

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

ACESSO À JUSTIÇA I

JUVÊNIO BORGES SILVA

TEREZA CRISTINA SORICE BARACHO THIBAU

EDINILSON DONISETE MACHADO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

A174

Acesso à justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Juvêncio Borges Silva, Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau, Edinilson Donisete Machado – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-075-6

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

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Justiça. 3. Direito processual. 4. Direitos humanos. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

ACESSO À JUSTIÇA I

Apresentação

ACESSO À JUSTIÇA I

O acesso à justiça, para além do acesso ao judiciário, demanda a invocação de diversificadas frentes de atuação, tanto judiciais quanto extrajudiciais.

A legislação brasileira vem sendo atualizada e revisada com o propósito de acompanhamento do dinamismo e complexidades das relações sociais e dos novos modelos de configuração dos conflitos postos.

A cultura do litígio tem sido, e precisa mesmo ser, substituída pela cultura da conformação dos interesses. Conformação compreendida não no sentido de resignação, mas sim de conformidade e harmonização. Essa experiência da conformação poderá ser implementada por meio de técnicas extrajudiciais de solução de conflitos, tais como: mediação, arbitragem, negociação, etc. Todas elas refletem soluções baseadas na racionalidade, levando à emancipação dos sujeitos de direito que se empoderam de sua capacidade de construir e cumprir acordos pensados em conjunto, evitando o excesso de judicialização dos conflitos, e consequentemente, do endêmico emperramento do Poder Judiciário.

Aprender a lidar com a cultura da conformação e negociação dos conflitos é tarefa que deve iniciar-se cedo na vida das pessoas. Os professores, de um modo geral, têm um fértil campo de atuação neste sentido. Desde a escola infantil até os bancos das universidades, esse ensinamento poderá ser passado e treinado, só assim poderemos cultivar a paz nas relações sociais. De outra forma os conflitos sociais se tornarão cada vez mais complexos e demorada sua solução.

Tanto a morosidade do Judiciário na solução dos conflitos a ele denunciados, quanto a falta de políticas públicas adequadas ao atendimento das necessidades sociais, bem como a cultura do litígio encrustada no inconsciente da sociedade, constituem sérios entraves à realização do acesso à justiça social.

Lado outro não se pode negar a estreita ligação, via de regra falida, entre a concessão satisfatória dos direitos judicialmente reconhecidos e a real possibilidade de sua realização e

asseguramento aos jurisdicionados. Assim é que se vê se fazerem claros os entraves políticos e econômicos à solução dos conflitos sociais, tornando, em diversas circunstâncias, as decisões judiciais inócuas e/ ou inexecutáveis.

Áreas que compõem os direitos sociais constitucionais, tais como a saúde, o meio ambiente, o direito previdenciário, criança e adolescente, etc, necessitam de investimento e planejamento prévios de todos os Poderes do Estado para serem garantidos com um mínimo de segurança. Desta forma o acesso à ordem jurídica justa poderá ser alcançada e mantida, diminuindo-se, finalmente, a perniciosa tensão entre a Política e o Judiciário, garantindo-se, desta forma, o cumprimento do prometido Estado Democrático de Direito anunciado e prometido na Constituição da República de 1988.

Neste sentido, os capítulos a seguir, com seus correspondentes autores, emprestam significativa contribuição ao debate sobre o acesso à justiça, sendo possível observar as seguintes temáticas:

1ª - Acesso à justiça e teoria discursiva do direito, acesso à justiça e justiça restaurativa, e acesso à justiça e Estado Democrático de Direito. Discute-se neste eixo temático o acesso à justiça sob a ótica da teoria da ação comunicativa de Habermas, focando o direito como busca do consenso, procurando superar os tecnicismos e burocracias da razão instrumental e o resgate da razão pela via da comunicação, com o fito de construir um direito pautado pela efetiva participação social. Em perspectiva semelhante trata o capítulo que aborda a Justiça Restaurativa, a partir de análise do Projeto de Lei 7006/2006 que propõe alterações no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, e da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais. O objetivo é proporcionar às partes envolvidas autonomia e efetiva participação, contando com a participação ampla da rede social para o alcance do seu desiderato, como forma de contribuir para o acesso à justiça. Num terceiro momento abordar-se a relação entre acesso à justiça e Estado Democrático de Direito, considerando posicionamentos do Poder Judiciário, partindo-se de um caso concreto envolvendo a coleta de lixo no município de Cambuquira-MG e a decisão do Tribunal determinando sua realização três vezes por semana, e destacando a participação social neste processo envolvendo a comunidade e o meio-ambiente.

2ª - Acesso à justiça e morosidade judicial, acesso à justiça e razoável duração do processo. Discute-se neste eixo temático os problemas da morosidade judicial na Justiça Brasileira, o congestionamento de processos, o não cumprimento do princípio da razoável duração do processo e os graves prejuízos que tal ocasiona à prestação da justiça.

3ª - Acesso à justiça e judicialização dos direitos sociais, judicialização das políticas públicas e ativismo judicial. Discute-se neste eixo o fenômeno da judicialização das políticas públicas, a relação entre o político e o jurídico na efetivação de direitos sociais fundamentais, a atuação dos tribunais e sua legitimidade em face de decisões que tem repercussão no poder político, mormente na Administração Pública, tendo em vista que o administrador público tem um orçamento previamente votado e aprovado. Aborda-se o conflito entre o princípio da "reserva do possível" e do "mínimo existencial", destacando as decisões dos tribunais nesta matéria.

4ª - Acesso à justiça e métodos alternativos de resolução de conflitos. Discute-se neste eixo temático os meios alternativos de resolução de conflitos, como mediação e conciliação, a inserção destes institutos no Novo Código de Processo Civil, e a contribuição dos meios alternativos de resolução de conflitos para a ampliação do acesso à justiça, rompendo com o paradigma do contencioso, e buscando mostrar que é possível acessar e realizar justiça sem que seja necessariamente pela vida dos tribunais.

Esperamos que todas as discussões aqui tratadas possam contribuir para ampliar a compreensão do acesso à justiça e efetivação dos direitos fundamentais sociais.

JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE: A RELAÇÃO TENSIONAL ENTRE O POLÍTICO E O JURÍDICO NO ACESSO À JUSTIÇA E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

JUDICIALIZATION OF PUBLIC HEALTH POLICIES: THE TENSION RELATIONSHIP BETWEEN THE POLITICAL AND LEGAL ACCESS TO JUSTICE AND EFFECTIVE OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF SOCIAL HEALTH CARE

**Juvêncio Borges Silva
Ricardo Dos Reis Silveira**

Resumo

A Constituição Federal de 1988 dispôs em seu artigo 6º ser a saúde um direito fundamental social, e dispôs em seu artigo 196 que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. E para a viabilização deste objetivo criou o Sistema Único de Saúde (art. 198 C. F.) a ser implementado conjuntamente pela União, Estados e Municípios. Ao fazê-lo o Estado assumiu para si o dever prestacional dos serviços de saúde, ao mesmo tempo em que definiu ser a saúde direito de todos, a ser efetivado mediante políticas públicas adequadas. Ocorre que na realidade fática muitas pessoas ao buscar a prestação de serviços públicos de saúde se vêem frustradas, não sendo devidamente atendidas, e experimentando uma condição de extrema vulnerabilidade, principalmente pessoas que não dispõem de recursos financeiros para recorrer a serviços privados de saúde. É quando muitas destas pessoas recorrem ao Poder Judiciário requerendo que seu direito à saúde, consignado na Constituição Federal, seja garantido e realizado, sendo que as decisões dos tribunais no sentido de garantir estes direitos tem sido nominados de judicialização das políticas públicas, e gerando uma relação tensional entre a esfera política e jurídica. É o que o presente artigo busca analisar enfocando a importância da atuação dos tribunais visando assegurar direitos fundamentais sociais constitucionais de assistência à saúde e torná-los efetivos, e desta forma, mitigando as condições de vulnerabilidade por parte dos que acorrem aos tribunais na esperança de se verem amparados.

