

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

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

EDUARDO MARTINS DE LIMA

YURI SCHNEIDER

YNES DA SILVA FÉLIX

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

D598

Direitos sociais e políticas públicas II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;
coordenadores: Eduardo Martins de Lima, Yuri Schneider, Ynes Da Silva Félix –
Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-110-4

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. Direitos sociais. 3. Políticas públicas. 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

DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II

Apresentação

APRESENTAÇÃO

É satisfação que a Coordenação do Grupo de trabalho de Direitos Sociais e Políticas Públicas II, do Conselho de Pesquisa e de Pós- Graduação em Direito- CONPEDI, apresenta a coletânea de artigos fruto dos debates realizados no âmbito do XXIV Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, em parceria com os Programas de Pós-graduação em Direito da UFMG, Universidade FUMEC e Escola Superior Dom Helder Câmara, todos localizados na cidade de Belo Horizonte/MG. Importante frisar que o evento acadêmico aconteceu, entre 11/11/2015 e 14/11/2015 com o tema principal: Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade.

Dentre os mais de 2000 trabalhos selecionados para o encontro, 29 artigos compõem o presente livro do Grupo de Trabalho de DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS II. Essa busca pela análise do Direito Constitucional nas relações sociais demonstra a evolução e o interesse nas políticas públicas e na consolidação da linha de pesquisa própria dos Direitos Fundamentais Sociais.

Há muito que o CONPEDI preocupa-se com esta área de Direitos Sociais e Políticas Públicas em GT's específicos como aqueles voltados para as relações sociais e políticas públicas de efetividade social, porém, é de destacar a introdução dos GT's específicos para tais matérias, tanto nos CONPEDIS nacionais como nos internacionais que já vem acontecendo desde o ano de 2014.

O conhecimento, pouco a pouco, vai sendo engendrado pelo pesquisa diuturna de professores, doutorandos, mestrandos e estudantes de graduação que, em seus grupos de pesquisa, evidenciam o pensamento jurídico de maneira séria e comprometida. Os Direitos Sociais já, em suas origens, apontavam como ramo do conhecimento jurídico que perpassa todos os demais pelo princípio da dignidade da pessoa humana e assume, cada vez mais, seu papel e sua importância nas matrizes curriculares das graduações e pós-graduações em Direito.

Nesta linha, os vinte e nove artigos encontram-se direcionados à análise interdisciplinar dos Direitos Fundamentais e das Políticas Públicas nas relações sociais. Especificamente, detém-se no exame jurídico, constitucional, econômico e político, com o escopo de encontrar soluções para o fosso que separa o crescimento econômico do desenvolvimento humano. O tema precisa ser constantemente visitado e revisitado, mormente pelo fato de todos os intentos do constitucionalismo dirigente dos Séculos XX e XXI, observa-se a marca da crise da figura estatal internacional e conseqüente atentado ao Estado de bem-estar social.

Importante referir que, o Brasil, pelo último relatório do PNUD em 2015, diante das pesquisas do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, alcançou no ranking internacional a 7ª posição em crescimento econômico, e em outro viés, no que concerne ao desenvolvimento humano, encontra-se na desconfortável posição de 79ª, dentre os 186 países analisados.

Países, como Portugal, Espanha e Itália, que já haviam conquistado a característica de Estado de bem estar social, enfrentam nas duas últimas décadas, séria recessão, crise econômica e desemprego. Essas razões fazem com que a reflexão dos constitucionalistas, juristas e cientistas políticos venham a contribuir para a ponderação crítica do modelo de Estado que se quer. Que seja o Estado, ora delineado, capaz de viabilizar, de forma sustentável, o crescimento econômico e o desenvolvimento humano em curto, médio e longo prazo.

Direitos Fundamentais Sociais, Políticas Públicas percorrem o mesmo trajeto. Nesse contexto, os investimentos no bem-estar social e nos bens públicos, atrelados à formação do capital humano e à geração de emprego e renda tornam-se elementos essenciais de contribuição para a efetivação dos objetivos de desenvolvimento deste novo século que apenas está começando.

O progresso humano que se deseja, e a efetivação dos direitos fundamentais presentes nos ordenamentos jurídicos transnacionais carecem da reafirmação que reverbera a favor da distribuição equitativa de oportunidades. Nesse diapasão, é importante reorganizar a agenda de políticas públicas estatais que incentivem a atração e manutenção de empresas, políticas industriais ativas, com inovação, infraestrutura e tecnologia, e concomitante combate à corrupção, reformas fiscais progressivas e melhor gerenciamento dos recursos destinados à educação, à saúde e à capacitação. Essas diretrizes estão todas inseridas no quadro mais amplo do escopo de promover equidade. Não se dá por razões morais o apoio à justiça social, mas sobremaneira, vê-se como ponto crucial para o desenvolvimento humano.

