *In*: LEAL, Rogério Gesta e outros (org.). **Estado, Mercado e Sociedade: perspectivas e prospectivas**. Itajaí: UNIVALI, 2017. E-Book

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. **Políticas públicas e matriz pragmático-sistêmica: os novos caminhos científicos do direito administrativo no Brasil**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018b.

BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho; GRAÇA, Luis Otávio Barroso. Decisões judiciais e orçamento público no Brasil: aproximação empírica a uma relação emergente. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

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

\_\_\_\_\_. **Direita e Esquerda: razões e significados de uma distinção política**. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1995.

\_\_\_\_\_. **O Futuro da Democracia**. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

BORBA, Mauro. Os Perigos do Subjetivismo Judicial: Condições e Possibilidades de seu Controle. Estudo de Caso. *In*: BITTENCOURT, Caroline Müller; LEAL, Rogério Gesta (org.). **Temas polêmicos da Jurisdição do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: TJRS, 2018.v.6

BRASIL. [Constituição (1934)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1934**. Brasília, DF: Presidência da República, 1934. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acesso em: 19 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. [Constituição (1937)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1937**. Brasília, DF: Presidência da República, 1937. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm). Acesso em: 19 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. [Constituição (1946)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1946**. Brasília, DF: Presidência da República, 1946. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm). Acesso em: 19 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. [Constituição (1967)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF: Presidência da República, 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm). Acesso em: 19 jul. 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03). Acesso em: 19 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. **Ementa Constitucional nº 29 de 13 de setembro de 2000**. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm). Acesso em: 13 dez. 2019

\_\_\_\_\_. Advocacia Geral da União. **Parecer n. 01377/2018/CONJUR-MS/CGU/AGU**. NUP: 25000.013521/2018-95. Interessado: Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos - SCTIE/MS. Brasília, DF, 18 de dezembro de 2018. Disponível em <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2019/01/3a943589db4092d821cc1810e19daa2f.pdf>. Acesso em: 12 out. 2019

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1988**. Subcomissão de Saúde, Seguridade e Meio Ambiente. Brasília, DF, 2 de fevereiro de 1988b. Disponível em: [http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/Constituicoes\\_Brasileiras/onstituicao-cidada/publicacoes/index.html](http://www2.camara.leg.br/atividadelegislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/onstituicao-cidada/publicacoes/index.html). Acesso em: 12 jul. 2017.

BRASIL. **Lei 13.019, de 31 de julho de 2014**. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13019.htm). Acesso em: 05 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990b. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8142.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm). Acesso em: 19 jul. 2019

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012**. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp141.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp141.htm). Acesso em: 09 set. 2019

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar nº101, 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm). Acesso em: 09 set. 2019

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.350, de 5 de outubro de 2006.** Regulamenta o § 5º do art. 198 da Constituição, dispõe sobre o aproveitamento de pessoal amparado pelo parágrafo único do art. 2º da Emenda Constitucional nº 51, de 14 de fevereiro de 2006, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11350.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11350.htm). Acesso em: 09 set. 2019

\_\_\_\_\_. **Lei Nº 11079, de 30 de dezembro de 2004.** Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília, DF: Presidência da República, 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil>. Acesso em: 21 jul. 2017

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993.** Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8625.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8625.htm). Acesso em: 09 set. 2019

\_\_\_\_\_. **Lei Nº 9637, de 15 de maio de 1998.** Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil>. Acesso em: 21 jul. 2017

\_\_\_\_\_. **Lei Nº 9790, de 23 de março de 1999.** Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil>. Acesso em: 21 jul. 2017

\_\_\_\_\_. **Leis 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm). Acesso em: 19 jul. 2019

\_\_\_\_\_. Ministério da Cidadania. **Bolsa Família.** Brasília, DF. [2019]. Disponível em: <http://mds.gov.br/assuntos/bolsa-familia>. Acesso em: 19 nov. 2019.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. Departamento de Atenção Básica. **Agente Comunitário de Saúde.** Brasília, DF, [201-]. Disponível em: [http://dab.saude.gov.br/portaldab/ape\\_esf.php](http://dab.saude.gov.br/portaldab/ape_esf.php). Acesso em: 6 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. **Novo modelo de financiamento do SUS garante eficiência no uso de recursos.** Brasília, DF, 28 dez. 2017. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/42263>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria Nº 2488, de 21 de outubro de 2011**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2011. Disponível em [http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2488\\_21\\_10\\_2011.html](http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2488_21_10_2011.html). Acesso em: 30 out. 2018