Palavras-chave: Judicialização, Políticas públicas de saúde, Vulnerabilidade social, Acesso à justiça, Direitos fundamentais sociais

Abstract/Resumen/Résumé

The 1988 Federal Constitution provided in its article 6 as health is a fundamental social right, and provided in its article 196 that health is everyone's right and duty of the state, guaranteed through social and economic policies aimed at reducing disease risk and other hazards and at

the universal and equal access to actions and services for its promotion, protection and recovery. And for the viability of this goal we created the Unified Health System (art. 198 CF) to be implemented jointly by the Union, states and municipalities. In doing so the state took upon himself the duty prestacional the duty of health services at the same time it is defined right to health for all, to be fulfilled by appropriate public policies. It happens that in objective reality many people to seek the provision of public health services find themselves frustrated, not being properly met, and experiencing a condition of extreme vulnerability, especially people who do not have the financial resources to resort to private health services. That's when many of these people turn to the courts requesting that their right to health, enshrined in the Federal Constitution, is guaranteed and held, and the decisions of the courts to ensure these rights has been nominated for legalization of public policies, and generating a relationship tension between the political and legal sphere. That's what this paper analyzes focusing on the importance of the performance of the courts ensure constitutional and fundamental social rights of health care and make them effective, and thus, mitigating the part by conditions of vulnerability of those who flock to the courts hoping to see supported.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legalization, Public health policies, Social vulnerability, Access to justice, Fundamental social rights

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 albergou em seu texto a instituição de um Sistema Único de Saúde, bem como consignou ser a saúde direito de todos, direito voltado para toda a coletividade. Ao fazê-lo o Estado avocou para si o dever da prestação da assistência à saúde a todos indistintamente.

O texto constitucional não constitui mera expectativa de direito, mas direito substantivo, voltado neste caso, para a garantia e realização de um valor exponencial que é o valor vida, bem como outro valor que é o valor dignidade da pessoa humana, constituído pelo legislador constituinte como fundamento do Estado brasileiro. Logo, deve ser levada em conta a “força normativa da Constituição”, que é “a prerrogativa que ostentam as normas constitucionais de serem obedecidas pelos entes estatais e pela sociedade de forma geral” (AGRA, 2012, p. 37).

A instituição de um Sistema Único de Saúde visa proporcionar a todos o acesso à assistência à saúde, mormente às pessoas que se encontram em condição de vulnerabilidade social, sendo as que mais necessitam da prestação da assistência à saúde por parte do Estado, sob pena de ficarem expostas a riscos de agravamento de seu estado já debilitado, vindo inclusive a óbito, além de serem privadas durante este processo das condições de uma vida digna, de um tratamento digno.

A instituição de um Sistema Único de Saúde por parte do legislador constituinte consiste em uma política pública de Estado, tendo em vista que deve ser implementada em todo o território nacional, não podendo sofrer solução de continuidade em face da alternância de poder na esfera do Poder Executivo, seja ele federal, estadual ou municipal. E este sistema deve atuar de forma eficaz na realização dos objetivos teleológicos que determinaram sua criação, exigindo para tanto da Administração Pública federal, estadual e municipal uma atuação conjunta, através de políticas públicas eficazes, nos termos da Constituição Federal (arts. 196-200).

Ocorre que as situações de precariedade do serviço público de saúde no Brasil é uma realidade em vários municípios e regiões, e é retratada de forma reiterada pelos meios

de comunicação e trabalhos científicos, o que coloca as pessoas socialmente vulneráveis em uma situação de risco e mesmo de indignidade.

Tais condições de precariedade, por conta da ausência de uma política pública de saúde eficaz, acaba por gerar uma relação tensional entre o político (Administração Pública) e o jurídico (tribunais), mormente quando os tribunais são provocados através da impetração de medidas judiciais cabíveis visando obrigar a Administração Pública à efetivação dos direitos de saúde consignados na Constituição Federal, vindo a ocorrer o fenômeno que passou a ser denominado de “judicialização das políticas públicas”.

O presente artigo tem como objetivo analisar esta relação tensional entre a vulnerabilidade social, ausência de uma política pública de saúde eficaz e a validade normativa da Constituição no que tange aos direitos sociais à saúde e o dever do Estado de prestá-la, procurando considerar as possibilidades e os limites de atuação do Poder Judiciário em face da não prestação da assistência à saúde por parte da Administração Pública no Brasil, tensão esta exposta com clarividência pelo Ministro Gilmar Mendes na STA 175 – AgR/CE:

O fato é que o denominado problema da “judicialização do direito à saúde” ganhou tamanha importância teórica e prática, que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se vêem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias. (Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiario/stf/anexo/sta175.pdf>. Acesso em 15.08.2015).

O artigo adota a metodologia analítico-dedutiva, recorrendo os pesquisadores a livros e revistas científicas que versam sobre a matéria em comento, a publicações da internet e jurisprudências.

A pesquisa e elaboração do artigo se orientaram pelo referencial teórico do pensamento de Jürgen Habermas, que tem como fio condutor a teoria da ação comunicativa, valendo-se principalmente de seus textos “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, nos quais analisa a relação entre direito e política.

O artigo busca primeiramente tratar da constitucionalização do direito à saúde e criação do Sistema Único de Saúde, em seguida discorre sobre a descentralização deste sistema, logo mais da discricionariedade por parte da administração pública e em contrapartida de sua obrigação de prestar os serviços de saúde, para por fim considerar as tensões decorrentes da relação do político com o jurídico na concreção dos direitos à saúde.

2. A constitucionalização do direito à saúde e criação do Sistema Único de Saúde (SUS)

Foi na esteira das mudanças operadas no pensamento ao longo do século vinte, mormente no que tange à inflexão do direito liberal para o direito social, dando o Estado absentéista lugar ao Estado prestacionista, que ocorreu o advento dos direitos sociais, e dentre eles, do direito à saúde. Neste sentido observamos a análise de Bobbio (1992, p. 32).

Como todos sabem, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade *em relação ao* Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não-impedimento, mas positivamente, como autonomia – tiveram como conseqüência a participação cada vez mais ampla, generalizada e freqüente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade *no* Estado); finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores –, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade *através* ou *por meio* do Estado.