Em terrae brasilis, já no Século XXI, temos no artigo 6º da Constituição de 1988, o direito à alimentação, o que faz lembrar as críticas dos pensadores do Estado sobre os fatores reais do poder. É alarmante que, o Brasil, como um dos maiores produtores mundiais de alimento, ainda não consegue combater a fome em seu próprio território e, quando produz esse alimento, produz um alimento que mata aos poucos sua própria população, pois repleto de agrotóxicos. Observa-se a defesa da assinatura de pactos internacionais de direitos humanos, propugna-se por uma sociedade justa, livre e solidária, pela redução das desigualdades econômicas e regionais, e até argumenta-se pela judicialização da política, porém, diante da democracia fragilizada, persiste o questionamento sobre as mudanças de prioridades políticas e destinações orçamentárias que visem efetivar direitos fundamentais individuais, coletivos e sociais.

Como o leitor poderá perceber cada um dos autores, por meio de minuciosa análise, na sua seara de estudos, contribuiu com a seriedade na pesquisa que reflete no resultado de seu artigo.

Os artigos foram apresentados em diversos painéis de cinco artigos cada um, o que ensejou intensos debates entre os presentes. Remarca-se a densidade acadêmica dos autores referenciados. Nesse viés, professores, mestrandos e doutorandos tiveram a oportunidade de debater no Conselho de Pesquisa em Direito, as temáticas por eles estudadas em seus programas de pós-graduação.

Assim, foram, inicialmente, apresentados os seguintes artigos:

1. Direitos fundamentais e sociais: desafios da contemporaneidade para resguardar os direitos da pessoa de Laerty Morelin Bernardino e Luna stipp;
2. Causas e consequências da desconstrução dos direitos sociais e da cidadania de Joelma Lúcia Vieira Pires, Roberto Bueno Pinto;
- 3 - A elaboração e implementação de políticas públicas para a concretização dos direitos sociais. de Fernanda Priscila Ferreira Dantas , Maria Dos Remédios Fontes Silva ;
- 4 - A participação popular na construção das políticas públicas sociais: a racionalidade do consenso e a legitimidade das execuções Administrativas. de Edimur Ferreira De Faria e Renato Horta Rezende;

5 - As Políticas Públicas e o papel das Agências Reguladoras. de Gabriel Fliege de Lucena Stuckert.

No segundo grupo apresentado foram conciliados os temas a seguir propostos:

1 - A efetividade dos direitos sociais em face das limitações do orçamento. de Simone Coelho Aguiar , Carolina Soares Hissa;

2 - A reserva do possível e o mínimo existencial na efetivação dos direitos sociais. de Maisa de Souza Lopes , Thiago Ferraz de Oliveira;

3 - Aspectos relevantes da tutela jurisdicional dos direitos sociais. de Samantha Ribeiro Meyer-pflug , Christian Robert dos Rios;

4 - A intervenção do poder judiciário na elaboração e execução das políticas públicas no Brasil. de Glalber da Costa Cypreste Queiroz;

5 - Ativismo judicial e orçamento público. de Fabiana Oliveira Bastos de Castro.

No terceiro grupo de apresentações, foram expostos 07 artigos evidenciando o ativismo judicial e a (des)necessidade de participação do Poder Judiciário nas demandas que envolvem de políticas públicas e concretização de um cenário democrático, com destaque para o artigo do Prof. Dr. Anízio Pires Gavião Filho, Coordenador do Programa de Pós-Graduação Mestrado em Direito, da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul.

1 - A política pública da saúde e os aspectos da sua judicialização. de Rafael Fernando dos Santos e Angelina Cortelazzi Bolzam;

2 - Controle judicial de políticas públicas: a garantia e efetividade do direito à saúde. de Juvêncio Borges Silva e Maysa Caliman Vicente;

3 - Ativismo judicial, direito fundamental à saúde e a infertilidade feminina. - de Anízio Pires Gavião Filho;

4 - A justicialidade das políticas públicas de saúde do idoso. Roberta Terezinha Uvo Bodnar e Zenildo Bodnar;

5 - A tutela do direito à saúde e a adequada atuação do poder judiciário. de Guilherme Costa Leroy;

6 - Análise crítica de alguns argumentos equivocados em tema de direito à saúde pública. - de Felipe Braga Albuquerque e Rafael Vieira de Alencar.

7 - Benefícios de renda mínima como um direito fundamental: acesso à justiça e inclusão social. - de Pedro Bastos de Souza.