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. **Portaria Nº 648, de 28 de março de 2006**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2006. Disponível em <http://dab.saude.gov.br/docs/legislacao/>. Acesso em: 21 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. **Relatório de Gestão do SUS de 2017**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2018. Disponível em <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2018/abril/16/RELATORIO-DE-GESTAO-2017--COMPLETO-PARA-MS.pdf>. Acesso em 20-08-2019/2.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agr. Reg. na Suspensão de Liminar 815 São Paulo**. Agte: Estado de São Paulo, Município de São Paulo. Agdo: Cristiano Galvão. Rocha: Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 7 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>. Acesso em: 13 maio 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Glossário Jurídico**. Brasília, DF, [2018?] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/>. Acesso em: 08 out. 2019.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Notícias**. Brasília, DF, 22 de maio de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=411857&caixaBusca=N>. Acesso em: 10 out. 2019

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **PET 5828**. Decisão Monocrática de 06-10-2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308695000&ext>. Acesso em: 09 set. 2019

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2888 de 2015**. Processo nº TC 027.767/2014-0 Relator: Ministro Augusto Nardes, 11 de novembro de 2015. Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br>. Acesso em: 19 mar. 2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a Redução da Judicialização da Saúde. Uma Estratégia Jurídico-Institucional Baseada na Abordagem de Direito e Políticas Públicas. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (org.). **Judicialização da Saúde: A Visão do Executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos para uma Teoria das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUCHMANN, Willian. Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa no Estado Democrático de Direito. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 51, 2003.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Interpretação do Direito e Movimentos Sociais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

CANABRAVA, Cláudia Marques *et al.* O SUS e o Terceiro Setor. **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, p. 115-126, jan, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. revista. Coimbra: Almedina, 1996.

CARVALHO, Guido Ivan; SANTOS, Lenir. **Sistema Único de Saúde: Comentários à Lei Orgânica da Saúde**. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: HUCITEC, 1995.

CASARA, Rubens R. R. **Estado Pós-Democrático, Neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CASTRO, Marcus Faro. Dimensões Políticas e Sociais do Direito Sanitário Brasileiro. *In*: BRASIL. Ministério da Saúde. **Direito Sanitário e Saúde Pública**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2003. v. 1.

CAVALCANTI, Thais Novaes. O princípio da Subsidiariedade e a Dignidade da Pessoa: Bases para um Novo Federalismo. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 1, p. 959-978, ago. 2011. Disponível em: <https://revistadoatribunais.com.br/maf/app/delivery/document>. Acesso em: 02 maio 2019.

CHRISTIANO, Thomas. A importância da deliberação pública. *In*: WERLE, Denílson Luis; MELO, Rubio Soares. **Democracia Deliberativa**. São Paulo: Singular, 2007.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Globalização, direitos fundamentais e Direito Administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental (Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo)**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

COHEN. Joshua. Procedimento e substância na democracia deliberativa. *In*: WERLE, Denílson Luis; MELO, Rubio Soares. **Democracia Deliberativa**. São Paulo: Singular, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 7., 1980, Brasília. **Anais [...]**. Brasília, DF: Ministério as Saúde, 1980.

CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE, 8., 1986, Brasília. **Anais [...]**. Brasília, DF: Ministério as Saúde, 1986.

CONILL, Eleonor Minho. Epidemiologia e Sistemas de Saude. *In*: BRASIL. Ministério da Saúde. **Direito Sanitário e Saúde Pública**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2003. v. 1

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução**. Brasília, DF: Insper, 2019. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2019/03/relatorio-judicializacao-saude-Insper-CNJ.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação Nº 31**, de 30 de março de 2010. Brasília, DF: CNJ, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/877>. Acesso em: 12 dez. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE SECRETARIAS MUNICIPAIS DE SAÚDE. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. *As Conferências Nacionais de Saúde: Evolução e perspectivas*. Brasília, DF: CONASS, 2009.

