

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

ZÉLIA LUIZA PIERDONÁ

SAMYRA HAYDÊE DAL FARRA NASPOLINI

DIOGO OLIVEIRA MUNIZ CALDAS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.

Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Ednilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.

José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul) Prof. Dr. Caio

Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos sociais e políticas públicas II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Zélia Luiza Pierdoná

Samyra Haydêe Dal Farra Napolini

Diogo Oliveira Muniz Caldas – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-855-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



Centro Universitário do Estado do Pará
Belém - Pará - Brasil
<https://www.cesupa.br/>

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

Apresentação

O artigo DIREITOS FUNDAMENTAIS, SUA CONSTITUCIONALIZAÇÃO E OS RESPECTIVOS CUSTOS de Zélia Luiza Pierdoná e Verbena Duarte Brito de Carvalho tem por objetivo demonstrar que todo direito fundamental tem um custo público e que a exacerbada constitucionalização de direitos, muitas vezes feita de forma retórica, sem os deveres fundamentais correlatos, especialmente sem a previsão de seus respectivos custos, leva à realização deficiente dos direitos ou sua não realização.

O artigo O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA: O DEVER DO ESTADO NO CUMPRIMENTO DO MÍNIMO EXISTENCIAL, de Diogo Oliveira Muniz Caldas e Camila Rabelo de Matos Silva Arruda, traz a discussão sobre o direito à saúde como um desmembramento do direito à vida e as dificuldades encontradas pelo Estado para o cumprimento efetivo do Direito a vida, bem como o fornecimento de medicamentos para o cumprimento do mínimo existencial.

O artigo O IMPACTO DA TERCEIRIZAÇÃO DOS DOCENTES NO ENSINO SUPERIOR SOB O ASPECTO DA QUALIDADE DO TRABALHO PEDAGÓGICO de Franceli Bianquin Grigoletto Papalia, busca investigar o impacto da terceirização da docência no ensino superior frente à qualidade do trabalho pedagógico a ser desenvolvido por estes profissionais. A temática da pesquisa é referente aos reflexos que poderão ocorrer no trabalho pedagógico de professores de ensino superior através da terceirização do setor.

O artigo POLÍTICA NACIONAL DE DEFESA E ESTRATÉGIA NACIONAL DE DEFESA: MARCOS REGULATÓRIOS INDUTORES DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A SEGURANÇA DA AMAZÔNIA de Randal Magnani e Warley Freitas De Lima, tem por finalidade demonstrar a necessidade de implementação de políticas públicas voltadas para a segurança da Amazônia, partindo da análise da Política Nacional de Defesa e Estratégia Nacional de Defesa, documentos de referência para o assunto.

O artigo 13 ANOS DA LEI MARIA DA PENHA: INTER-RELAÇÕES ESSENCIAIS ENTRE DIREITO A UMA VIDA SEM VIOLÊNCIA E A ASSISTÊNCIA SOCIAL de Camila Belinaso de Oliveira e Tiago Bruno Bruch tem como objetivo central a assistência social como essencial ao enfrentamento da violência contra a mulher. Analisa os dados oficiais relacionados à violência doméstica do Brasil e a Lei Maria da Penha (Lei 11.340

/2006), com ênfase as medidas protetivas e os serviços disponíveis na rede socioassistencial para o atendimento das mulheres vítimas.

O artigo **CONVERSANDO COM HOMENS AUTORES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: DA REGULAÇÃO À EMANCIPAÇÃO** de Juliana Lazzaretti Segat e Valmôr Scott Junior objetiva analisar aspectos regulatórios e emancipatórios dos grupos reflexivos de gênero para autores de violência doméstica.

O artigo **POLÍTICAS PÚBLICAS, INTERSECCIONALIDADE E DIREITO À SAÚDE REPRODUTIVA DA MULHER: O CASO ALYNE DA SILVA PIMENTEL TEIXEIRA VERSUS BRASIL** de Urá Lobato Martins tem como objeto de estudo o caso Alyne da Silva Pimentel Teixeira versus Brasil, submetido ao Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (CEDAW). Analisa as recomendações do CEDAW; as políticas públicas em prol do direito à saúde reprodutiva da mulher; a relação entre a vulnerabilidade decorrente do gênero, da raça e da classe social, segundo a perspectiva interseccional.

O artigo **PERSPECTIVAS DA TEORIA DA LEGISLAÇÃO PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO HUMANO À SAÚDE: CAMINHOS POSSÍVEIS** de Charlise Paula Colet Gimenez e Lígia Daiane Fink dos Santos tem como objetivo apresentar a Teoria da Legislação de Manuel Atienza como mecanismo de solução de conflitos sociais ao romper com o caráter simbólico da Lei na perspectiva do direito à saúde e da problemática da judicialização da saúde no Brasil.

O artigo **PERSPECTIVAS DE IMPLEMENTAÇÃO DA AGENDA 2030 NO BRASIL E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS** de Tarsila Rorato Crusius e Mártin Perius Haeberlin busca compreender como a implementação da Agenda2030 no Brasil poderá contribuir para a concretização dos direitos humanos, concluindo ser necessária a incorporação de seus objetivos e metas nas estratégias e nos instrumentos de planejamento e orçamento da União e dos entes subnacionais.

O artigo **OBJEÇÕES À JUSTICIABILIDADE DO DIREITO SOCIAL À MORADIA** de Marcelo Nunes Apolinário e Vanessa Aguiar Figueiredo tem como pressuposto analisar algumas das objeções à justiciabilidade do direito social à moradia, principalmente no que concerne a exigibilidade judicial.

O artigo **FORNECIMENTO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) DE MEDICAMENTOS SEM REGISTRO PARA DOENÇAS RARAS E ULTRARRARAS** de

Carlos Eduardo Malinowski e Thaís Dalla Corte trata das atuais diretivas do STF relacionadas à provisão pelo SUS de medicações não registradas para doenças raras e ultrarraras. Para tanto, aborda o direito à saúde, sua relativização e judicialização; elenca as normas empregadas pela ANVISA para o provimento de medicamentos; e apresenta as decisões do STF sobre o tema.

O artigo O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E AS DOENÇAS RARAS: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONTROLE DESTAS POLÍTICAS PÚBLICAS A PARTIR DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL de Luciana Gaspar Melquíades Duarte e Victor Luna Vidal tem como escopo analisar a sindicabilidade judicial do direito à saúde no tocante aos pedidos de custeio pelo Estado de tratamentos para doenças raras. Adota-se como arcabouço teórico o Pós-Positivismo Jurídico, especialmente representado pelas contribuições de Dworkin (2002) e Alexy (2011).

O artigo DEVERES FUNDAMENTAIS DO CONTRIBUINTE DE PAGAR TRIBUTOS E SEUS REFLEXOS CONSTITUCIONAIS E LEGAIS de Elcias Oliveira da Silva e Jan Carlos Cerqueira Bezerra busca analisar deveres fundamentais de pagar tributos e seus reflexos sociais a partir de sua conformação na Constituição Federal e ordenamento jurídico pátrio.

O artigo O PROGRAMA DINHEIRO DIRETO NA ESCOLA: UM MODELO DE FINANCIAMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS CALCADO NA GESTÃO DEMOCRÁTICA DE RECURSOS PÚBLICOS À NÍVEL LOCAL de Yasmin Sant'Ana Ferreira Alves de Castro analisa o esvaziamento da capacidade de investimento do estado, diante do comprometimento expressivo das despesas com educação para honrar a folha de pagamento de profissionais da pasta, demonstrando que apesar do elevado percentual de investimento em educação no País, a adoção de medidas vinculantes de receitas demonstra-se insuficiente para ver satisfeitas as demandas sociais locais imediatas.