Nos terceiro e quarto grupos foram apresentados artigos quanto à (in)efetivação das políticas públicas no cenário brasileiro, latino e norte americano, já evidenciando que o CONPEDI preocupa-se com a rede de programas de pós graduação (mestrado e doutorado) que está sendo criada pelas instituições de ensino do Brasil e outros países da América Latina e do Norte.

1 - Circulação de trabalhadores no MERCOSUL: necessidade de efetivação das políticas sociais. de Lourival José de Oliveira e Patricia Ayub da Costa Ligmanovski;

2 - A ausência de políticas públicas para os direitos sociais da pessoa com deficiência: os reflexos não sentidos da convenção de Nova York no Brasil. de Marco Cesar De Carvalho;

3 - A crise no sistema carcerário brasileiro e a necessidade de judicialização de políticas públicas. de Paulo Henrique Januzzi da Silva;

4 - A segurança cidadã no contexto de Bogotá: um paradigma para a política de segurança pública brasileira. de Leticia Fonseca Paiva Delgado;

5 - As concepções de violência contra a mulher na leitura da lei Maria da Penha: um novo caminho possível pelo olhar dos direitos humanos e da ética da alteridade. de Patrick Costa Meneghetti;

6 - Direito ao desenvolvimento e à moradia. Um diagnóstico da implementação do programa Minha Casa Minha Vida no cenário brasileiro. de Karina Brandao Alves de Castro

7 - A política de cotas para negros no ensino superior e o princípio da igualdade. de Ib Sales Tapajós.

8 - Ação afirmativa como vetor da justiça social: a contribuição do STF no reconhecimento da constitucionalidade do PROUNI. de René Vial.

E por fim, o último bloco foi composto por 4 artigos e discutiu preferencialmente as questões relativas ao crescimento econômico e social, por meio do acesso a estrutura estatal, senão veja-se:

1- A multidimensionalidade da pobreza e o direito na consolidação da cidadania. de Marta Battaglia Custódio;

2 - A política nacional de recursos hídricos: o modelo de gestão descentralizada e participativa frente ao domínio da água. de Carinna Gonçalves Simplício e Clarice Rogério de Castro;

3 - Acolhimento institucional de crianças e adolescentes: o caso do Estado do Rio de Janeiro. de Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann e Érica Maia Campelo Arruda;

4 - A mobilidade urbana através da integração da infraestrutura de transporte com o planejamento urbano: o caso do Plano Diretor de São Paulo. de Natália Sales de Oliveira

Note-se que a contribuição acadêmica, ora apresentada, é de suma importância para o processo de concretização dos Direitos Fundamentais, mormente em se falando do princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. É ela que movimenta o debate social, econômico, político e jurídico e oxigena o engajamento da participação cidadã. Sendo assim, e já agradecendo aos autores, almeja-se o crescimento a partir dos trabalhos agora publicados no CONPEDI.

Por certo, não que há se negar que a significativa contribuição dos autores nos põe diante de novas interrogações e novas exigências, que passam a ser referência imperiosa para um debate ético e questionador sobre as práticas efetivas que restabelecem o verdadeiro sentido dos Direitos Fundamentais Sociais.

Para nós, como mencionamos no início, é uma satisfação fazer esta apresentação. Aos leitores, uma ótima oportunidade para (re)pensar.

Belo Horizonte, 29 de novembro de 2015.