\_\_\_\_\_. **Estatuto do Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde**. Brasília, DF: CONASEMS, [2017]. Disponível em: <https://www.conasems.org.br/wp-content/uploads/2019/02/Estatuto-CONASEMS-2.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2019

\_\_\_\_\_. **Estatuto**. Disponível em: <https://www.conass.org.br>. Acesso em: 24 jul. 2019.

CORAZZA, Ana Helena Scalco. **Os contratos de gestão e os termos de parceria firmados entre as organizações sociais e as organizações da sociedade civil de interesse público e os municípios para a execução de serviços públicos de saúde: reflexões e propostas à luz da teoria da ação comunicativa**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2017.

COSTA, Ediná Alves. Vigilância Sanitária e Proteção da Saúde. *In*: BRASIL. Ministério da Saúde. **Direito Sanitário e Saúde Pública**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2003. v. 1

CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. **As competências do Município na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia. Tradução de Beatriz Sidou**. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

DAIN, Sulamis. O Financiamento do SUS E O Direito à Saúde: das frustrações aos desafios. *In*: ASENSI, Felipe; PINHEIRO, Roseni (org.). **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito Constitucional à Saúde. *In*: ASENSI, Felipe; PINHEIRO, Roseni (org.). **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2012.

\_\_\_\_\_. **Municipalização dos serviços de saúde**. São Paulo: Brasiliense, 1985.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O papel do município no desenvolvimento de políticas de saúde. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 25, n. 5, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **Parcerias na Administração Pública**. 9. ed. São Paulo; Atlas, 2012.

DOMINGOS, C. M. A legislação da atenção básica do Sistema Único de Saúde: uma análise documental. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 32, n. 3, 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/0102-311X00181314>. Acesso em: 18 jul. 2019.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direito a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.  
FÁBIO, André Cabette. Por Que a Judicialização da Saúde Cresce Tanto no Brasil. **Nexo Jornal**, São Paulo, 20 mar. 2019. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso>. Acesso em: 28 mar. 2019.

FLEURY, Sônia Maria Teixeira. A Questão Democrática na Saúde. In: FLEURY, Sônia Maria Teixeira (org.). **Saúde e Democracia: A luta do CEBES**. São Paulo: Lemos Editorial, 1997.

GABARDO, Emerson. 2009. **O Jardim e a Praça para Além do Bem e do Mal: uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. Disponível: [http://www.danielwunderhachem.com.br/img/artigos/arquivo\\_20150520163631\\_22.pdf](http://www.danielwunderhachem.com.br/img/artigos/arquivo_20150520163631_22.pdf). Acesso em: 28 mar. 2019.

GARAVITO, César Rodrigues. Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America. **Forthcoming in Texas Law Review**, v. 89, n. 7, 2011.

GORCZEVSKI, Clovis. A Democracia e a Participação Política como Exercício de um Direito Fundamental. In: GORCZEVSKI, Clovis (org.). **Direitos Humanos e Participação Política**. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2014. v. 5

GORCZEVSKI, Clovis; MARTIN, Nuria Belloso. **A necessária revisão do conceito de cidadania: movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011. *E-book*

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação**. São Paulo: Landy, 2004.

HÄBERLE, Peter. El Tribunal Constitucional como Poder Político. **Revista de Estudios Políticos**, La Rioja, n. 125, Jul./Sep. 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2

HEIMANN, Luíza S. et al. **O Município e a Saúde**. São Paulo: HUCITEC, 1992.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Populacional**. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/6579#resultado>. Acesso em: 19-11-2019.

\_\_\_\_\_. **Contagem da População**. Rio de Janeiro: IBGE, 2007.

JOVCHELOVITCH, Marlova. **Municipalização e saúde: possibilidades e limites**. Porto Alegre: UFRGS, 1993.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

KIERECZ, Marlon Silvestre. A Crise da Democracia Representativa no Brasil. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito**, Porto Alegre, v. 11, n. 2, p. 360-385, 2016.