O artigo DIREITO AO DESENVOLVIMENTO: AGENDA 2030 E A EFETIVAÇÃO DO OBJETIVO FUNDAMENTAL DE ERRADICAÇÃO DA POBREZA NO BRASIL de Eva Cecília Trindade Siqueira e Carlos Augusto Alcântara Machado analisa as diretrizes utilizadas pelas Nações Unidas para erradicar a pobreza, objetivo fundamental previsto na Constituição Federal de 1988. Verifica as políticas públicas implementadas durante a consecução da Agenda do Milênio da Organização das Nações Unidas até 2015, os avanços decorrentes da iniciativa no contexto brasileiro, e os principais desafios a serem superados na Agenda 2030.

O artigo O PARADIGMA DA JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO POLÍTICA PÚBLICA DE SEGURANÇA A PARTIR DA EXPERIÊNCIA ENVOLVENDO OS CONFLITOS INFRACIONAIS NO ESTADO DO PARÁ de Ruth Crestanello e Jolbe Andres pires mendes busca compreender de que forma a aplicação da justiça restaurativa enquanto solução alternativa, vem se configurando numa nova diretriz básica de aprimoramento de gestão criminal e na realização de um direito fundamental social por meio de políticas públicas de pacificação social e segurança pública.

O artigo O USO DE NUDGES EM POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROMOÇÃO DA SAÚDE de Juliana Diógenes Pinheiro e Andre Studart Leitao analisa em que medida os nudges e a arquitetura da escolha, delineados pela economia comportamental, podem ser utilizados pelo Estado por meio de políticas públicas, com o escopo de orientar as pessoas a tomarem decisões melhores no campo da saúde.

O artigo JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ANÁLISE DAS AQUISIÇÕES EMERGENCIAIS REALIZADOS PELO MUNICÍPIO DE BELÉM PARA CUMPRIMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS de Mayara Bonna Cunha e Silva e Luma Cavaleiro de Macedo Scaff realiza pesquisa quantitativa no Mural de Licitações no ano de 2018 para verificar: os processos existentes e as despesas decorrentes.

O artigo FEDERALISMO E JUDICIALIZAÇÃO: O CASO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL de Marcio Aleandro Correia Teixeira e Larissa Diana Barros Soares trata sobre Federalismo, Direito à Saúde e Judicialização de Políticas Públicas. O trabalho consiste no entendimento do Sistema Único de Saúde, instituído pela Constituição de 1988, e funciona baseado em normas constitucionais, infraconstitucionais e infralegais. O fenômeno da judicialização, permite questionamentos acerca da intervenção do Judiciário na efetivação do direito à saúde.

O artigo A TRAJETÓRIA DAS POLÍTICAS DE ENSINO PROFISSIONAL NO BRASIL ENTRE A PRIMEIRA REPÚBLICA (REPÚBLICA VELHA) E A LDB 1996 de Paulo Roberto De Souza Junior faz uma reflexão inicial da trajetória das políticas públicas que embasaram a história da Educação Profissional até a promulgação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB de 1996. Analisa alguns aspectos anteriores as LDBs, bem como as forças políticas e as contradições sobre a educação profissional no Brasil.

O artigo A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: A EFETIVIDADE ILUSÓRIA DO DIREITO À SAÚDE de Norma Sueli Alves dos Santos Vidal tem por objetivo trazer reflexões sobre a interferência da judicialização das políticas

públicas de saúde com o enfrentamento da seguinte problemática: A judicialização é um instrumento eficaz para efetivação do direito à saúde?

O artigo DIREITO AO TRÂNSITO SEGURO E AS AÇÕES MUNDIAIS PARA O APRIMORAMENTO DA SEGURANÇA NO TRÂNSITO José Antonio Da Silva e Valter Foletto Santin trata da questão do direito ao trânsito seguro no Brasil, com milhares de mortos e de sequelados em acidente de trânsito, anualmente. A ONU aprovou um conjunto de ações para a redução do número de mortes no trânsito até 2020, estabelecendo o trânsito seguro como direito fundamental, com adesão do Brasil.

O artigo JUSTIÇA RESTAURATIVA NO MARANHÃO: UM CAMINHO PARA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI de Edith Maria Barbosa Ramos e Tereza Cristina Soares da Fonseca Carvalho busca discutir a Justiça Restaurativa no campo dos direitos fundamentais dos adolescentes em conflito com a lei. Estuda a perspectiva restaurativa presente no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Apresenta a experiência da Justiça Penal de Adolescentes em São Luís/MA.

O artigo CONCEPÇÃO TEÓRICA, MARCOS LEGAIS, MEDIDAS ADMINISTRATIVAS E DESENHO INSTITUCIONAL DOS MUNICÍPIOS PARA INGRESSO NO SISTEMA ÚNICO DE SEGURANÇA PÚBLICA (SUSP) de Laecio Noronha Xavier analisa a unificação política da Segurança Pública e da Defesa Social que adveio com a criação do Sistema Único de Segurança Pública (SUSP), conforme previsto nas leis nº 13.675/2018 e nº 13.756/2018, mantendo conexão com as leis no 11.530/2007 e nº 11.707/2008 que instituíram o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (PRONASCI).

O artigo LIMITAÇÕES PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E O AUMENTO DA POBREZA NO BRASIL de Daisy Rafaela da Silva e José Marcos Miné Vanzella tem por objeto a análise da situação da prestação dos Direitos sociais no contexto da crise brasileira ante a escassez de recursos público e o agravamento da crise econômica e social.

O artigo A JUDICIALIZAÇÃO DA ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA AO PACIENTE DIABÉTICO NO ESTADO DO PARÁ: 10 ANOS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 0006454-87.2008.4.01.3900 de Andreza Casanova Vongrapp Santos analisa os efeitos da judicialização da assistência farmacêutica ao portador de Diabetes Mellitus no Estado do

Pará tendo como referência a Ação Civil Pública nº 0006454-87.2008.4.01.3900 e verifica como as políticas públicas destinadas aos diabéticos evoluíram no período de 2008, quando a ação foi interposta, até a presente data.

O artigo POLÍTICA NACIONAL PARA PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA: ANÁLISE DO PLANO NACIONAL (DECRETO Nº. 7.053/2009) E DA (IN) VISIBILIDADE DE PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA de Tatiane Campelo Da Silva Palhares analisa a condição de pessoas em situação de rua e os direitos fundamentais sob a ótica do direito constitucional. O trabalho objetiva refletir sobre a condição de pessoas em situação de rua a partir do mínimo existencial para o alcance dos direitos fundamentais.

Desejamos que as pesquisas aqui apresentadas contribuam para a reflexão sobre as políticas públicas de efetivação dos Direitos Sociais no nosso país.

Tenham uma boa leitura.