A Constituição Federal de 1988 proclama a visão teleológica do Estado brasileiro ao consignar no artigo 3º que cabe ao Estado brasileiro atuar no sentido de diminuir as desigualdades sociais, reduzir a pobreza e construir uma sociedade livre, justa e solidária. A Constituição expõe de forma peremptória os contornos de um Estado prestacionista, que deve estar comprometido na realização de políticas públicas voltadas à consecução destes objetivos, sendo que no que se refere à saúde, o legislador constituinte no título VIII, capítulo II, seção II, da ordem social e da seguridade social, inseriu uma seção para tratar exclusivamente da saúde, instituindo por força normativa da Constituição uma política pública de Estado voltada para a saúde que tem como eixo gravitacional o Sistema Único de Saúde, sendo que tal foi instituído com vistas à consecução do direito fundamental social

à saúde consignado no artigo 6º da Constituição Federal, fazendo parte, portanto, dos assim denominados direitos de segunda dimensão ou geração. É o que afirma Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2013, p. 590)

Consagrado no artigo 6º de nossa Constituição, é no art. 196 e ss. que o direito à saúde encontrou sua maior concretização em nível normativo-constitucional, para além de uma significativa e abrangente regulamentação normativa na esfera infraconstitucional, com destaque para as leis que dispõem sobre a organização e os benefícios do SUS e o fornecimento de medicamentos. Mesmo assim, basta uma leitura superficial dos dispositivos pertinentes (arts. 196 a 200) para que se perceba que nos encontramos em verdade, no que diz com a forma de positivação, tanto em face de uma norma definidora de direito (direito à saúde como direito subjetivo, de todos, portanto de titularidade universal), quanto diante de normas de cunho impositivo de deveres e tarefas, pois o art. 196 enuncia que a saúde é direito de todos e dever do Estado, além de impor aos poderes públicos uma série de tarefas nesta seara (como a de promover políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, além de estabelecer o acesso universal e igualitário às ações e prestações nesta esfera). Num segundo momento, a Constituição remete a regulamentação das ações e serviços de saúde ao legislador (art. 197), além de criar e fixar as diretrizes do sistema único de saúde (art. 198), oportunizando a participação (em nível complementar) da iniciativa privada na prestação da assistência à saúde (art. 199), bem como estabelecendo, em caráter exemplificativo, as atribuições (nos termos da lei) que competem ao sistema único de saúde (art. 200).

O legislador constituinte, ao disciplinar estes direitos, buscou trazer para dentro do ordenamento jurídico brasileiro direitos já previstos há algum tempo na ordem internacional através do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 19 de dezembro de 1966, e ratificado no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 226 de 12 de dezembro de 1991, e que prevê em seu artigo 11/1 o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si e sua família. Nesta perspectiva o direito constitucional pátrio caminhou na esteira da agenda de direito internacional de direitos humanos.

Necessário se faz consignar que os direitos sociais, como no caso do direito à saúde, são também direitos fundamentais, estando assim submetidos ao mesmo regime jurídico destes, como, por exemplo, a aplicabilidade imediata decorrente do artigo 5º, § 1º da CF/88, a vedação ao retrocesso social, a proteção contra o poder de reforma constituinte e contra restrições por parte do Administrador Público e, ainda, sua máxima eficácia e aplicabilidade.

Destarte, o direito ao acesso a saúde está previsto nos artigos 196 a 200 da Constituição Federal Brasileira, bem como na legislação infraconstitucional superveniente,

sendo que a Lei 8080/90, dentre todas que versam sobre a saúde é a mais relevante, pois regulamenta especificamente as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, além da organização e do funcionamento dos serviços que lhe são afetos e define em seu artigo 4º o que seja o SUS: “O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS)”.

O Sistema Único de Saúde (SUS) surge em razão de propostas e debates para uma “Reforma Sanitária”, as quais foram apresentadas e defendidas por movimentos sociais na Assembleia Nacional Constituinte, uma vez que o sistema de saúde vigente era não dava conta de equacionar e dirimir problemas tais como sanitários, baixa cobertura assistencial, inúmeras doenças e falta de transparência dos gastos públicos.

(...) foram vários os que se manifestaram expressamente pela instituição de um novo sistema de saúde pública no Brasil. Defendia-se que ele deveria ser unificado, universal, equânime, descentralizado, participativo, direcionado ao atendimento integral e, prioritariamente, mas não exclusivamente, voltado para a prevenção de doenças. (DUARTE, 2012, p. 340-341).

Após amplo debate o legislador constituinte por fim decidiu pela garantia do direito universal e integral de acesso à saúde parametrizados por quatro princípios base que regem o sistema de saúde: (a) universalização do acesso às ações e serviços de saúde (art. 196, *caput*); (b) descentralização com direção única do sistema (art. 198, I); (c) integralidade da atenção (art. 198, II); (d) e participação popular (art.198, III).

Desta forma, pretendeu o legislador constituinte que o acesso aos serviços de saúde ocorra por meio de uma rede hierarquizada, que deve proporcionar aos indivíduos todas as condições necessárias para um atendimento de forma regionalizada, possibilitando e garantindo que o gestor de cada região possa levar em consideração as características geográficas, o perfil epidemiológico, o fluxo da demanda, a oferta de serviços e as necessidades dos usuários desse serviço público essencial.

É certo que a implementação fática e concreta do texto constitucional em matéria de saúde exige a implementação de políticas públicas eficazes por parte da Administração Pública, o que não ocorrendo, abre a possibilidade a qualquer cidadão de recorrer ao Poder

Judiciário para que este determine a efetivação do respectivo direito, obrigando à Administração Pública a sua concreta realização.

3. Descentralização administrativa do sistema único de saúde

É previsto no artigo 198, inciso I da CF/88 que as ações e serviços públicos de saúde ocorrerão de forma *descentralizada*, e a Lei 8080/90, em seu artigo 7º, inciso IX, estabelece que essa descentralização deve orientar-se pelos seguintes critérios: 1) na ênfase na descentralização dos serviços para os municípios; 2) na regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde. Tais critérios visam à redução da complexidade no que se refere à saúde.

A descentralização consiste em “a transferência de atribuições em maior ou menor número dos órgãos centrais para os órgãos locais ou para pessoas físicas ou jurídicas.” (CRETELLA JÚNIOR, 1993, p. 4.346).

Há que se observar que a descentralização não descaracteriza a unicidade do sistema, tendo em vista que o sistema é um só, imposto a todos os entes federativos, e definido no art. 4º da Lei 8.080/90 como “o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”.

Há também que se observar que o artigo 23, inciso II da Constituição Federal atribui competência comum à União, Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para cuidar da saúde e da assistência pública.

Não obstante recaiam sobre os Municípios os maiores ônus na efetivação do direito fundamental à saúde, mesmo porque nos seus limites é que vivem os sujeitos de direitos, há concorrência solidária de todos os entes políticos para a sua plena efetivação, sendo que a C.F. em seu artigo 30, inciso VII, prevê que ao município compete “prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviço de atendimento à saúde da população”, sendo que a própria CF/88 prevê os recursos financeiros mínimos a serem aplicados por cada ente político nos serviços e ações públicas de saúde (artigo 198, § 2º).

Os serviços de saúde são organizados contemplando o atendimento básico preventivo e repressivo, os quais são comuns a todos os municípios, sendo que a assistência médico-hospitalar mais complexa é prestada em municípios maiores e com melhores condições de atendimento.

A descentralização objetiva a prestação do serviço público de saúde aos seus destinatários nas localidades em que vivem, ou seja, em seus próprios municípios, evitando-se deslocamentos territoriais desnecessários, mormente levando em conta o tamanho do território brasileiro. Assim, o atendimento prioritário deve ser dado pelo Município, com aplicação supletiva dos Estados e subsidiária da União. Entretanto, um número elevado de municípios não possui recursos financeiros suficientes para a efetivação de todos os direitos sociais elencados na CF/88, o que tem sido noticiado de forma reiterada nos meios de comunicação e analisado em trabalhos acadêmicos. É o que se depreende de pesquisa divulgada no mês de agosto de 2014.