Coordenadores do Grupo de Trabalho

Professor Doutor Yuri Schneider UNOESC

Professor Doutor Eduardo Martins de Lima - FUMEC

Professora Doutora Ynes Da Silva Félix - UFMS

ANÁLISE CRÍTICA DE ALGUNS ARGUMENTOS EQUIVOCADOS EM TEMA DE DIREITO À SAÚDE PÚBLICA

CRITICAL ANALYSIS OF SOME MISTAKEN ARGUMENTS WITHIN THE THEME HEALTH RIGHTS

**Felipe Braga Albuquerque
Rafael Vieira de Alencar**

Resumo

Introdução: A linha argumentativa que atualmente tem se destacado sobre a temática de direito à saúde, sustenta que este deve ser constitucionalmente assegurado a todos, sendo dever do Estado prover condições indispensáveis ao seu pleno e irrestrito exercício, já que se trata de direito inerente à vida, fundamental a uma existência com dignidade. Ocorre que, na tentativa de se efetivar referidas prestações em matérias de saúde, tem-se observado o manejo de ações individuais e coletivas (especialmente, ações civis públicas) na tentativa de transferir, ao poder judiciário, a tarefa de exercer um suposto papel heroico na concessão de direitos prestacionais. Contudo, questiona-se, que preço os defensores desse ponto de vista estão dispostos a pagar; posto que quando o poder judiciário age de tal modo está a exercer o papel constitucional conferido ao poder executivo, o de criar e implementar políticas públicas, em clara afronta à tradicional teoria da separação de poderes. Objetivos: A proposta do presente trabalho se desenvolve no sentido de problematizar três argumentos equivocados em tema de direito à saúde quais sejam: a) ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública; b) a ação civil pública é instrumento adequado para efetivar políticas públicas e; c) o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional. Método: A pesquisa se realizou exclusivamente em plano teórico, no qual foram feitas a revisão bibliográfica e a abordagem crítica dos materiais escolhidos para compor sua produção. Além disso, fora realizada pesquisa de jurisprudência no site do Supremo Tribunal Federal com as expressões direito à saúde; direito sanitário e; políticas públicas em saúde. Resultados: Com embasamento no ideal teórico que prestigia a teoria da separação de poderes, observa-se que ao deferir uma pretensão posta em juízo, no sentido de interferir nas políticas sociais e econômicas formuladas pelo ente público, o Judiciário pode estar exorbitando suas competências, o que inicia o ciclo retórico e viciado de descumprimento da carta constitucional sob a argumentação de se estar tentando efetivá-la. Conclusão: Ao deferir uma prestação de saúde o Judiciário pode estar sim criando indevidamente uma política pública, sobretudo no caso de

ação civil pública, interferindo na ordem administrativa que pode gerar lesão e prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. O gestor público tem discricionariedade ao estabelecer políticas públicas sanitárias.

Palavras-chave: Controle jurisdicional de políticas públicas, Direito à saúde, Separação de poderes

Abstract/Resumen/Résumé

Introduction: The argumentative support that currently has been highlighted about the theme health rights holds the idea that it must be a right to everybody, being the State duty to provide essential conditions to its full legal rights as it deals with the inherent right to life, fundamental to live in dignity. It happens that, in the attempt of Constitutional precepts that foresee health rights, individual and collective actions have been observed (especially, public civil actions) in the attempt of transferring to the Judiciary, the task of playing the alleged heroic role in the concession of legal rights. However, we question, at which price the supporters of this point of view are willing to pay; because when the Judiciary acts in such way it is playing a constitutional role giving the Executive the power to create and implement public policies as a clear affront to traditional theory of separation of constitutional powers. **Objectives:** The aim of this work is developed in the sense that it problematizes three mistaken arguments within the theme health rights that are as follows: a) granting healthcare included under social and economic policies made by the Unified public health system (SUS), the judiciary is not creating public policies; b) the public civil action is an appropriate instrument to promote public policies and c) the administrator does not have discretionary power neither to implement public policies nor in recommendations on the desirability for public policies discriminated in the legal rights (Judiciary). **Method:** The research was done exclusively under a theoretical basis, in which bibliographic review and a critical approach of the material chosen for its composition was done. Besides, a search of jurisprudence in the Supreme Court about the expressions "health right"; "sanitary right" and "public policies" was done. **Results:** Based on a theoretical model that gives prestige to the theory of separation of powers, it is observed that when the issue in court, in the sense of interfering in the social and economical policies made by the public entity, the judiciary may be exceeding its power, what starts a rethorical and addicted cycle in the non-compliance of the constitutional law under the argument that it is being trying to make it effective. **Conclusion:** By granting healthcare the judiciary may really be creating an inappropriate public policy, mainly in the case of public civil action, interfering in the administrative law that may cause damage and even more losses affecting medical service to the needy people. The public manager leaves it to discretion when setting sanitary public policies.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial control of public policies, Health right, Separation of power

INTRODUÇÃO

Prevaleceu, por longo tempo, o entendimento que as normas insertas nos artigos 196 e 197 da CF/88 (as quais abordam de forma direta o direito à saúde) deveriam ser classificadas como normas de caráter programático (conforme categorização de José Afonso da Silva)¹. (2004, p. 138)

Contudo, com a judicialização da saúde pública no Brasil, as normas que viabilizam o direito à saúde passaram a ser interpretadas, por parte da doutrina e a jurisprudência (inclusive o STF) como normas de aplicação direta, imediata e eficácia irradiante e, portanto passíveis de demandar a atuação estatal em juízo, sob o risco de afrontar o princípio da supremacia constitucional. (2010, p. 179-181)

Aqueles que propugnam nesse sentido compreendem o direito à saúde (por sua ligação intrínseca com o direito à vida) como direito fundamental social (porque seu valor encontra-se estatuído de forma explícita no texto constitucional), o que lhes garantiria maior efetividade que aos demais. Como corolário, tais direitos exigem uma prestação positiva por parte do Estado. Tem força jurídica especial conferida pela Constituição, que lhes conferiria o *status* de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV-CF), integrantes do núcleo essencial dos direitos fundamentais, com consequente regime de aplicação imediata (art. 5º, § 1º-CF). Sob tal exegese, as supraditas normas possuiriam cunho principiológico, demandando máxima efetividade em sua aplicação.