Diogo Oliveira Muniz Caldas - UVA / UNICARIOCA

Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - FMU / FADI

Zélia Luiza Pierdoná – UPM

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

FEDERALISMO E JUDICIALIZAÇÃO: O CASO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL

FEDERALISM AND JUDICIALIZATION: THE BRAZILIAN'S HEALTH PUBLIC POLICIES CASE

Marcio Aleandro Correia Teixeira ¹

Larissa Diana Barros Soares ²

Resumo

O artigo trata sobre Federalismo, Direito à Saúde e Judicialização de Políticas Públicas. O trabalho consiste no entendimento do Sistema Único de Saúde, instituído pela Constituição de 1988, e funciona baseado em normas constitucionais, infraconstitucionais e infralegais. O fenômeno da judicialização, permite questionamentos acerca da intervenção do Judiciário na efetivação do direito à saúde. Através de revisão bibliográfica, análise das instruções normativas, portarias e decisões judiciais, o texto foi desenvolvido. A judicialização, como forma de resolução de conflitos da esfera administrativa é consequência da ausência de diálogos entre os sujeitos envolvidos na promoção e efetivação do Direito à Saúde.

Palavras-chave: Federalismo, Direito à saúde, Judicialização, Políticas públicas, Intervenção do poder judiciário

Abstract/Resumen/Résumé

The paper deals with Federalism, Right to Health and Public Policies judicialization. The text is based in the understanding the Unified Health System, constitutionally instituted, in 1988, that works with constitutional norms, infra-constitutional norms and regulatory provisions. The phenomenon of judicialization, allows questions about the judiciary intervention in the implementation of the right to health. Through a bibliographic review, normative instructions analysis, ordinances and of judicial decisions, the research was developed. The judicialization, as means of administrative sphere problems resolution is consequence of the dialogs absence between the individuals involved in the promotion and implementation of the Right to Health.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Federalism, Right to health, Judicialization, Public policy, Judiciary intervention

¹ Professor da Universidade Ceuma e Pesquisador do Núcleo de Estudos Municipalidade e Direito - NEMUD /CEUMA.

² Advogada. Especialista em Direito Civil e Processo Civil e Especializanda em Direito Médico.

INTRODUÇÃO

O direito à saúde é direito assegurado no ordenamento jurídico brasileiro. É direito fundamental, inseparável do direito à vida. No *caput* do art. 5º, a Constituição Federal de 1988 garante a inviolabilidade do direito à vida. Logo, o exercício pleno do direito à saúde é essencial para a efetivação do direito fundamental à vida. No *caput* do art. 6º, figura ainda como um direito social (BRASIL, 2019a).

Portanto, a saúde é direito fundamental e social, haja visto estar intrinsecamente relacionado ao direito à vida. Dessa forma, é essencial entender a sistemática organizacional do direito à saúde, legislação específica, infraconstitucional e infralegal.

A efetivação desse direito constitucional necessitou de estratégias a serem desenvolvidas pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Tais estratégias contaram ainda com a participação da sociedade civil, trazendo uma lógica coletivista na interpretação desse direito, capaz de ampliar o alcance social desse direito (ASENSI, 2013).

Instituído pela Constituição Federal de 1988, o Sistema Único de Saúde – SUS, regulamentado pela Lei nº 8.080/1990, tem como princípios norteadores a universalidade, integralidade, equidade, descentralização e a participação social.

O SUS tem como objetivos a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde, conforme a Constituição Federal (art. 196) e bem especificados no art. 5º da Lei 8.080/90. Além disso visa a formulação de política de saúde destinada a promover a execução de políticas sociais de redução de riscos de doenças e outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de saúde (AITH, 2006, p. 393).

Em face da arquitetura do Estado brasileiro, as características marcantes da efetivação do direito à saúde precisam ser compreendidas do ponto de vista político passando pelo princípio federativo e de suas duas marcas fundamentais. A primeira delas é a existência de diferentes níveis de governo, cada um deles com governantes próprios eleitos pelos cidadãos. A segunda característica é que cada nível de governo deve obter seus recursos financeiros através de imposições tributárias sobre o povo que reside e atua na área pela qual é responsável.

Em relação à primeira característica, cumpre observar que a existência de diferentes níveis de governo com relativa autonomia deve assentar-se no poder apoiado diretamente pelo povo, sob pena de ser mero agente.

Por sua vez, para a segunda característica, a impossibilidade de arrecadar seus próprios recursos financeiros custará seu agir com independência. Estas duas possibilidades se

entrelaçam na relação institucional brasileira, por força das normas constitucionais, pois a União apresenta superioridade financeira em face dos Estados-membros, acarretando constrangimento financeiro para os Estados e os Municípios (DALLARI, 2013).

Nesse estudo, para a construção do processo de análise do controle e efetivação das Políticas Públicas de Saúde buscamos compreender o papel desempenhado, limites e consequências da intervenção da função judiciária. A saber, a judicialização do direito fundamental à saúde por forças das dificuldades de efetivação de tal direito em decorrência das dificuldades operacionais da prestação dos serviços pelo ente estatal.

Nessa problemática, o judiciário assume um importante significado quando se observa os limites do poder estatal e as dimensões de sua efetividade. Cumpre de antemão ressaltar que a questão social, ora entendida como o esforço analítico e empreendimento político das consequências e resultados do conflito de forças desiguais no Estado capitalista contemporâneo é elemento central aos desafios das Políticas Públicas no âmbito do Estado brasileiro.

Assim, o Poder Judiciário tem papel importante nesse aspecto, ao superar o estado de inoperância das normas constitucionais veiculadoras de direitos sociais. O Poder Judiciário passa a reconhecer a eficácia positiva desses direitos contra o Estado em diversas hipóteses (FONTE, 2013, p. 95).

Este artigo está dividido em três partes, subdivididas, além da Introdução e da Conclusão. Cada parte reúne uma ideia central para a formação de um bloco essencial de análise. A primeira parte trata da arquitetura do Estado brasileiro em face do princípio federativo. A segunda parte traz uma visão do direito constitucional à saúde e a sua forma de prestação através do Sistema Único de Saúde – SUS. A terceira parte trata do processo de judicialização da prestação das Políticas Públicas de Saúde.

A pesquisa que embasou este artigo foi realizada através de análise documental e revisão bibliográfica.

1 A FEDERAÇÃO BRASILEIRA

A Federação Brasileira é resultado de uma complexa cultura política. Ela seria o amálgama de nossas raízes ibéricas, de ideias positivistas e ideologias corporativistas (SOUSA, 1996).

Um sistema complexo e dinâmico, atualizado continuamente pelo processo legislativo e reformas do desenho institucional, analisadas continuamente pela função judicial e organizada pelos interesses políticos daqueles que ocupam a titularidade do executivo, sendo

a atividade regular de policiamento de competência da União, da Unidade Federada (Estado) e mais recentemente pelo Município. Nesse sentido, é necessário percorrer a distribuição dessas competências e suas capacidades de cooperação.

Em 1985, Bresser Pereira afirmava: “O Brasil encontra-se hoje, portanto, diante de uma ‘crise total’”. Esse sentimento está presente nos cenários e diagnósticos traçados sobre o Brasil de hoje (2015). Bresser Pereira explicava a crise pela relação entre redemocratização e abertura, encarando a existência de um processo de conflito e de negociação entre a sociedade e o governo, resultando em “complexo processo de negociações internas para deixar intactos o sistema básico de dominação e a natureza da formação econômico-social mista, capitalista-tecnoburocrática” (PEREIRA, 1985. p. 128s).

Não temos nem um regime autoritário tecnoburocrático-burguês nem um regime democrático burguês, mas um regime de transição eminentemente contraditório e em crise (PEREIRA, 1985. p. 134).