KLATT, Matthias. Direitos a prestações positivas: quem deve decidir. *In*: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery (org.). **Dignidade Humana, Direitos Sociais e Não-Positivismo Inclusivo**. Florianópolis: Qualis, 2015.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional comparado**. Porto Alegre: Fabris, 2002.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LAPIERRE, Jean-Willis. **Qué és ser ciudadano?** Madrid: Biblioteca Nueva, 2003.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. ALVES, Felipe D. **Judicialização e Ativismo Judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. ALVES, Felipe D. **Jurisdição Constitucional Aberta**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. As Audiências Públicas no Âmbito do Supremo Tribunal Federal Brasileiro: Uma Nova Forma de Participação? **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 19, n. 2, p. 327-347, maio/ago. 2014. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6010/3286>. Acesso em: 09 set. 2019.

LEDUR, José Felipe. **Direitos Fundamentais Sociais: Efetivação no âmbito da democracia participativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEITE, Harrison Ferreira. **Autoridade da Lei Orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LIMA JR, Arnaldo Hossepian Salles; SCHULZE, Clenio Jair. Os Números do CNJ Sobre a Judicialização da Saúde em 2018. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 10 de novembro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-10/opiniao-numeros-judicializacao-saude-2018>. Acesso em: 28 mar. 2019.

LIMA, Sabrina Santos; HOFFMANN, Grégora Beatriz. Judicialização do Direito à Saúde e a Questão da Falta de Vagas em Leitos Hospitalares: análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *In*: BITTENCOURT, Caroline Müller; LEAL, Rogério Gesta (org.). **Temas polêmicos da Jurisdição do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: TJRS, 2018. v. 6

LOBATO, Anderson O. Cavalcanti. Os desafios da proteção jurisdicional dos direitos sociais, econômicos e culturais. **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, v. 32, n. 86, 1999.

\_\_\_\_\_. O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, v. 22, 1998.

MACHADO, Cristiani Vieira; LIMA, Lucia Dias; BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria. Políticas de Saúde no Brasil em tempos contraditórios: caminhos e tropeços na construção de um sistema universal. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 33, suppl. 2, p. S144-S161, out. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00129616>. Acesso em: 09 out. 2018.

MACHADO, Gabriel Ducatti Lino. O Direito Fundamental a Serviços de Saúde no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 277, n. 2, p. 75-106, maio/ago. 2018.

MACHADO, Rebel Zambrano. **Recursos Financeiros em Saúde nos Municípios Gaúchos: atenção, gestão e financiamento um tripé indissociável e seus dilemas**. 2019. Tese (Doutorado em Serviço Social) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019.

MARQUES NETO, Floriano P. Azevedo. Gestão do Sistema Único de Saúde por Município: Poder-dever de Convalidação dos Atos Praticados pela União. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, nº 15, p. 106-125, 1996.

MARSHALL, T. H. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisdicional na “sociedade órfã”. **Revista Novos Estudos**: Cebrap, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELO, Itamar. A saúde na balança do judiciário. **Jornal Zero Hora**, Porto Alegre, nov. 2019. Caderno DOC. p. 6-11

MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. *In*: Sarlet, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais**: Orçamento e Reserva do Possível. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MICHEL, Voltaire de Freitas; DEITOS, Marc Antoni; ZALAZAR, Claudia Elizabeth. A interpretação da Repercussão Geral pelo STF nos Precedentes sobre Direito Sanitário. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 15, n. 1, p. 25-38, set. 2019. DOI:<https://doi.org/10.18256/2238-0604.2019.v15i1.2186>. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2186>. Acesso em: 10 out. 2019.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MULLER, Pierre; SUREL Yves. **A análise das Políticas Públicas**. Pelotas: Educat, 2002.

NAUNDORF, Bruno. **A Evolução dos Gastos com Ações Judiciais no RS**. *In*: SEMINÁRIO DE JUDICIALIZAÇÃO E GESTÃO EM SAÚDE DA REGIÃO SUL, [1.], 2019, Pelotas, **Anais** [...]. São Paulo: UFPel, 2019.