E na prática, quais as consequências dessa nova interpretação? Podemos listar algumas: se são direitos prestacionais, necessitam recursos (escassos, se tomarmos como parâmetro a dimensão ilimitada das necessidades dos cidadãos; conquanto, ilimitados se o critério for a carga de tributos impingida aos contribuintes e os desvios de bilhões surrupados demonstrados pelos inúmeros casos de corrupção). Para equilibrar a demanda social com a *escassez* de recursos, o Estado utiliza-se de políticas públicas para administrar tais recursos e trabalha com o que se denomina princípio da *reserva do possível*.

Diversos fatores têm contribuído para o caos em que se encontra a saúde pública no Brasil, de forma exemplificativa é possível elencar: a exiguidade de recursos (tendo por critério a universalidade de serviços estatuídos na CF/88) para a efetivação de políticas públicas; a má administração e desvio desses recursos (de conhecimento público através da

¹ Normas constitucionais de princípio programático são aquelas que traçam os princípios a serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos visando à realização dos fins sociais do Estado).

mídia); o empobrecimento gradual principalmente da classe média brasileira, que se vê obrigada a recorrer ao SUS, por não poder mais arcar com o pagamento de um plano de saúde; o alto custo dos serviços de saúde particulares, decorrente da incorporação de tecnologias inovadoras, que não são pleiteadas pelas políticas públicas. A consequência jurídica desse *status quo* é uma profusão de demandas judiciais compelindo o Poder Judiciário a suprir a omissão dos demais Poderes. O direito utilizado como instrumento das realizações políticas, agiganta a figura do juiz solipsista, numa tarefa hercúlea.

Metodologicamente, não é escopo desse trabalho esmiuçar os fatores supraelencados. Objetiva-se, debater acerca de uma questão controversa doutrinária e jurisprudencialmente, qual seja a possibilidade do Poder Judiciário intervir ou não na efetivação das políticas públicas. Deflui do tema a discussão da utilização, ou não, da ação civil pública (nesse caso, através da limitação, ou não, à aplicabilidade do princípio da não-taxatividade do objeto de proteção da referida ação). A pesquisa se realizou exclusivamente em plano teórico, no qual foram feitas a revisão bibliográfica e a abordagem crítica dos materiais escolhidos para compor sua produção. Além disso, fora realizada pesquisa de jurisprudência no site do Supremo Tribunal Federal com as expressões “direito à saúde”; “direito sanitário” e; “políticas pública em saúde”.

Como corolário, perquiri-se se o Poder Judiciário, ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde – sob o argumento de omissão dos demais Poderes - está, ou não, criando política pública.

Discute-se ainda sob a discricionariedade do administrador para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional.

Analisa-se os argumentos empregados para defender e refutar tais práticas no que concerne ao tema direito em saúde pública.

Nessa pesquisa parte-se da hipótese que os argumentos utilizados como franqueadores da utilização da ação civil pública - ACP como instrumento de efetivação das políticas públicas não é o mais adequado para tal finalidade. Bem como, que o Judiciário ao deferir prestação de saúde, mesmo que não esteja *criando política pública*, ele contribui para desorganizar o planejamento orçamentário do administrador, que por lei é competente para instituí-las.

1. Primeiro argumento equivocados: ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública

O Supremo Tribunal Federal tem se posicionado continuamente pela possibilidade da intervenção do Judiciário em tema de políticas públicas alicerçado na nominada *dimensão política da jurisdição*.

Esse entendimento vem sendo reiterado em decisões outras diversas, *exempli gratia*:

[...] **Salientei**, então, **em tal decisão**, que o Supremo Tribunal Federal, **considerada a dimensão política** da jurisdição constitucional outorgada a esta Corte, **não pode demitir-se** do gravíssimo encargo **de tornar efetivos** os direitos econômicos, sociais e culturais, **que se identificam** - enquanto direitos de **segunda** geração (**como** o direito à educação, **p. ex.**) - **com** as liberdades positivas, reais ou concretas (**RTJ 164/158-161** , Rel. Min. CELSO DE MELLO) [*sic*].

[...] **É que**, se assim não for, **restarão comprometidas** a integridade e a eficácia da própria Constituição, **por efeito de violação negativa** do estatuto constitucional **motivada** por inaceitável inércia governamental **no adimplemento** de prestações positivas **impostas** ao Poder Público, **consoante já advertiu** , em tema de inconstitucionalidade por omissão, **por mais de uma vez** (**RTJ 175/1212-1213** , Rel. Min. CELSO DE MELLO) [*sic*].