O processo resultou em pacto social e aliança política: “aliança entre liberais-conservadores da Frente Liberal, com centro e esquerda independente do PMDB e do PDT, e com a esquerda comunista do PCB, PC do B e do MR-8” (PEREIRA, 1985. p. 176).

Esse pacto estava baseado em três princípios básicos: 1. Redemocratização que interessava a todas as classes; 2. Manutenção do capitalismo, que interessava à burguesia; e 3. Moderada distribuição de renda, que interessava aos trabalhadores e às esquerdas (PEREIRA, 1985. p. 116).

Nesse contexto, os desembargadores Kazuo Watanabe e Candido Dinamarco protagonizaram o processo que culminou com a consolidação dos Juizados Especiais (antigo Juizados de Pequenas Causas) pretendido como um elemento de aproximação entre o judiciário e a sociedade. Em face da necessidade de ampliação da legitimidade política, tanto a Justiça como a Segurança aparecem marcadas por esse processo de descentralização (SÃO PAULO, 1987).

Em São Paulo,

o governo Montoro (1983-6) implementou uma reforma administrativa que se orientava pelo princípio da descentralização, particularmente da regionalização e municipalização da gestão de diversas políticas públicas (ARRETCHE, 2000. p. 216).

Segundo Arretche,

a redefinição de competências e atribuições da gestão das políticas públicas sociais tem se realizado sob as bases institucionais de um Estado federativo, o que significa dizer o modo pelo qual estes

assumem funções de gestão de políticas públicas é inteiramente distinto daquele sob o qual vinham a assumi-las no regime militar.

Em Estados federativos, Estados e Municípios – porque dotados de autonomia político e fiscal – assumem funções de gestão de políticas públicas ou por própria iniciativa, ou por adesão a algum programa proposto por outro nível mais abrangente de governo, ou ainda por expressa imposição constitucional (ARRETCHE, 2000. p. 47)

O artigo 48 da Constituição Federal de 1988 dispõe que cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República¹, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: I – sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas; II – plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado; III – fixação e modificação do efetivo das Forças Armadas, e; IV – planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento [...] (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011).

Não obstante, cumpre observar que o Poder executivo no Brasil vem usurpando competências da Câmara dos Deputados e do Senado, buscando centralidade para dispor unilateralmente nas decisões econômicas e financeiras do Brasil, comprometendo seu patrimônio e assumindo compromissos internacionais danosos para a sociedade civil.

A par disso, as competências do Congresso Nacional, integrando a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, revelam, precisamente, que, ao se constituir o Estado Federal, buscou-se um mecanismo institucional que impedisse a supremacia do Executivo federal (DALLARI, 2013).

Segundo Regis, o federalismo brasileiro em seu processo de construção sempre foi marcado pelas disputas entre o poder central e as oligarquias regionais, cujo resultado é o movimento pendular de centralização descentralização (REGIS, 2009).

Estudos clássicos sobre o federalismo no Brasil acusam que o processo de descentralização mais recente se iniciou entre os anos 1980 a 1990, quando foi possível identificar a maior presença de mecanismos de transferência de funções e recursos do governo federal para os estados e municípios. Ressalte-se que esse percurso tem sido marcado por um processo de transferência de recursos e aumento na participação da gestão das Políticas Públicas, raramente uma ampliação de atribuições e competências (ARRETCHE, 2000).

No caso brasileiro, a responsabilidade pública pela gestão de políticas sociais passou a ser um dos elementos da barganha federativa. Dadas as dimensões da pobreza brasileira e, portanto, da população-alvo dos programas sociais, a gestão de políticas sociais em nosso país *tende* a ser simultaneamente cara e inefetiva, na medida em que tende a

¹ Exceto o especificado nos artigos 49, 51 e 52 da CF88.

consumir um elevado volume de recursos e apresentar baixos níveis de proteção efetiva (ARRETCHE, 2010. p. 48).

A literatura especializada nos autoriza compreender que a essência do Federalismo é unir as vontades parciais na construção de valores gerais, preservando os interesses relacionados a cada uma das entidades federadas (ACKERMAN, 1989; ACKERMAN, 2000; ARRETCHE, 2014).

Importa observar que,

a variável “capacidade técnica” – que diz respeito à forma pela qual o município reúne equipamentos, recursos humanos e conhecimento técnico especializado – é um legado de políticas prévias. E, também pode ser decisiva para o processo de municipalização, na medida em que estabelece as condições sob as quais os governos podem vir a implementar políticas (ARRETCHE, 2000. p. 232).

O debate sobre a relação de subsidiariedade e autonomia é aspecto essencial para a compreensão do Estado brasileiro. Partindo do texto constitucional ou do debate político especializado, cabe verificar quais deverão ser os direitos e obrigações dos entes federados, seus mecanismos de atuação e instrumentos de participação.

O ajuste deste sistema *imperfeito* é dado pela via das funções estatais através de órgãos e pessoas. Em debate especializado poderíamos analisar o arcabouço conceitual brasileiro partindo de Lafer: “todo subsistema político é dinâmico e se modifica na medida em que funciona, o que coloca em pauta a necessidade de diferenciar ‘administração’ de *policy* (programa de ação)” (LAFER, 1978. p. 44).

A atuação da função executiva do Poder deve ser compreendida, por um lado, como a execução de decisões já tomadas e, por outro, envolve riscos e uma conjuntura específica, uma vez que, representa escolhas entre atos futuros. Assim, compreende-se a complexidade das decisões.

O respeito ao princípio federativo deve condicionar a legislação, as iniciativas dos governos e as decisões judiciais. Uma vez acolhido o federalismo pela Constituição todo ato com implicações jurídicas que visem alterar o modelo federativo será inconstitucional.

A questão passa pelo compromisso firmado entre os representantes das funções de Poderes da República Federativa do Brasil para a implantação de modificações no ordenamento jurídico e outras medidas, objetivando o aperfeiçoamento do aparato estatal.

O eixo central do debate gira em torno da divisão de Poderes no Brasil e tem como fundamento a Constituição da República Federativa do Brasil em seu Art. 2º “São Poderes da

União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL. SENADO, 2015).

2 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

A saúde é um direito fundamental, previsto na Constituição Federal do Brasil de 1988, que em seu artigo 196, dispõe:

a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 2017).

Segundo a Organização Mundial de Saúde (1946), a “saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”. Nesse sentido, a saúde está intrinsecamente relacionada a aspectos físicos, mentais e sociais.

O ser saudável depende do adequado funcionamento do seu corpo, concomitante a uma interação social saudável em um ambiente igualmente saudável. Assim, é necessário pensar a saúde não apenas a partir do indivíduo, mas também considerar a sociedade em que este se encontra.

Para a promoção da saúde então deve-se tratar as mazelas do indivíduo, ao mesmo tempo que as da sociedade em que vive. De tal forma que garantir o bem-estar do indivíduo não é possível sem promover o bem-estar social. Contudo, a saúde depende também do comportamento deste indivíduo em sentido favorável à sua manutenção ou alcance.

2.1 O Direito à Saúde e a Constituição Federal de 1988

O direito à saúde é um direito fundamental, previsto na Constituição Federal de 1988 e matéria de vasto arcabouço infralegal. O conjunto de leis, normas, regulamentos, resoluções e portarias que dizem respeito à matéria, são objeto de estudo do direito sanitário. A importância crescente do direito sanitário contribui para a consolidação e democratização do acesso à saúde.