Um estudo divulgado pelo Conselho Federal de Medicina (CFM) nesta terça-feira mostra que 93% dos eleitores brasileiros consideram o serviço de saúde do país, tanto público quanto privado, como péssimo, ruim ou regular. Entre os usuários do Sistema Único de Saúde (SUS), a taxa de insatisfação é de 87%.

A pesquisa foi feita em junho pelo instituto Datafolha a pedido do CFM. Ao todo, foram entrevistadas 2.418 pessoas maiores de 16 anos e moradoras de regiões de todo o país.

Segundo o levantamento, 92% dos brasileiros buscaram atendimento no SUS nos últimos dois anos, sendo que 89% conseguiram ser atendidos. Mesmo assim, mais da metade desses entrevistados considera que conseguir um serviço na rede pública de saúde é difícil ou muito difícil, principalmente no caso de cirurgias e procedimentos específicos, como hemodiálise e quimioterapia. (Disponível em <http://veja.abril.com.br/noticia/saude/93-dos-brasileiros-estao-insatisfeitos-com-sistema-de-saude/>. Acesso em 05/08/2015).

As políticas públicas de saúde são de alta relevância no Estado brasileiro, tendo em vista que muitos brasileiros vivem em condição de vulnerabilidade social, sendo que uma pequena parcela da população dispõe de recursos para manter algum tipo de assistência médica privada, que também tem se mostrado insatisfatória. É o que se depreende dos dados a seguir fornecidos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Beneficiários de planos privados de saúde, por cobertura assistencial (Brasil - 2005-2013)

ANO	BENEFICIÁRIOS EM PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA MÉDICA COM ODONTOLOGIA (1ª COLUNA) OU SEM ODONTOLOGIA (2ª COLUNA).	
DEZ/2005	35.441.349	6.204.404
DEZ/2006	37.248.388	7.349.643
DEZ/2007	39.316.313	9.164.386
DEZ/2008	41.446.310	11.044.191
DEZ/2009	42.556.797	13.253.679
DEZ/2010	44.997.412	14.476.813
DEZ/2011	46.299.636	16.904.963
DEZ/2012	47.896.324	18.938.304
SET/2013	49.032.912	19.531.839

Fonte: Sistema de Informações de Beneficiários/ANS/MS - 09/2013. Disponível em <http://www.ans.gov.br/materiais-para-pesquisas/perfil-do-setor/dados-gerais>. Acesso em 30.03.2015.

Estimando que no Brasil há aproximadamente 200 milhões de habitantes no, conclui-se que apenas ¼ da população desfruta da prestação privada de saúde, o que torna o serviço público de saúde totalmente necessário e importante.

Observa-se do quadro acima, por sua vez, que de dezembro de 2005 a setembro de 2013 houve um crescente aumento na procura por planos de saúde privados, certamente em razão da precarização dos serviços públicos de saúde.

Este quadro, que expressa a dependência de serviços de saúde públicos pela maior parte da população brasileira, sendo que desta maior parte um número significativo é de pessoas que se encontram em condição de vulnerabilidade social, torna a atuação dos tribunais uma necessidade quando a Administração Pública se revela incapaz de prestar a assistência devida à saúde aos cidadãos, tornando legítimo que os mesmos recorram ao Poder Judiciário, e tornando também legítima a atuação deste no sentido de assegurar direitos e fazer com que sejam efetivados.

Dados referentes a junho de 2015 publicados pela ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar) apontam os seguintes dados referentes a beneficiários em planos de saúde privados de assistência médica e sem odontologia.

Tipo de contratação	Assistência médica	Exclusivamente odontológico
Individual ou familiar	9.811.895	3.731.082
Coletivo empresarial	33.609.770	15.843.945
Coletivo por adesão	6.771.442	1.877.731
Coletivo não identificado	8.759	4.762
Não identificado	315.126	68.947
Total	50.516.992	21.526.467

É importante também considerar o tipo de contratação, do que se pode verificar que apenas 0,5% da população tem condições de contratar um plano individual ou familiar, sendo os demais coletivos e em grande parte decorrentes de relação empresarial.

Assim, do total de planos de saúde contratados 66,5% é empresarial, 19,4% é individual ou familiar, 13,4 coletivo por adesão,

Estes dados nos possibilitam verificar que tem havido uma procura significativa por planos de saúde privados, sendo que este aumento decorre, dentre outros fatores, da precarização dos serviços de saúde pública no Brasil e devido à possibilidade de contratação coletiva empresarial, o que possibilita um melhor custo por parte do beneficiário do plano de saúde, sendo que o pagamento já é realizado com desconto em sua folha de pagamento.

Não obstante esta possibilidade decorrente da relação empregatícia e empresarial, o número de pessoas com serviço privado de saúde é de ¼ da população brasileira.

Há que se registrar também que tem ocorrido uma piora na prestação deste de serviços suplementares de saúde, sendo que tanto os consumidores quanto os profissionais da saúde manifestam descontentamento, estes por conta dos baixos valores pagos por consultas e procedimentos, aqueles pela demora em marcar consulta, pela demora ao esperar para ser atendido, além de dificuldades para realização de alguns exames. (Disponível em <http://www.hojeemdia.com.br/noticias/usuarios-sofrem-com-servicos-prestados-por-planos-de-saude-1.117768>. Acesso em 10.08.2015).

Não obstante a descentralização do SUS com vistas a uma melhor prestação de assistência à saúde, levando em conta as prioridades e situações regionais, priorizando num primeiro momento a atuação dos municípios, o fato é que este serviço tem sido deficitário, ocasionando uma situação de indignidade para os cidadãos que procuram o SUS para serem atendidos e não raro se vêem frustrados em suas expectativas, mormente quando se encontram em uma situação de vulnerabilidade social.

Segundo Alves (1994), a vulnerabilidade designa, em sua origem, grupos ou indivíduos fragilizados, jurídica ou politicamente na promoção, proteção ou garantia de seus direitos de cidadania.

São pessoas que se vêem desprotegidas, desamparadas, desprovidas de um poder de ação com vistas à resolução de situações fáticas que se afiguram problemáticas, por se sentirem sem os recursos de natureza jurídica e política, totalmente desprovidas de empoderamento para o enfrentamento de situações que exijam deles alguma iniciativa.

Esta situação se agrava enormemente quando a pessoa se sente fragilizada na sua saúde, precisando de cuidados médicos e hospitalares, precisando de uma medicação, e não encontrando por parte do serviço público de saúde o atendimento que necessitava e ao qual fazia jus na qualidade de cidadão e de pessoa humana.

A seguir os dados da ANS (junho/2015) segundo a faixa etária dos contratantes de planos de saúde. (Disponível em <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/numeros-do-setor/2957-ans-disponibiliza-dados-atualizados-do-setor>. Acesso em 15.08.2015).

Faixa etária	Jun/15	Mar/15
TOTAL	50.516.992	50.515.712
Até 9 anos	6.908.793	6.900.849
10 a 19 anos	5.966.442	5.975.490
20 a 29 anos	8.758.126	8.818.306
30 a 39 anos	10.268.724	10.244.891
40 a 49 anos	7.117.245	7.129.301
50 a 59 anos	5.447.700	5.440.656
60 a 69 anos	3.232.598	3.209.910
70 a 79 anos	1.769.787	1.762.122
80 anos ou mais	1.045.644	1.032.186
Inconsistente	1.933	2.001

Dos dados acima constata-se que quanto maior a idade menor o número de contratações de planos de saúde. Assim, o maior número de contratações se encontra entre as pessoas de 30 a 39 anos, numa fase da vida altamente produtiva, mas vai caindo à medida em que a idade vai aumentando. Ou seja, na velhice, quando a pessoa provavelmente mais precisará de serviços de saúde, ela não estará em condições de manter

um plano de saúde, pois este aumenta significativamente à medida que a pessoa vai envelhecendo.