Conquanto haja dissenso doutrinário, essa é a posição do STF, e não objetiva-se discutir esse tema, mas alguns dos efeitos que dele decorrem, conforme se fará na sequência.

O manejo da ação civil pública nos casos de implementação de direitos sociais à saúde entende o STF que ao deferir determinada prestação pleiteada ele não cria política pública.

Na SUSPENSÃO DE LIMINAR (SL 47 AgR / PE – PERNAMBUCO), julgado em 17/13/10 pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal ficou assentado que:

Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.

Conquanto assevere a decisão não cria política pública, determinando apenas seu cumprimento, é inegável que há uma ingerência do Judiciário sobre a política pública criada pelo administrador. Se o SUS cria uma política e um limite (orçamentário, por exemplo) não pode, em regra, o Judiciário sob o argumento de que está apenas determinando seu

cumprimento estender a política. Se, por exemplo, o “Programa Mais Médicos” seleciona 3.000 médicos e uma decisão judicial obriga o Poder Público, através de ação civil pública, a contratar mais 15.000 médicos, obviamente que se está criando política pública pela via judicial.

No âmbito individual, por exemplo, como será a seguir exposto, se o Poder Público (Ministério da Saúde) cria uma política de implantes de aparelho sonoros que custa 160 mil reais por paciente e coloca um teto na política (2 milhões do orçamento da saúde por mês nesse tipo de patologia), estabelecendo uma fila, não pode o Judiciário estender tal política por meio de ação civil pública nem mesmo a quem a pleiteia individualmente. Não há direito público e subjetivo de furar a fila da saúde.

As políticas sociais devem ser, na medida dos limites orçamentários, igualitária entre os cidadãos. Repita-se, a medida é política – fruto de atuação governamental em prol da coletividade, sem distinções, não cabendo ao Judiciário criar distinção por quem tem acesso à justiça. Mas, em casos excepcionais não é o Judiciário que deflagra um tratamento desigual, é a situação orgânica patológica de cada paciente, que a ele recorre. Em casos específicos e alicerçado na concepção de igualdade albergada pela Constituição (que não tem apenas a conotação negativa de isonomia), mas que é concebida hoje como direito à diferença, à singularidade e sempre respaldados por parecer médico, podem ser colocados sob o crivo do Poder Judiciário.

Importante frisar que o direito à saúde apesar de ser reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal como norma de eficácia programática não pode, segundo o tribunal, deixar de ser prestado em “integralidade” pelo Estado sob pena de descumprir o comando constitucional. Tal posicionamento é por demais incoerente com a concepção de norma de eficácia programática² e tem exercido influência indevida sobre todo o Judiciário brasileiro acerca de tal direito. (2004, p. 117-123) Apontou o Ministro Celso de Mello:

² Na elocução desse autor, as *normas de eficácia limitada comportam duas espécies*: normas de *princípio institutivo* (que dependem de uma legislação futura infraconstitucional que lhe complete a eficácia e lhes dê efetiva aplicação (p. 117-123); e *normas constitucionais de princípio programático* (nessas o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios a serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas/conteúdos das respectivas atividades, visando a realização dos fins sociais do Estado (p. 138). Observe-se que a doutrina mais moderna tem como critério para a aplicabilidade imediata das normas programáticas (com base no art. 5º, § 1º, CF) a *densidade normativa* dessa norma, entendimento que afastaria a necessidade de norma infraconstitucional concretizadora e por conseguinte não afastaria a apreciação por parte do Judiciário. Observe-se que definir como uma norma como programática implica limitar a sua produção de efeitos em outras áreas de atuação do Estado, em termos incisivos, significa oportunizar ao Estado organizar sua atuação sopesando a disponibilidade de recurso e a prioridade das prestações demandadas pela sociedade, de forma sustentável. O problema é que a CF já tem quase três

Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que **o caráter programático** das regras inscritas no texto da Carta Política "**não pode converter-se em promessa constitucional** incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). [grifou-se] (2014, *online*)

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, em decisão relatada pelo Ministro Gilmar Mendes e seguido o relatório por unanimidade dos ministros presentes, no AG.REG. NA SUSPENSÃO DE LIMINAR (SL 47 AgR / PE – PERNAMBUCO) ficou assentado que:

O direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal como (1) “direito de todos” e (2) “dever do Estado”, (3) garantido mediante políticas sociais e econômicas (4) que visem à redução do risco de doença e de outros agravos (5) regido pelo princípio do “acesso universal e igualitário” às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Examinemos cada um desses elementos.