O direito, de forma simples, pode ser dito como um conjunto de normas que regulam as condutas dos homens na vida em sociedade. A norma, diretamente relacionada com a realidade social, a regula, estabelecendo direitos e deveres, individuais e coletivos. Ao mesmo tempo o sistematiza, ordenando a vida em sociedade.

O caráter dinâmico do direito o torna instrumento de transformação da realidade social, capaz de moldar seu desenvolvimento, trabalhando no sentido aumentar a sua eficácia. Assim, a constitucionalização dos direitos sociais foi importante para a sua consolidação, sem,

contudo, suprir todos os aspectos necessários para a efetividade destes. Os direitos sociais são normas programáticas, ou princípios jurídicos, não sendo capazes de produzir efeitos em sua totalidade.

Partindo de Barroso (2016; 2011; 2010), a Constituição de 1988 aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira, seja pela redescoberta da cidadania e conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos, seja pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzindo novas ações e ampliando a legitimação ativa para tutela de interesses.

Assim, Barroso (2016; 2011; 2010) leciona que, a constitucionalização, o aumento da demanda por justiça e a ascensão institucional do Judiciário são um conjunto de fatores em razão dos quais há uma expressiva judicialização de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final.

A Constituição de 1988 fortaleceu o acesso aos direitos sociais, em especial o direito à saúde. O indivíduo entendeu aos poucos que poderia cobrar prestações do Estado. Portanto, qualquer cidadão que não usufrua do completo bem-estar físico, mental e social, com base na garantia constitucional do direito fundamental à saúde, tem no judiciário um instrumento de acesso à plenitude do exercício desse direito social.

2.2 O Sistema Único de Saúde

A Constituição Federal de 1988, conforme anteriormente exposto, consagrou a saúde como um direito de todos e dever do Estado. Essa garantia se dá mediante políticas sociais, que tem como princípios fundamentais a universalidade, a igualdade, a descentralização, o atendimento integral, além de outros, dos quais destaca-se a participação da comunidade na gestão, fiscalização e acompanhamento das ações e serviços de saúde (CF/88, art. 194, parágrafo único, I, e art. 198, III).

O reconhecimento dado pelo Art. 6º, que expressamente define a saúde como um direito humano fundamental, foi um avanço significativo para a proteção da saúde no Brasil e deu ensejo ao crescimento do Direito Sanitário no país. A importância da Constituição de 1988 para a consolidação do Direito Sanitário brasileiro é expressa sobretudo pelo Capítulo II do Título VIII da Constituição Federal, que trata da Ordem Social, com enfoque para a sua Seção II, que trata especificamente da Saúde. A partir daí viu-se uma produção normativa nunca antes vista no que se refere ao tratamento do Direito Sanitário: destaque-se, nesse momento, as Leis que representam, em seu conjunto, o que se convencionou chamar de Lei Orgânica da Saúde (Leis 8.080 e 8.142, ambas de 1990); os diversos Códigos Sanitários Estaduais e Municipais; as Leis de criação das Agências Nacionais de Vigilância

Sanitária (Lei 9.782) e de Saúde Suplementar (Lei 11.105/05), dentre outras diversas que tratam exclusivamente de assuntos relacionados com a promoção, proteção e recuperação da saúde no Brasil. Isso sem falar dos inúmeros regulamentos infralegais (Decretos, Portarias, Resoluções produzidos a partir dessa nova ordem normativa) (AITH, 2006, p. 105).

Assim, o Sistema Único de Saúde, teve sua estrutura geral formulada no art. 198. Dispondo ser uma rede regionalizada e hierarquizada, com diretrizes como a descentralização, com direção única em cada esfera de governo, atendimento integral, sendo a prevenção prioridade sem prejuízo dos serviços assistenciais, e ainda, a participação da comunidade. O financiamento desse sistema é feito através de recursos da seguridade social, de competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (SILVA, 2009, p. 18).

Permite ainda, em seu art. 199, à iniciativa privada a assistência à saúde, as permitindo participar de forma complementar do Sistema Único De Saúde. Possibilita também a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País (BRASIL, 2019).

No art. 200 dispõe sobre as atribuições do Sistema Único de Saúde no que concerne ao controle e fiscalização de procedimentos, produtos e substâncias, produção de medicamentos. Trata ainda da atribuição de executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, saúde do trabalhador, formação de recursos humanos na área de saúde, participação na formulação da política e execução das ações de saneamento básico, incrementar o desenvolvimento científico e tecnológico, fiscalizar e inspecionar alimentos e controle de seu teor nutricional, e de bebidas e água para consumo humano, fiscalizar e controlar também a produção transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos, além de colaborar na proteção do meio ambiente, inclusive o do trabalho (BRASIL, 2019).

“Portanto, o direito à saúde recebeu do Poder Constituinte uma força normativa suficiente para a sua incidência imediata, independente de providência normativa ulterior para a sua aplicação” (ASENSI, 2013, p. 151). Essa força normativa garantia a existência de um aparato jurídico-institucional a sua efetivação, que seria concretizada progressivamente através do Sistema Único de Saúde.

Assim, oriundo do Direito Público, o Direito Sanitário é formado por vasto arcabouço infraconstitucional e infralegal. Compõem esse arcabouço infraconstitucional a Lei

8.080/90, conhecida como Lei Orgânica da Saúde e a Lei 8.142/90, que trata da participação popular e das transferências intergovernamentais dos recursos financeiros da saúde.

As normas infralegais, por sua vez, são compostas pelas Portarias do Ministério da Saúde, as Deliberações do Conselho Nacional de Saúde, que são instâncias colegiadas do SUS. Estão presentes em cada esfera de governo, cabendo-lhe a formulação de estratégias e o controle da execução da política de saúde. Essas decisões são então homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada nível de governo, sem prejuízo das funções do poder legislativo correspondentes.

As normas infralegais são também oriundas das Conferências Nacionais de Saúde. Estas foram criadas na Era Vargas com o propósito de reunir os atores relacionados aos serviços públicos de saúde em um fórum comum (ASENSI, 2013, p. 157). Existe ainda a Norma Operacional Básica (NOB), que é um instrumento normativo de operacionalização dos preceitos da legislação que rege o Sistema Único de Saúde.

A Constituição estabeleceu cinco princípios básicos que devem orientar o ordenamento jurídico brasileiro em relação ao SUS: universalidade, integralidade, equidade, descentralização e participação popular. Ou seja,

defendem a descentralização e o fortalecimento do papel do município, participação e controle popular na formulação de políticas públicas, planejamento, gestão, execução e avaliação das ações de saúde, integralização das ações, universalização do acesso e da cobertura, iniciados ‘pelas áreas carentes ou totalmente desassistidas’ e equidade e garantia de qualidade na humanização do atendimento. Além da isonomia salarial para o pessoal da saúde, foram propostos: admissão somente por concurso público, estabilidade no emprego, composição multiprofissional da equipe de saúde, estímulo à dedicação exclusiva e obrigatoriedade de cumprimentos de carga horária contratual e outras recomendações (CORDEIRO, 1991, p. 85)

A universalização diz respeito ao reconhecimento da saúde enquanto um direito fundamental de todo e qualquer ser humano, cabendo ao Estado garantir as condições indispensáveis ao seu pleno exercício (ASENSI, 2013, p. 143). Trata-se de uma universalidade da prestação da saúde, da atenção básica à da alta complexidade. A garantia de acesso à todos, em todos os níveis de complexidade.