Assim, no momento de maior vulnerabilidade, a pessoa que tinha antes um plano de saúde privado terá que se valer dos serviços de saúde pública, sendo que acima dos 70 anos menos de 1% da população brasileira tem planos de saúde privados ou suplementares, e a partir dos 60 anos apenas 1.6% da população brasileira tem acesso a planos de saúde privados ou suplementares.

Esta realidade, associada às inúmeras situações de vulnerabilidade social, exige que os serviços públicos de saúde funcionem adequadamente no Brasil, tendo ampla eficiência, considerando que a partir dos 50 anos de idade pelo menos 94% da população brasileira precisará dos serviços públicos de saúde, a partir dos 60 anos de idade pelo menos 96% da população brasileira precisará dos serviços públicos de saúde, e a partir dos 70 anos de idade 99% da população brasileira precisará dos serviços públicos de saúde, segundo os dados acima da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

4. Discricionariedade administrativa e obrigatoriedade da prestação da assistência à saúde.

Se por um lado o administrador público goza de discricionariedade na formulação de políticas públicas, por outro tem o dever de prestar assistência à saúde, nos termos postos pela Constituição Federal e legislação ordinária. Afinal, o acesso aos serviços de saúde constitui um direito fundamental do cidadão brasileiro (art. 6º C.F.). Assim, é mister que a Administração Pública garanta dignidade aos cidadãos, fazendo-se imperativo que seu orçamento seja elaborado com vistas à realização deste desiderato.

Faz-se necessário, portanto, diferenciar discricionariedade administrativa de arbitrariedade administrativa, sendo que os contornos da discricionariedade serão ultrapassados, dando lugar à arbitrariedade toda vez que o agente não pautar sua conduta nos termos dos princípios e das diretrizes da Constituição Federal, dando ensejo à atuação por parte do Poder Judiciário no sentido de corrigir tal conduta.

Como direito fundamental, o acesso aos serviços de saúde encontra-se calcado fortemente em duas pilastras que regem nosso sistema de garantias: a *dignidade da pessoa*

humana e o denominado *mínimo existencial*. Logo, resta inquestionável a vinculação a que são submetidos os órgãos estatais, gerando verdadeiro direito subjetivo ao cidadão.

Neste sentido a compreensão de Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2013, p. 591):

Por mais que os poderes públicos, como destinatários precípuos de um direito à saúde, venham a opor – além da já clássica alegação de que o direito à saúde (a exemplo dos direitos sociais prestacionais em geral) foi positivado como norma de eficácia limitada – os habituais argumentos da ausência de recursos e da incompetência dos órgãos judiciários para decidirem sobre a alocação e destinação de recursos públicos, não nos parece que esta solução possa prevalecer, ainda mais nas hipóteses em que está em jogo a preservação do bem maior da vida humana. O que se pretende realçar, por ora, é que, principalmente no caso do direito à saúde, o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito à saúde, o reconhecimento de um direito subjetivo (individual ou mesmo coletivo, a depender do caso) a prestações materiais (ainda limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável da própria condição do direito à saúde como direito fundamental, ou seja, como trunfo contra a maioria, muito embora com isso não se esteja a sustentar que o direito à saúde possa ser considerado como um direito ilimitado a qualquer tipo de prestação estatal.

Em regra, a Administração Pública, quando no pólo passivo da ação, alega a limitação orçamentária para justificar o não fornecimento de medicamentos e prestação de serviços de saúde, invocando o princípio da *reserva do possível*. Alega ainda a interferência indevida do Poder Judiciário no Poder Político (Administrativo), afirmando que estaria havendo o desrespeito à separação dos Poderes, além de outros argumentos.

Ou seja, tenta-se se valer, como se isso fosse possível em matéria de direitos fundamentais, de argumentos que, na visão do administrador, poderiam afastar a determinação judicial de implantação coercitiva de políticas de saúde, o que no nosso entender não é cabível nesta matéria. Vejamos neste sentido a compreensão de Robert Alexy (2008, p. 511-512).

Considerando os argumentos contrários e favoráveis aos direitos fundamentais sociais, fica claro que ambos os lados dispõem de argumentos de peso. A solução consiste em um modelo que leve em consideração tanto os argumentos a favor quanto os argumentos contrários. Esse modelo é a expressão da idéia-guia formal apresentada anteriormente, segundo a qual os direitos fundamentais da Constituição alemã são posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar. (...) De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos.

Certamente, foi sopesando os princípios da *reserva do possível* e do *mínimo existencial*, que o Supremo Tribunal Federal, em voto proferido pelo Ministro Celso Bandeira de Mello, assim decidiu na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 45, de 29 de abril de 2004 (Disponível em http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf. Acesso 10.07.2015).

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

No que tange, portanto, a direitos reconhecidos como necessários à própria existência do ser humano (como no caso da saúde), esse é que deve prevalecer, pois se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à sua efetivação, estará deixando de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, e, portanto, violando o texto constitucional.

Os fatores de natureza econômica, alegados ao se invocar o princípio da “reserva do possível” para se eximir de conduta com vista à efetivação de direitos à saúde por parte da Administração Pública, tazendo à baila eventual limitação orçamentária do ente político não poderá ser usado como justificativa para afastar a efetivação completa do direito fundamental à saúde e aos serviços que dele derivam, sendo legítima neste contexto, a atuação do Poder Judiciário para determinar ao ente político esta prestação imposta pela Constituição Federal. É o que se depreende de trecho do voto do Ministro Celso Bandeira de Mello na ADPF 45:

É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS ("A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245-246, 2002, Renovar). (<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em 10.07.2015).

Colacionamos também a seguir os apontamentos do Ministro Gilmar Mendes na STA 175 – AgR/CE (Disponível em http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf. Acesso em 10.08.2015).

Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas.

Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública- Saúde: no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.

Resta claro que para o Ministro Gilmar Mendes, no que foi acompanhado pelos demais ministros do Supremo Tribunal Federal, o que o Poder Judiciário tem feito não é impor pela via judicial a criação e execução de políticas públicas pela Administração Pública, mas sim, determinar o cumprimento de políticas públicas já existentes, e no caso

da política pública de saúde, criada pelo próprio legislador constituinte. Logo, o que o Poder Judiciário tem feito é determinar o seu cumprimento.

Como bem observou também o ministro Gilmar Mendes

O estudo do direito à saúde no Brasil leva a concluir que os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e à manutenção das políticas públicas de saúde já existentes - o que implica também a composição dos orçamentos dos entes da Federação - do que à falta de legislação específica. Em outros termos, o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados. Disponível em

http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf.

Acesso em 10.08.2015).

Logo, a atuação dos tribunais, e principalmente do Supremo Tribunal, guardião da Constituição Federal, se nos afigura como legítima, não configurando violação ao princípio da separação dos poderes, mas legítimo exercício de sua função jurisdicional no sentido de fazer com que a norma constitucional seja efetivamente cumprida e o direito à saúde, direito fundamental social exponencial, seja efetivamente garantido.

5. Judicialização de políticas públicas de saúde: a relação comunicativa e tensional

Há um processo por meio do qual opera-se a legitimação do poder jurídico pelo político e do poder político pelo jurídico. É o que se depreende do pensamento de Habermas.