NINO, Carlos Santiago. **La constitución de La democracia deliberativa**. Barcelona: Gedisa, 2003.

NOGUEIRA, Túlio Cruz. Legitimidade Democrática das Políticas Públicas: uma Análise Mediante os Pressupostos Discursivos Da Soberania Popular. *In*: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (org.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010.  
NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito**. Coimbra: Coimbra, 2012.

OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas Públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado Democrático de Direito. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang;

TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades; RAMOS, Leonardo Serrat de Oliveira. Casos Difíceis e a Contribuição de Neil Maccormick: Alguns Contrapontos com a Justiça Brasileira. *In*: BITTENCOURT, Caroline Müller; LEAL, Rogério Gesta (org.). **Temas polêmicos da Jurisdição do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: TJRS, 2018. v. 6

PAIM, Jairnilson Silva. **Reforma sanitária brasileira**: contribuição para a compreensão e crítica. Salvador: EDUFBA, 2008. *E-Book*

PEDRON, Flávio Quinaud; DUARTE NETO, João Carneiro. Transformações do entendimento do STF sobre o direito à saúde. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 55, n. 218, p. 99-112, abr./jun. 2018. Disponível em: [http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril\\_v55\\_n218\\_p99](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p99). Acesso em: 09 out. 2019.

PEREIRA, Rodolfo Vianna. **Direito Constitucional democrático**: controle e participação como elementos fundantes e garantidores de constitucionalidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

PICOLI, Bruno de Lima. **Processo Estrutural**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba:2018. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/56148/R%20-%20D%20-%20BRUNO%20DE%20LIMA%20PICOLI.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 out. 2019.

PINTO, Élide Graziane. **Estado de Coisas Inconstitucional na política pública de saúde brasileira**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2017.

PINTO, Élide Graziane; BAHIA, Alexandre Melo Franco de Moraes; SANTOS, Lenir. O financiamento da saúde na Constituição de 1988: um estudo em busca da efetividade do direito fundamental por meio da equalização federativa do dever do seu custeio mínimo. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 16, n. 66, p. 209-237, out./dez. 2016.

PIVETTA Saulo Lindorfer. **Direito Fundamental À Saúde**: regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial. 2013. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. Disponível em: <https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/30251/R%20-%20D%20-%20SAULO%20LINDORFER%20PIVETTA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 09 set. 2019.

RAVIOLI, Antonio Franco; SOÁREZ, Patrícia Coelho; SCHEFFER, Mário César. Modalidades de gestão de serviços no Sistema Único de Saúde: revisão narrativa da produção científica da Saúde Coletiva no Brasil (2005-2016). **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 34, n. 4, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0102-311X00114217>. Acesso em: 27 maio 2019.

RAWLS, John. A ideia de razão pública revisitada. In: WERLE, Denílson Luis; MELO, Rubio Soares (org.). **Democracia Deliberativa**. São Paulo: Singular, 2007.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

RECH Caroline Andressa; TAROCO, Lara Santos Zangerolame. Concessão de medicamentos de alto custo não previstos na relação nacional de medicamentos essenciais, limites administrativos e orçamentários: como decide o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul? In: BITTENCOURT, Caroline Müller; LEAL, Rogério Gesta (org.). **Temas polêmicos da Jurisdição do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: TJRS, 2018. v. 6

REIS, Cláudio Araújo. **Todo o Poder Emana do Povo: O Exercício da Soberania Popular e a Constituição de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, [201-]. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais>. Acesso em 09-11-2019.