A integralidade é a garantia do fornecimento de um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços, de caráter preventivo, curativo e coletivo, igualmente exigidos em todos os níveis de complexidade, estabelecendo nesse sentido a equipe de saúde de composição multiprofissional. Já a equidade busca diminuir a desigualdade entre os diversos detentores do direito à saúde.

A descentralização, que é um princípio e característico do sistema, traz uma abrangente rede assistencial, que é conduzida por um gestor, então responsável pelas políticas de saúde. É justamente a descentralização que aproxima a realidade social da incorporação de políticas públicas “no processo de formulação, fiscalização e execução das políticas” (ASENSI, 2013, p. 144).

Por sua vez, a participação social também é importante nessa aproximação das políticas públicas da realidade social. A mesma tem o condão de ampliar a efetividade das políticas públicas de saúde, contribuindo para a democratização do sistema.

Assim, a execução direta de ações e serviços públicos de saúde pelo Estado pressupõe a existência de um conjunto de instituições jurídicas de direito público, a quem são conferidos poderes e responsabilidades (AITH, 2006, p. 382). As ações e serviços públicos de saúde de promoção, proteção e recuperação da saúde estão, desta forma, dentro da esfera do Sistema Único de Saúde.

O SUS é gerido por representantes dos governos municipais, estaduais e federal, que são, respectivamente, os Secretários Municipais, Estaduais e o Ministro da saúde. A gestão do sistema é pensada de uma forma integrada e harmonizadora, que concretiza-se nos fóruns de negociação. São formadas a Comissão Intergestores Tripartite – CTI (entre os gestores municipal, estadual e federal) e a Comissão Intergestores Bipartite – CIB (entre os gestores estadual e municipal).

A CIT é composta por representantes do Ministério da Saúde, do Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde (CONASS) e do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS). A CIB é composta por representantes da Secretaria Estadual de Saúde (SES) e do Conselho Estadual de Secretários Municipais de Saúde (COSEMS).

Além da gestão, a Constituição Federal de 1988 e a Lei orgânica da Saúde tratam também da repartição de competências no Sistema Único de Saúde. Os artigos 24, XII e 30, II, da Constituição Federal de 1988, atribuem competência comum à União, Estados e aos Municípios para legislar sobre a proteção e a defesa da saúde.

Após definir as competências comuns a todos os entes federativos a Lei 8.080/90 divide as atribuições de cada um, sendo o art. 16 dedicado às competências da União, o art. 17 às competências dos Estados e o art. 18 às competências dos Municípios (AITH, 2006, 405).

Assim, o SUS é uma rede hierarquizada e regionalizada, voltada à totalidade das ações e serviços públicos de saúde. A descentralização incumbe ao Município a execução direta dos serviços públicos de saúde. Ao Estado a gestão da rede estadual integrada e o incentivo à

implementação da saúde municipal. À gestão Federal cabe a gerir o SUS nacional, fomentando a harmonização, integração e modernização dos sistemas estaduais, conforme dispõe a NOB/SUS 01/96.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Enquanto direito constitucional, passível de cobrança ao Estado, o direito à saúde é objeto crescente de demandas no Brasil. Concomitantemente, o Sistema Único de Saúde, em razão das decisões judiciais que determinam a utilização de recursos em prazos estreitos e de forma alheia ao planejamento municipal, estadual e federal, enfrenta dificuldades em manter a organização e hierarquia características desse sistema.

As competências dos entes federativos, que em determinados aspectos possuem limites pouco claros, é um fator agravante ao adequado funcionamento do SUS, face às decisões que determinam o cumprimento de obrigações de complexidades diversas às estabelecidas por normas infralegais.

Dessa forma, a busca pela efetividade do direito à saúde, através do poder judiciário levanta questões acerca das consequências da interferência deste na Administração Pública.

3.1 Políticas Públicas de Saúde

A política pública é o meio pelo qual a sociedade se organiza, regula e governa (PROCOPIUCK, 2013, p. 139). É um conjunto de decisões políticas e administrativas que ensejam a resolução de determinado problema que afeta coletivamente uma comunidade.

O Estado atua de forma a satisfazer as necessidades e direitos assegurados constitucionalmente, como a proteção da dignidade, da liberdade, da intimidade e de outros tantos direitos subjetivos individuais e coletivos. Assim, é necessário que haja uma prestação positiva do Estado, que o faz por meio de serviços. Esses serviços que viabilizam a prestação positiva do Estado devem ser fixados pela lei, em atenção ao princípio da legalidade (LIBERATI, 2011; SARMENTO, 2016).

Em um Estado Democrático de Direito, a decisão sobre o que é urgente e quais as prioridades de serviços a serem implementados é compartilhada com população. A democracia participativa permite que a população faça parte da “formulação de políticas e do controle das ações em todos os níveis” (LIBERATI, 2013, p. 91).

Dentre aqueles que buscam definir as políticas públicas, é possível identificar um grupo de autores oriundos da USP, representados por Maria Paula Dallari Bucci, Fábio Konder Comparato e Eros Roberto Grau, sem embargo de outros que eventualmente sigam tal posição, que trabalha com um *conceito amplo* do termo – alinhados com a definição

empregada por Thomas Dye. Para a primeira autora, por exemplo, as políticas públicas são “os programas de ação do governo, para a realização de objetivos determinados, num espaço de tempo certo”. No entender dela, embora as políticas públicas sejam categorias abstratas, que espelham a escolha de prioridades pelo governo, elas normalmente ganham forma por meio dos planos públicos [...]. Nessa linha a autora entende que “a política pública transcende os instrumentos normativos do plano ou do programa”. [...] Fábio Konder Comparato segue linha similar [...] definindo as políticas públicas como o “conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”. O autor distingue entre as políticas públicas e os atos e normas que lhe dão concretude, para afirmar que “o juízo de validade de uma política – seja ela empresarial ou governamental – não se confunde nunca com o juízo de validade das normas e dos atos que a compõem”. Assim, conclui: “determinada política governamental, em razão da finalidade por ela perseguida, pode ser julgada incompatível com os objetivos constitucionais que vinculam a ação do Estado, sem que nenhum dos atos administrativos, ou nenhuma das normas que a regem, sejam, em si mesmos, inconstitucionais”. [...] Para Eros Roberto Grau, “expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social”. Uma definição tão abrangente tem o condão de transformar, por exemplo, decisões judiciais em espécies de política pública, já que se trata de uma intervenção do Estado na vida social. Aliás, é justamente o que conclui o autor, ao dizer que “o *direito* é também, ele próprio, uma política pública” (FONTE, 2013, p.43).

No âmbito da saúde, a Lei 8.080/90 institui a participação popular como um dos princípios que regem o Sistema Único de Saúde – SUS. A Lei 8.142 do mesmo ano consolidou os espaços públicos de participação da sociedade civil na saúde.

Sobre a Lei 8.142/90:

Esta lei regulamentou a criação e funcionamento dos Conselhos de Saúde e Conferências de Saúde. Tais espaços passaram a se apresentar como relevantes oportunidades políticas para a continuidade do processo de garantia e efetivação do direito à saúde, sobretudo porque pressupõem uma *horizontalização* da relação entre o Estado e sociedade numa perspectiva política e pluralista. A participação na esfera da saúde indica que a democracia não se esgota no voto e no procedimento eleitoral, tampouco na mera representação política (ASENSI, 2013, p. 136).