Existe, todavia, uma diferença entre a legitimidade dos direitos e a legitimidade de uma ordem de dominação, entre a legitimação de processos de normatização e a legitimação do exercício do poder político. Os direitos fundamentais, reconstruídos no experimento teórico, são constitutivos para toda associação de membros jurídicos livres e iguais; nesses direitos reflete-se a socialização horizontal dos civis, quase *in statu nascendi*. Porém o ato auto-referencial da institucionalização jurídica da autonomia política é incompleto em pontos essenciais, não podendo estabilizar-se a si mesmo. O momento do reconhecimento recíproco de direitos continua sendo um evento metafórico que pode ser, quando muito, memorado e ritualizado: a sua perpetuação exige a instauração ou aproveitamento funcional de um poder do Estado. Para que o entrelaçamento jurídico entre autonomia pública e privada seja duradouro, é necessário que o processo da juridificação não se limite às liberdades subjetivas de ação das pessoas privadas e às liberdades comunicativas dos cidadãos. Ele deve estender-se simultaneamente ao poder político – já pressuposto com o *médium* do direito – do qual depende a obrigatoriedade fática da normatização e da implantação do direito. Da constituição co-originária e da interligação conceitual entre direito e poder político resulta uma ulterior necessidade de legitimação, ou seja, a de canalizar o poder político executivo, de organização e de sanção, pelas vias do direito. Esta é a ideia do Estado de Direito. (...) Na ótica de sua função estabilizadora de expectativas, o direito apresenta-se como um sistema de direitos. Os direitos subjetivos só podem ser estatuídos e impostos

através de organismos que tomam decisões que passam a ser obrigatórias para a coletividade. E, vice-versa, tais decisões devem a sua obrigatoriedade coletiva à forma jurídica da qual se revestem. Esse *nexo interno do direito com o poder político* reflete-se nas implicações objetivas e jurídicas do direito subjetivo, consideradas mais acima. (HABERMAS, 2003a, p. 170).

Assim, o direito no seu caráter de sistema é estatuído e imposto pelo poder político, sendo que a obrigatoriedade coletiva das decisões jurídicas decorrem do fato de serem revestidas de caráter jurídico.

Para Habermas há que se considerar a existência de uma relação tensional que se estabelece entre facticidade e validade inerente ao direito, de vez que o direito pretende ser ao mesmo tempo uma ordem legítima e coercitiva.

A nossa tentativa de reconstrução do nexo entre direito e poder político deve evitar antecipadamente um mal-entendido. A pesquisa não visa ao desnível entre norma e realidade, portanto o poder como facticidade social, perante o qual as ideias podem ser desacreditadas. A visão dirige-se, ao invés disso, para uma tensão entre facticidade e validade *que habita* no direito. Esta tensão se apresentara inicialmente na dimensão da validade do direito – como a tensão entre a positividade e a legitimidade do direito – e no interior do sistema de direitos – como a (tensão) entre autonomia pública e privada. Com a ideia do Estado de direito, amplia-se a perspectiva. A partir dos direitos, nós passamos para uma dominação organizada juridicamente, cujo exercício deve ficar ligado a um direito legítimo. Com a aplicação reflexiva do direito ao poder político, pressuposto por ele, a tensão entre facticidade e validade desloca-se para uma outra dimensão, reaparecendo no próprio poder político constituído conforme o Estado de direito. A dominação política apoia-se num potencial de ameaça, garantido pelos meios coercitivos da caserna: simultaneamente, porém ela pode ser *autorizada* através de um direito legítimo. (HABERMAS, 2003, p. 174).

Habermas (2003^a, p. 190) percebe “o direito como *médium* através do qual o poder comunicativo se transforma em poder administrativo”, sendo que neste processo comunicativo o direito opera a transformação do poder político em poder legal legítimo, e o poder político proporciona ao direito segurança jurídica, possibilitando-lhe realizar sua função de estabilizar expectativas de comportamento (HABERMAS, 2003, p. 182).

Neste mesmo sentido considera Diniz (2006, p. 169):

A compreensão procedimentalista do direito em Habermas atrela a legitimidade do sistema jurídico a pressupostos comunicativos e às condições do processo democrático de formação da opinião e da vontade. O *constructo* por ele proposto ancora sua formulação do conceito de legitimidade sob a ótica de um paradigma dialógico procedimental, no contrafluxo de tipificações históricas de índole decisionista e monológica. Nesta perspectiva, “o processo democrático da criação do direito constitui a única fonte pós-metafísica da legitimidade”. Donde se deflui que nas modernas sociedades pluralistas, após a derrocada do direito natural e a transição da moral convencional para a moral pós-convencional, o direito

positivado enquanto mediador privilegiado de integração social extrai sua força legitimatória de sua gênese procedimental democrática.

Assim, para Habermas, a opinião pública se define segundo os princípios discursivos que asseguram a racionalidade dos argumentos postos, os quais são institucionalmente filtrados pelo direito e traduzidos nos termos da “forma” jurídica, possibilitando decisões político-administrativas, sendo que os temas de interesse público relevantes são selecionados pelo *medium* jurídico, e são definidos no que se refere aos processos deliberativos destituídos de violência e que ocorrem na esfera pública. Portanto, o direito proporciona esta mediação entre poder comunicativo e poder político, que por sua vez, processará e decidirá os impulsos institucionalizados juridicamente.

Esta forma de compreensão da relação direito e política é, para Habermas, fundamental para a consolidação do Estado de Direito.

As políticas públicas, por sua vez, se constituem como um desafio em Estados como o brasileiro, eivado historicamente de uma administração patrimonialista, onde o público se confunde com o privado, de administrações personalistas e autoritárias. Entretanto, um Estado Democrático de Direito somente se consolida com a participação popular, levada a efeito por um processo comunicativo na esfera pública (Habermas), tendo as várias esferas da sociedade civil participação nos processos decisórios.

Certamente a proposta de Habermas sofre críticas na medida em que se coloca a questão de que há interlocutores privilegiados no processo comunicativo, e que, portanto, a formação discursiva da vontade na esfera pública poderia ser fruto de uma relação desigual. Entretanto, o discurso de que somente uma parte da população, com formação privilegiada, teria condições de participar do processo comunicativo é ideológico, como observa Rogério Gesta Leal (2003, p. 855):

Os pressupostos fundacionais de uma Administração Pública Democrática e comunicativa tomam como ponto de partida um conceito procedimental de poder político e social, em que há uma relação umbilical e necessária entre processo de democratização da sociedade e processo de transformação desta mesma sociedade, *locus* privilegiado da produção de relações e das possibilidades conceituais e operacionais do poder. Tal ponto de partida implica reconhecer que o processo de democratização do poder e da sociedade é permanente e longo, mediado, de um lado, por uma linguagem e comunicação política incluyente e aberta, e de outro lado, pela interação de instituições políticas tradicionais, pelos valores da esfera societária na qual se encontram estas instituições, e pelos movimentos sociais organizados ou espontâneos.

Em outras palavras, estamos falando de um novo contrato da civilidade, que não é mais contrato civil nem contrato civil com o Estado, mas um contrato de cada

um com todos que fazem parte da comunidade nacional (quijá internacional, em alguns aspectos). Este novo contrato justificaria as novas formas de legitimidade que ressaltam o caráter ainda nacional do Estado, no qual a violência exercida deve ser limitada, controlada e justificada; criaria as novas formas de solidariedade nas quais o Estado seria também o catalisador de inúmeros circuitos de reciprocidade e solidariedade que necessitam definição. Aqui, trata-se de reaproximação entre o social e o político, ou da repolitização dos laços sociais, ligando-os aos direitos sociais e à cidadania.