(1) direito de todos:

É possível identificar, na redação do referido artigo constitucional, tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde. Dizer que a norma do artigo 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição.

[...]

(2) dever do Estado:

O dispositivo constitucional deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

(3) garantido mediante políticas sociais e econômicas:

A garantia mediante políticas sociais e econômicas ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas. É incontestável que, além da necessidade de se distribuírem recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos, a própria evolução da medicina impõe um viés programático ao direito à saúde, pois sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradicada. (2014, *online*)

A decisão do Supremo Tribunal Federal encontra uma série de obstáculos epistemológicos. Primeiro, **reconhecer que a interpretação literal** da Constituição de que a

décadas e o Poder Público não viabiliza políticas públicas efetivas, talvez porque os responsáveis por implementá-las não utilizem-se das redes públicas de saúde e quando o fazem *furam as filas e arrogam-se privilégios por meio de tráfico de influência*.

“saúde é um **direito de todos** e dever do Estado” significaria “atendimento integral e indiscriminado a todos”, denota uma superestimativa interpretativa. Isto porque do mesmo modo é estabelecido que, art. 205, CF/88 seria “A educação, **direito de todos** e dever do Estado [...]” ou que, art. 215, CF/88 “O Estado **garantirá a todos** o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”; ou também, nos moldes do art. 217, CF/88 “**É dever do Estado** fomentar práticas desportivas formais e não-formais, **como direito de cada um** [...]”.

Ou seja, essa argumentação equivaleria a asseverar que é dever do Estado **custear, pela via judicial**, qualquer viagem de estudante ao exterior para apresentar um trabalho (passando por cima das políticas de fomento à pesquisa – “direito de todos à educação”). Seria o mesmo que avaliar o poder judicial de determinar o pagamento dos custos da festa folclórica do boi-bumbá a quem quisesse exercer tal direito cultural (deturpando as políticas estatais de financiamento cultural – “direito de todos às práticas culturais”). Consistira também, com tal esdrúxula interpretação, em autorizar que qualquer juiz possa determinar que um atleta de arco e flecha possa ter custeado sua passagem, hospedagem e alimentação para um campeonato de tal modalidade desportiva na China mediante um processo (em detrimento das políticas de incentivo ao desporto – “dever de fomento ao desporto como direito de cada um”). (SILVA, 2015, p. 83)³

É óbvio, claro e incontestado que a vontade política do constituinte ao exprimir a palavra *direito* não significa num mágico poder conferido ao cidadão, nem mesmo a *palavra dever* denota a plena obrigação e execução de todas as possibilidades imagináveis de uma conduta estatal.

A supremacia da constituição como norma fundamental do Estado tem determinado uma mudança na concepção da *Teoria Geral do Estado* para a uma *Teoria da Constituição*. A tentativa de conceituar Estado, até o século XIX, demonstrando as múltiplas manifestações de poder (enquadrando-se em atividades de soberania interna e externa) em repúblicas e monarquias **fez com que a constituição passasse, como elemento limitador do Estado, a ser tratada como ponto de referência na teoria política, histórica, sociológica e filosófica**. Desse modo, temas como a politicidade do direito e constitucionalização da política se

³ Segundo a autora, Os que se contrapõem a essa interpretação asseveram que as normas que disciplinam esses direitos traduzem princípios e não uma obrigação jurídica e que o fornecimento de medicações de alto custo a poucos cerceia o direito a diversos outros pacientes carentes, ou seja, o interesse mais imediato a ser atendido pelas políticas públicas é o da maioria da população (TJRJ, j. 17 dez. 1998, MS 220/98, Rel. Des. Antonio Lindberg Montenegro).

tornaram importantes não mais na definição da clara positividade constitucional, mas em sua efetivação, de seu caráter integrador e unificador no Estado (teoria material da constituição).

Essa visão, segundo Gilberto Bercovici, talvez cause a principal falha da Teoria da Constituição Dirigente, ou seja, é uma Teoria da Constituição centrada em si mesma. A *Teoria da Constituição Dirigente* é uma Teoria *autossuficiente* da constituição, isto é, nela **a constituição, por si só, resolve todos os problemas estatais**, de modo que se acredita possível mudar a sociedade, transformar a realidade apenas com os dispositivos constitucionais. Conseqüentemente, **o Estado e a política são ignorados**, deixados de lado e a Teoria da Constituição Dirigente é uma Teoria da Constituição dissociada da Teoria do Estado e sem política. (2010, *online*)

E é essa teoria autossuficiente da constituição, que pretensamente, por si só, seria capaz de resolver todos os problemas do Estado, que o Judiciário adota no que concerne ao tema de saúde pública.