Assim, as políticas públicas de saúde são um conjunto de planejamentos, programas, metas e objetivos que visam efetivar o direito constitucional à saúde. A implementação das políticas públicas de saúde é realizada pelo Estado, através da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, pelos poderes executivos e legislativos, que contam

com a participação da sociedade e do Ministério Público, enquanto defensor dos direitos sociais, no processo de elaboração.

3.2 Controle Judicial de Políticas Públicas

Denomina-se Controle Jurisdicional à apreciação judicial do ato administrativo que adquire relevância no debate jurídico especializado. Segundo Grinover, a Lei da Ação Popular abriu ao Judiciário brasileiro a apreciação do mérito do ato administrativo, ao menos nos casos dos arts. 4º, II, *b*, da Lei n. 4.717/65, elevando a lesão à condição de causa de nulidade do ato, sem necessidade de requisito da ilegalidade (GRINOVER, 2011. p. 127).

Assim, a omissão da Administração poderá ser enfrentada pelo Judiciário, em decorrência do controle que este exerce sobre os atos administrativos, não se tratando de interferência na atividade do Poder Executivo.

A Constituição, por ser a ordenação suprema do Estado e possuir a sua própria força normativa, deve encontrar em si a tutela e a garantia de seus comandos, de forma a alcançar a sua máxima efetividade. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*) (WATANABE, 2011. p. 220).

Não se trata de ativismo judicial, conforme observado por Nery Jr e Abboud, em que o ativismo é pernicioso para o Estado Democrático de Direito não podendo, portanto, diferenciar-se entre o bom e o mau ativismo. Ativismo é toda decisão judicial que se fundamenta em convicções pessoais, senso de justiça do intérprete em detrimento da legalidade vigente, legalidade aqui entendida como *legalidade do sistema jurídico* e não como mero positivismo estrito ou subsunção do fato ao texto normativo. Os autores primam pelo entendimento da questão afirmando, “No Brasil, o ativismo – entendido como o desapego à legalidade vigente a pretexto de fazer prevalecer a justiça da decisão [...]” (NERY JR; ABBLOUD, 2013. p. 528s).

A decisão proferida no Supremo Tribunal Federal em sede de Embargo de Declaração no Agravo de Instrumento 598.212 Paraná, de Relatoria do Min. Celso de Mello, afirmou que é lícito ao Poder Judiciário, em face do princípio da supremacia da Constituição, adotar, em sede jurisdicional, medidas destinadas a tornar efetiva a implementação de Políticas Públicas, se e quando se registrar situação configuradora de *inescusável omissão estatal*, que se qualifica como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica. Eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos

que nela se fundam e *impede*, por ausência (ou insuficiência) de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental (MELLO, 2015. p.3).

O ministro apontou para uma leitura mais restritiva da função judiciária do poder na efetivação dos direitos, ressaltando o papel do Judiciário como guardião da Constituição. Nas palavras do Ministro, não se cria função ao Judiciário, conforme pode ser lido:

É certo – tal como observei no exame da ADPF 45/DF que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo (MELLO, 2015. p. 13).

Por outro lado, quando se encontra óbice na efetivação dos direitos fundamentais, – sobretudo na implementação das Políticas Públicas, por força de argumento do titular da função executiva ao acionar a cláusula da reserva do possível, **cumpre advertir, desse modo [...] que a cláusula da “reserva do possível” – ressaltada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade** de exonerar-se, **dolosamente**, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, **notadamente** quando *dessa conduta governamental negativa puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação* de direitos constitucionais **impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade** (MELLO, 2015. p. 14s. *grifos do autor*).

E, por sua vez, importante enfatizar que, mesmo em termos de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal tem proferido decisões que neutralizam os efeitos nocivos, lesivos e perversos resultantes da inatividade governamental, em situações nas quais a omissão do Poder Público representa um inaceitável insulto a direitos básicos assegurados pela própria Constituição da República, mas cujo exercício está sendo inviabilizado por contumaz (e irresponsável) inércia do aparelho estatal (MELLO, 2015. p. 11).

O Relator fundamenta a relevância da função judiciária do poder no processo complexo e conflituoso de efetivação de direitos fundamentais e ressalta a prestação dos serviços pelo ente estatal, por meio de decisões judiciais, que, impõem impulso oficial às Políticas Públicas, circunscrevendo a competência da função judicial em face das demais funções do poder estatal.

Assim, resulta claro, pois, que o Poder Judiciário dispõe de competência para exercer, no caso concreto, controle de legitimidade sobre a omissão do Estado na implementação de políticas públicas cuja efetivação lhe incumbe por efeito de expressa determinação constitucional, sendo certo, ainda, que, ao assim proceder, o órgão judiciário

competente estará agindo dentro dos limites de suas atribuições institucionais, sem incidir em ofensa ao princípio da separação de poderes, tal como tem sido reconhecido, por esta Suprema Corte, em sucessivos julgamentos (RE 367.432-AgR/PR, Rel. Min. EROS GRAU, 2010; RE 543.397/PR, Rel. Min. EROS GRAU 2009; RE 556.556/PR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, 2011). E, como encerramento do entendimento ora exposto conclui, desse modo, não haver que se falar de ingerência do Poder Judiciário em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo, porquanto se revela possível ao Judiciário determinar a implementação pelo Estado de políticas públicas constitucionalmente previstas (MELLO, 2015. p.16).

Sobre o controle jurisdicional das contas públicas o STF em sede Questão de Ordem em Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 1640/1998, decidiu que “O orçamento é lei formal, mas de natureza e efeitos políticos-administrativos concretos, hipótese em que (...) descabe o controle concentrado de constitucionalidade” (CORREIA NETO, 2011. p.115).

Essa hipótese de descabimento, segundo análise de Celso Barros Correia Neto, não encerra o entendimento do Tribunal sobre a matéria orçamentária, especificamente acerca do controle abstrato de constitucionalidade (CORREIA NETO, 2011).

O autor acrescenta que o entendimento representa posicionamento tradicional da corte sobre o objeto, sendo desta forma entendido como:

atos estatais de efeitos concretos – porque despojados de qualquer coeficiente de normatividade ou de generalidade abstrata – não são passíveis de fiscalização, em tese, quanto à sua legitimidade constitucional (CORREIA NETO, 2011. p. 115s).

Chama a atenção para uma abertura de exceção ao entendimento tradicional da Corte sobre o controle de constitucionalidade em matéria orçamentária presente na Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 2.925 de 2003. Em tal ação, o STF julgou “adequado o controle de constitucionalidade quando a lei orçamentária revela contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia concreta” (CORREIA NETO, 2011. p. 118).

Tal entendimento abriu a possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade das normas orçamentárias. No dizer de Correia Neto,

A análise do julgamento da Adin 4.048 envolve dois aspectos importantes. Um deles relacionados à recorrente questão do cabimento do controle abstrato em relação às normas orçamentárias; outro, à possibilidade de o STF examinar os pressupostos de abertura de crédito extraordinário. Em comum numa e noutra análise, os limites da jurisdição em face das chamadas “questões políticas”, isto é, questões que, por envolverem juízo de discricionariedade político-administrativa, estariam excluídas da apreciação judicial (CORREIA NETO, 2011. p. 119).