Como observa Aith (2006, p. 235) as políticas públicas podem ser de Estado ou de governo:

Quando a política pública tiver como objetivos a consolidação institucional da organização política do Estado, a consolidação do Estado Democrático de Direito e a garantia da soberania nacional e da ordem pública, ela poderá ser considerada política de Estado, (...) e quando, de outro lado, os objetivos das políticas públicas forem o de promover ações pontuais de proteção e promoção aos direitos humanos específicos expressos em nossa Carta, pode-se falar em política de governo.

Assim, o Sistema Único de Saúde se constituiu como uma política de Estado, pois representa atividade essencial do Estado, e deve contar, na sua elaboração e execução com a participação da comunidade. É o que dispõe a constituição Federal:

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

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade.

A participação popular, portanto, se constitui como diretriz do Sistema Único de Saúde. Não deve ser estabelecido e executado de forma verticalizada, mas deve, necessariamente, se constituir em diálogo com a comunidade, priorizando seus interesses, a partir de um consenso resultado de um processo comunicativo.

Habermas critica a ideia de um Estado paternalista, que tudo decide e realiza sem levar em conta a participação popular.

A integração de uma sociedade altamente complexa não se efetua através de um sistema paternalista que ignora o poder comunicativo do público de cidadãos. Sistemas semanticamente fechados não conseguem encontrar pó si mesmos a linguagem comum necessária para a percepção e a articulação de medidas e aspectos relevantes para a sociedade como um todo. Para conseguir isso, encontra-se à disposição uma linguagem comum, situada abaixo do limiar de

diferenciação dos códigos especializados, a qual circula em toda a sociedade, sendo utilizada nas redes periféricas da esfera pública política e no complexo parlamentar para o tratamento de problemas que atingem a sociedade como um todo. Por esta razão, a política e o direito não podem ser entendidos como sistema autopoieticos fechados. O sistema político, estruturado no Estado de direito, diferencia-se internamente em domínios do poder administrativo e comunicativo, permanecendo aberto ao mundo da vida. Pois a formação institucionalizada da opinião e da vontade precisa abastecer-se nos contextos comunicacionais informais da esfera pública, nas associações e na esfera privada. Isso tudo porque o sistema de ação político está embutido em contextos do mundo da vida. (HABERMAS, 2003b, p. 84).

Uma democracia participativa exige necessariamente a superação de uma visão paternalista do Estado. Conforme analisa Leal (2003, p. 855)

Os pressupostos fundacionais de uma Administração Pública Democrática e Comunicativa tomam como ponto de partida um conceito procedimental de poder político e social, em que há uma relação umbilical e necessária entre processo de democratização da sociedade e processo de transformação desta mesma sociedade, *locus* privilegiado da produção de relações e das possibilidades conceituais e operacionais do poder. Tal ponto de partida implica reconhecer que o processo de democratização do poder e da sociedade é permanente e longo, mediado, de um lado, por uma linguagem e comunicação política incluyente e aberta, e de outro lado, pela interação de instituições políticas tradicionais, pelos valores da esfera societária na qual se encontram estas instituições, e pelos movimentos sociais organizados ou espontâneos.

Podemos, portanto, concluir que a participação popular na elaboração das políticas públicas de saúde decorre de diretriz constitucional, e é totalmente necessária para que o Estado, através de seus órgãos, em comunicação com a sociedade civil, eleja as prioridades da população, de acordo com as especificidades de cada região.

Outrossim, levando em conta a realidade brasileira, marcada por exclusão social, além de desníveis educacionais e reduzida capacidade de mobilização política dos cidadãos, nos afigura como necessária uma firme atuação dos tribunais no sentido de garantir os direitos fundamentais sociais. É o que sustenta Appio (2004, p. 166);

A concepção de Habermas sobre a Constituição é válida no contexto brasileiro, desde que se considerem as limitações naturais de sua adoção no país. O caráter procedimental da jurisdição no Brasil impõe limitações à atividade judicial, caso se considere a democracia representativa – através da lei votada pelos representantes da nação – como a única e exclusiva alternativa. Contudo, uma interpretação aberta da Constituição brasileira de 1988 permite vislumbrar uma série de possibilidades distintas de superação dos modelos tradicionais de democracia representativa, de molde a incluir no debate constitucional atores sociais até então confinados aos guetos criados pela ciência do Direito e seus mitos dogmáticos.

As críticas a um modelo procedimentalista são, efetivamente, procedentes no que tange à tutela dos direitos e garantias individuais fundamentais, em relação aos quais o intérprete deve buscar diretamente na Constituição – e não na própria

sociedade – a melhor proteção para um direito individual a partir de uma jurisprudência principiológica. Devolver à sociedade uma função já outorgada aos juízes significaria romper com a democracia, quando se considera o caráter normativo da Constituição e o papel destinado ao Poder Judiciário pela Assembléia Constituinte.

De fato, não faz sentido que se devolva à sociedade uma função já outorgada ao Poder Judiciário, que é o de fazer com que se cumpra a Constituição, mormente no que se refere aos direitos fundamentais sociais.

Uma vez que a Constituição Federal de 1988 constitucionalizou as políticas públicas de saúde, é dever do Poder Judiciário atuar no sentido de fazer com que tais políticas sejam realizadas. Assim, como já observamos das palavras de Gilmar Mendes, o Poder Judiciário ao buscar a garantia e efetivação dos direitos à saúde, não está a criar políticas públicas, mas tão somente atuando no sentido de fazer com que as políticas públicas de saúde já instituídas sejam cabalmente efetivadas. É o que se observa do voto do Ministro Celso Bandeira de Mello:

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...). Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como conseqüência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais." (Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em 10.07.2015).

Ao princípio da *reserva do possível* deve ser contraposto o princípio do *mínimo existencial*, ou seja, faz-se necessário que o Estado, através da administração pública propicie a garantia de direitos básicos, que se traduzem em condições mínimas necessárias à existência, sob a condição de se atentar contra a “dignidade da pessoa humana”, contra os direitos mais essenciais elencados no texto constitucional. Fazê-lo seria cometer injustiça e tornar a constituição em “folha de papel”.

Como afirma Barceloos (2006, p. 26).

(...) tornou-se corrente a afirmação de que o gozo minimamente adequado dos direitos fundamentais, ou de pelo menos alguns deles, é indispensável para o funcionamento regular da democracia e, especificamente, para a existência do próprio controle social das políticas públicas. Isto é, ainda que não se quisesse reconhecer um valor autônomo a tais direitos e à sua proteção, ao menos será preciso assumir dois axiomas para que as pessoas possam participar do procedimento de deliberação: reconhecer que todos os indivíduos são livres e iguais. Sem o respeito a um conjunto básico de direitos fundamentais, os indivíduos simplesmente não têm condições de exercer sua liberdade, de participar conscientemente do processo político democrático e do diálogo no espaço público. Em outras palavras: o sistema de diálogo democrático não tem como funcionar adequadamente se os indivíduos não dispõem de condições básicas de existência digna.