RIBEIRO, Hélcio. Constituição, Participação e Políticas Públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (org.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

RINALDI, Lourdes Beatriz e outras. **Qual a autonomia municipal na gestão da saúde**. Porto Alegre: DaCasa Editora, 1997.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado. **Relatório e Parecer Prévio Sobre as Contas do Governador do Estado Exercício de 2017**. Rio Grande do Sul: TCE, 2017. Disponível em: [http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/contas\\_estaduais/contas\\_governador/pp\\_2017.pdf](http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/contas_estaduais/contas_governador/pp_2017.pdf). Acesso em 17-09-2019.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento Nº 70070097712** (Nº CNJ: 0219965-14.2016.8.21.7000). Relator: Alexandre Mussoi Moreira. Julgado em 05 de outubro de 2016a. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/busca/search>. Acesso em: 14 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível Nº 70082776402** (Nº CNJ: 0249549-24.2019.8.21.7000). Apelo do estado do Rio Grande do Sul desprovido. Apelo do autor provido. Sentença explicitada em remessa necessária. Decisão monocrática. Vigésima Primeira Câmara Cível, Relatora Iris Helena Medeiros Nogueira. Julgado em 07 de outubro de 2019. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 20 out. 2019

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. **Incidente de Inconstitucionalidade Nº 70068897503** (Nº CNJ: 0099944-09.2016.8.21.7000). Relator: Marcelo Bandeira Pereira. Julgado em 17 de outubro de 2016b. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/busca/search>. Acesso em: 14 jul. 2017.

ROSA, Tatiana. CONASS 35 anos. **Revista Consensus**, Brasília, ano 5, n. 22, jan./mar. 2017. Disponível em <https://www.conass.org.br/consensus/conass-35-anos/>. Acesso em: 24 jul. 2019.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SABINO, Marco Antônio da Costa. **Saúde & Judiciário: A Atuação Judicial Limites, Excessos e Remédios**. Curitiba: Juruá, 2016.

SANSON, Alexandre. Os Grupos de Pressão e a Consecução de Políticas Públicas. *In*: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (org.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

SANTOS, Ricart César Coelho. **Financiamento da Saúde Pública no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

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/Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 17, n. 67, p. 125–172, jul./set., 2008.

SARMENTO, Daniel; TELLES, Cristina. Judicialização da Saúde e Responsabilidade Federativa: Solidariedade ou Subsidiariedade. *In*: ASENSI, Felipe; PINHEIRO, Roseni (org.). **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SCHULZE, Clenio Jair. **Números atualizados da Judicialização da Saúde no Brasil**. São Paulo: Empório do Direito, 2017. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/numeros-atualizados-da-judicializacao-da-saude-no-brasil-por-clenio-jair-schulze>. Acesso em: 19 ago. 2019.

SILVA, Jair Magalhães da. **Planejamento governamental em saúde, no âmbito federal, entre 1985 e 2014**. 2015. Tese (Doutorado) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Reneide Muniz da. **A Autonomia Municipal na Implementação de Políticas Nacionais de Saúde**. 2002. Dissertação (Mestrado em Saúde Coletiva) - Fundação Oswaldo Cruz, Recife, 2002.

SILVA, Sílvia Fernandes; SOUZA, Nathan Fernandes; BARRETO, Jorge Otávio Maia. Fronteiras da autonomia da gestão local de saúde: inovação, criatividade e tomada de decisão informada por evidências. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 11, p. 4427-4438, 2014.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Teoria Constitucional e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STENGA, Jacob. Drug Regulation and the Inductive Risk Calculus. *In*: ELLIOTT, KEVIN C.; RICHARDS, TED. **Exploring Inductive Risk: Case Studies of Values in Science**. New York: Oxford University Press, 2017.

SUBIRATZ, Joan *et al.* **Análisis y gestión de políticas públicas**. Barcelona: Planeta, 2012.

TUSHNET, Mark. **Constitucionalismo y Judicial Review**. Peru: Extramuros, 2013.

V/LEX. Base de dados de informações jurídicas. Barcelona, [1998]. Disponível em: <https://2019.vlex.com/#search/jurisdiction:BR>, acesso em 25-11-2019.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle social**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VARELLA, Dráusio. Renúncias e Remendas. **Zero Hora**, Porto Alegre, set. 2018. Caderno Vida.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Direito Internacional Sanitário. *In*: BRASIL. Ministério da Saúde. **Direito Sanitário e Saúde Pública**. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2003. v. 1.

ZAINAGHI, Diana Helena de Cássia Guedes Mármora. O Princípio da Subsidiariedade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 8, n. 33, p. 125-140, 2000. Disponível em <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/delivery/document>. Acesso em: 02 maio 2019.