Segundo ainda Correia Neto, no julgado da Medida Cautelar em Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4.048 de 2008 de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes ficou proclamado que o Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto (CORREIA NETO, 2011).

Um protagonismo judicial transformou consideravelmente o desenho institucional do Poder estatal. Essa questão foi considerada de forma magistral por Alexis de Tocqueville, a saber:

A organização judiciária dos Estados Unidos é a instituição que um estrangeiro tem a maior dificuldade em compreender. Ele ouve a autoridade do juiz ser invocada nas ocorrências políticas de cada dia e conclui que, nos Estados Unidos, os juízes são importantes funcionários públicos: não obstante, ao examinar a natureza dos tribunais, estes não oferecem à primeira vista nada que seja contrário aos hábitos e privilégios desses corpos; e os magistrados parecem-lhe interferir apenas, por acaso, nos negócios públicos, mas um caso que volta todos os dias (...). (TOCQUEVILLE, 1969. p. 87).

Assim, verifica-se a proliferação de casos da prestação de atendimento à saúde (O Judiciário tem permitido através da judicialização do direito à saúde atuar no sentido de concretizar a Constituição Federal). Sobre tal aspecto, cabe observar que

O STF tem defendido a tese de que cabe nas competências do Poder Judiciário evitar que as omissões do poder político (nomeadamente do Executivo) façam perecer os direitos fundamentais previstos na Constituição, assumindo que, ‘quando a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impõe-se ao Judiciário torna-lo realidade, ainda que para isso resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária’ (NUNES; SCAFF, 2011. 27).

A questão social, nesse sentido, poderá ser observada em face da prestação jurisdicional como forma de superação das desigualdades em virtude das dificuldades de acesso à prestação e efetivação dos direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A saúde representa a preservação da integridade física, mental e social. Logo, pode ser vista como o completo equilíbrio entre as inúmeras circunstâncias às quais o indivíduo está sujeito, biológicas ou não, mas que são capazes de alterar o funcionamento adequado do seu corpo, comprometendo seu bem-estar.

A efetivação do direito fundamental à saúde tem encontrado óbice sobretudo na implementação das políticas públicas, por força de argumentos dos titulares da função executiva ao acionar a cláusula da *reserva do possível*. Conforme observado anteriormente por força da decisão judicial do Min. Marco Aurélio, a cláusula da “*reserva do possível*” não pode ser invocada, *pelo Estado*, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando *dessa conduta governamental negativa* puder resultar nulificação ou, *até mesmo*, aniquilação de direitos constitucionais impregnados *de um sentido de essencial fundamentalidade*.

E, por sua vez, importante enfatizar que, mesmo em termos de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal tem proferido decisões que neutralizam os efeitos nocivos, lesivos e perversos resultantes da inatividade governamental, em situações nas quais a omissão do Poder Público representa um inaceitável insulto a direitos básicos assegurados pela própria Constituição da República, mas cujo exercício está sendo inviabilizado por contumaz (e irresponsável) inércia do aparelho estatal.

A utilização de mecanismos tipicamente judiciais para atuação interpretativa do texto legal (análise de constitucionalidade e legalidade; utilização de silogismos jurídicos, emprego de raciocínio de licitude/ilicitude, entre outros) compreende tema de extrema relevância na compreensão da função judicial no processo de efetivação de direitos.

Conclui-se que, o equilíbrio institucional do modelo é bem complexo, pelo que cumpre perceber-se as imperfeições numa perspectiva conceitual como um dado. Aparentemente, o sistema deve funcionar, no entanto, no caso concreto, as relações são repletas de contradições tanto no plano das concepções como no plano dos procedimentos.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando Mussa Abujamra. **Teoria Geral do Direito Sanitário Brasileiro**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006. (Tese de doutorado – Saúde Pública).

ACKERMAN, Bruce. Constitutional politics / Constitutional law. **The Yale Law Journal**. Volume 99, Number 3, December, 1989.

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Law Review**. Volume 113. Number 3, January, 2000.

ARRETCHE, Marta. **Estado federativo e políticas sociais**: determinantes de descentralização. Rio de Janeiro: Revan; São Paulo: FAPESP, 2000.

ARRETCHE, Marta. **Federalism, bicameralism, and institutional change: general trends and one case-study.** University of São Paulo: Brazilian Political Science Review. Disponível em: <http://www.bpsr.org.br/index.php/bpsr/article/view/99> Acessado em 21 de julho de 2014.

ASENSI, Felipe Dutra. **Direito à saúde: práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação.** Curitiba: Juruá, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial.** Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2009 (mimeo).

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Brasília, 2019a.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em 26 de abril de 2019b.

BRASIL. **Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm>. Acesso em 26 de abril de 2019b.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **A Constituição e o Supremo.** 4ª ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011.

BRESSER-PEREIRA, L. C. **Pactos Políticos: do populismo à redemocratização.** São Paulo: Brasiliense, 1985.

CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury (coord.). **Orçamentos públicos e direito financeiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CORDEIRO, Hésio. Sistema Único de Saúde. **PHYSIS: Revista Saúde Coletiva.** Rio de Janeiro, v. 14(2), p. 243-362, 2004.

CORREIA NETO, Celso de Barros. O orçamento público e o Supremo Tribunal Federal. In.: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (coords.). **Orçamento público e direito financeiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DALLARI, Dalmo. Implicações do Pacto Federativo. IN.: RAMOS, Dirceo Torrecillas (Coord.) **O Federalista Atual: teoria do federalismo.** Belo Horizonte: Arraes, 2013. p.591.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas no estado democrático de direito.** São Paulo: Saraiva, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord). **O controle jurisdicional de políticas públicas.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LAFER, Celso. **O sistema político brasileiro**. São Paulo: Perspectiva, 1978.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Políticas públicas no Estado Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

MELLO, Celso de. **Embargo de Declaração no Agravo de Instrumento 598.212 Paraná**, de Relatoria do Min. Celso de Mello, julgado em 25 de março de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5698082>. Acessado em 07 de fevereiro de 2015.

NERY JR; Nelson; ABOUD, Georges. Ativismo judicial como conceito natimorto para a consolidação do estado democrático de direito: as razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de alguém. In.: DIDIER JR, Fredie (et. ali). **Ativismo judicial e garantismo processual**. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

PROCOPIUCK, Mario. **Políticas Públicas e Fundamentos da Administração Pública: análise e avaliação, governança e redes políticas, administração judiciária**. São Paulo: Atlas, 2013.

REGIS, Andre. **O novo federalismo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologias**. Belo Horizonte: Forum, 2016.

SÃO PAULO. GOVERNO DO ESTADO. **A batalha da descentralização e participação no Governo Montoro**. São Paulo: PW, 1987.

SILVA, Leny Pereira da. **Direito à Saúde e o Princípio da Reserva do Possível**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2009. (Monografia de Especialização em Direito Público).

SOUSA, Salviana Maria Pastor Santos. **A reforma sanitária no Maranhão: mudanças e conservação no processo de organização e gerenciamento dos serviços de saúde**. [Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da Universidade Federal do Maranhão] São Luís, 1996.

TOCQUEVILLE, Alexis Charles Henri Maurice de. O poder judicial nos Estados Unidos, e sua influência na sociedade política. In.: **Democracia na América**. São Paulo: Editora Nacional, 1969.