Habermas é incisivo quanto à relevância dos direitos fundamentais num Estado democrático:

O direito à positivação política autônoma do direito concretiza-se, finalmente, em direitos fundamentais que criam condições para iguais pretensões à participação em processos legislativos democráticos. Estes têm que ser instaurados com o auxílio do poder politicamente organizado. Além disso, a formação da vontade política, organizada na forma do legislativo, depende de um poder executivo em condições de realizar e implementar os programas acordados. Isso atinge o aspecto central, sob o qual o Estado se transforma numa instituição para o exercício burocrático da dominação legal. O poder do Estado só adquire uma figura institucional fixa na organização das funções das administrações públicas. Peso e abrangência do aparelho do Estado dependem da medida em que a sociedade se serve do *medium* do direito para influir conscientemente em seus processos de reprodução. Tal dinâmica de auto-influência é acelerada através dos direitos de participação que fundamentam pretensões ao preenchimento de pressupostos sociais, culturais e ecológicos para um aproveitamento simétrico de direitos particulares de liberdade e de participação política. (HABERMAS, 2003a, p. 171).

Os direitos fundamentais proporcionam as condições à participação democrática, desde que sejam efetivos, e só podem ser instaurados com o apoio do poder político, tendo como necessidade um poder executivo com capacidade para fazê-lo, e que tem o direito como *medium* orientador e influenciador de seus processos de reprodução.

Como já foi considerado acima, o sistema político e social brasileiros ainda não oferecem as condições para a realização de uma democracia realmente participativa, não obstante os vários instrumentos legais neste sentido, pois falta uma cultura política participativa, decorrente de longo período de um Estado paternalista. E é em face do cenário sócio-político existente na sociedade brasileira, marcada pelo abuso dos administradores públicos para com a *res publica*, administrando-a como se tratasse de patrimônio privado (patrimonialismo), de um contingente populacional alijado do acesso à saúde, à educação, enfim de condições assecuratórias de existência, que torna-se imperativa a atuação do Poder Judiciário em matéria de controle jurisdicional de políticas públicas, sem que tal atuação traga prejuízo para a democracia, antes, está o Poder Judiciário atuando nos limites de seu múnus de guardião da Constituição. É nesta perspectiva que pondera o desembargador Rogério Gesta Leal (2005, p. 170):

Em meio a tantas incertezas e problemas, algumas diretrizes, as quais passo a chamar de indicadores constitucionais parametrizantes do mínimo existencial, estão postos e não podem ser desconsiderados em quaisquer ações – públicas ou privadas – que se destinem ao atendimento das situações anteriormente desenhadas. Tais indicadores, em síntese, dizem respeito à construção de uma Sociedade livre, justa e solidária; à garantia o desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, bem como à redução das desigualdades sociais e regionais; à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Entendemos, portanto, que em sede de direitos fundamentais sociais, como é o caso do direito à saúde, deve-se buscar, através de processos comunicacionais o consenso, através de amplo debate, no exercício da democracia participativa, com o fito de serem implementadas políticas públicas de saúde segundo as prioridades da própria população, com sua efetiva participação, todavia, na medida em que tais direitos são negados, cabe ao Poder Judiciário, uma vez provocado, decidir no sentido de assegurar a plena efetivação do direito à saúde àqueles que necessitam da prestação do serviço público de saúde, resguardando os direitos da cidadania e dignidade da pessoa humana.

6. Considerações finais.

O controle jurisdicional de políticas públicas, que tem recebido a alcunha de “judicialização das políticas públicas”, não obstante as críticas que vem recebendo por parte de administradores públicos e mesmo no contexto do debate jurídico, faz-se necessário, tendo em vista as inúmeras omissões por parte da Administração Pública no

sentido de priorizar o atendimento ao público com vistas ao cumprimento da Constituição, mormente em se tratando de políticas públicas de saúde, das quais o legislador constituinte cuidou de estabelecer em seção específica da Constituição, inclusive determinando a criação de um Sistema Único de Saúde com vistas à consecução de um eficaz atendimento à saúde.

Conclui-se que as situações de vulnerabilidade social presentes na sociedade brasileira, caracterizada por ampla parcela da população vivendo numa situação de pobreza, totalmente necessitada do serviço público de saúde, exige um sistema de saúde que seja eficaz, além do que, conforme foi mostrado, a partir dos cinquenta anos de idade pelo menos 94% da população brasileira passa a se valer dos serviços de saúde fornecidos pelo Sistema Único de Saúde, e tendo em conta os problemas com a precariedade do serviço prestado pelo setor público em matéria de saúde, torna-se imperativo que o cidadão brasileiro possa acorrer ao Poder Judiciário na confiança de que o texto normativo da Constituição terá a força suficiente para fazer com que o Poder Judiciário atue no sentido de fazer valer a norma constitucional ante as omissões da Administração Pública.

Neste caso, entre escolher orientado pelo princípio da *reserva do possível* e o princípio do *mínimo existencial*, cabe aos tribunais, em face do caso concreto, e concluindo pelo direito requerido, decidir inclinado pelo princípio do *mínimo existencial*, garantindo a prestação efetiva do direito à saúde àquele que o pleiteia.

Ao assim agir o tribunal está tão somente fazendo cumprir a Constituição e garantindo que valores como *dignidade da pessoa humana*, *acesso à justiça*, *direito à saúde*, sejam plenamente resguardados.

Se por um lado os processos comunicativos devem existir entre as várias esferas da sociedade, buscando a participação popular na construção da democracia e nos processos decisórios, conforme defende Habermas, faz-se necessário que, simultaneamente, o Poder Judiciário atue no sentido de fazer cumprir a Constituição, garantindo os direitos fundamentais sociais, como o direito à saúde, consignados na Constituição Federal, de forma que sejam efetivamente prestados.

7. Referências

- AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed., Rio de Janeiro: GenForense, 2012.
- AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos coletivos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- ALVES, José Augusto Lindgren. **Os Direitos Humanos como Tema Global**. São Paulo: Perspectiva, 1994.
- APPIO, Eduardo Fernando. **O controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Tese de doutorado em direito apresentada na Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2004.
- 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: **Revista de Direito do Estado**. Ano 1, n. 3, Rio de Janeiro: jul/set/2006, p. 17-54
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 10ª ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRASIL. **Agência Nacional de Saúde Suplementar**. A Agência Reguladora de Planos de Saúde no Brasil. Disponível em <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/numeros-do-setor/2957-ans-disponibiliza-dados-atualizados-do-setor>. Acesso em 15.08.2015.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CARVALHO, Mariana Siqueira de. **A saúde como direito fundamental na Constituição Federal de 1988**. Revista de direito Sanitário, v. 4, n. 2, p. 15-31, jul. 2003, p. 26.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição – 1988**. v. VIII. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. **Teoria da Legitimidade do Direito e do Estado: Uma abordagem moderna e pós-moderna.** São Paulo: Landy, 2006.

DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Direito à saúde e teoria da argumentação: em busca da legitimidade dos discursos jurisdicionais.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre facticidade e validade.** Tomo I, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre facticidade e validade.** Tomo II, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b.

LEAL, Rogério Gesta. Os pressupostos epistemológicos e filosóficos da gestão de políticas públicas no Estado Democrático de Direito: uma perspectiva habermasiana. In: **Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos. Tomo 3.** Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. “O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais”. In SARLET, Ingo Wolfgang. **Jurisdição e direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 157-178.

MEDEIROS, Marcelo. **Princípios de justiça na alocação de recursos em saúde.** Disponível em: http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/apostila_curso_iniciacao_economia_saude.pdf. Acesso em 10.08.2015.

MELLO, Celso Bandeira de. **Voto na ADPF 45.** <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em 15.08.2015).

MENDES, Gilmar. (Voto STA 175 – AgR/CE) Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiastf/anexo/sta175.pdf>. Acesso em 15.08.2015).

MELLO, Celso Bandeira de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.