Observe-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do alcance da Constituição em tema de saúde:

Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em conseqüência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse ‘*non facere*’ ou ‘*non praestare*’, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

[...]

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, **em maior ou em menor extensão**, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se 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 também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.” (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) [grifou-se] (2014, *online*)

É possível deduzir que a fórmula mágica da interpretação da *suprema corte* brasileira é o “*moralismo de inércia*”. Quer dizer que “o descumprimento em maior ou menor extensão de normas constitucionais” significa *comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica*? Tem-se agora, na concepção do Supremo Tribunal Federal, a hierarquia dos problemas político-jurídicos da Nação!

Esta interpretação do STF é passível de ser admitida para normas com conteúdo claro, as quais não necessitam de políticas públicas ou regulação normativa, pois se tratam de competências privativas dos outros poderes. Cita-se, por exemplo, a seguinte norma constitucional:

Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Nesse caso, o jargão moralista do Supremo Tribunal anteriormente citado faria sentido. Agora, generalizar a infinita e insuperável *inércia* do Poder Executivo na prestação de serviços como *comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica* é fechar, sim, os olhos para todos os obstáculos na implementação de tais serviços (quer sejam históricos, materiais, humanos, orçamentários ou outros quaisquer).

Contraditório, por exemplo, é o argumento do Supremo Tribunal Federal, na mesma decisão retrocitada - AG.REG. NA SUSPENSÃO DE LIMINAR (SL 47 AgR / PE – PERNAMBUCO) demonstrando ter consciência dos efeitos nocivos que a super-eficácia do direito à saúde, acarretariam:

[...] Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. [...]

Se há impedimento material, orçamentário que pode comprometer ainda mais o sistema de saúde, então, não poderia do Supremo Tribunal Federal, classificar como de aplicabilidade imediata, o art. 196 da CF/88.

Por conseguinte, reitera-se a excepcionalidade de tais decisões, bem como a cuidadosa avaliação, de preferência respaldada por equipe médica antes da prolação de qualquer decisão que crie (como o tem feito o Judiciário) ou interfira substituindo indevidamente o gestor nas políticas públicas pré-estabelecidas pelos agentes políticos e administrativos.

2. Segundo argumento: a ação civil pública é instrumento adequado para efetivar políticas públicas

A atuação do Ministério Público em defesa de direitos e interesses metaindividuais, viabiliza, segundo alguns – inclusive o próprio Supremo Tribunal Federal (ARE 727.864/PR -

DJe de 17.9.2014, Rel. Ministro Celso de Mello – Pleno) que se invoque a tutela jurisdicional do Estado com o objetivo de fazer com que os Poderes Públicos “respeitem”, em favor da coletividade, os serviços de relevância pública.

Portanto, consideradas as políticas públicas como espécie do gênero interesses difusos seria “possível” o uso da ACP para a implementação das mesmas. Conquanto haja dissenso doutrinário. Theodoro Júnior (2001, p. 139-159) considera totalmente injurídico o manejo da ACP para alterar a alocação de verbas orçamentárias ou para alterar as prioridades administrativas. No mesmo sentido entende Meireles em sua obra *Direito administrativo brasileiro*. A contrário senso é possível mencionar Carvalho Filho (2001, p. 81) e Alonso Júnior (2005, p. 207-220).

Ora, um situação, por exemplo, é a omissão de uma Secretaria Estadual de Saúde que após ser notificada/oficiada pelo Ministério Público, sem motivação plausível, se nega a prestar atendimento a crianças com asma ou se nega a cumprir o prazo legal de início para tratamento de câncer⁴. Nesses casos, o Ministério Público poderia solicitar, inclusive, a responsabilização administrativa e penal dos responsáveis pela omissão.

Outra situação, por exemplo, seria a colocação, mediante política pública de saúde de implante coclear bilateral (CEARÁ, 2014, *online*) que custa 160 mil reais a cada paciente (procedimento que consiste em colocar um único aparelho auditivo que possibilita a perfeita audição de pacientes). Ou, por exemplo, é o do implante coclear (equipamento computadorizado colocado dentro da cóclea, na parte interna do ouvido que capta os sons e os transforma em sinal elétrico, que é interpretado no cérebro como estímulo sonoro) no qual o Ministério da Saúde “investe” R\$ 45,8 mil para o atendimento de cada paciente. Neste último tratamento, o Estado do Ceará realiza 24 cirurgias por ano, (CEARÁ, 2014, *online*) ou seja, há fila de espera para a fruição da política pública.

Imaginemos que após a Secretaria da Saúde iniciar a política pública de implantes, o Ministério Público manejasse ação civil pública para viabilizar a defesa de direitos e interesses metaindividuais e impor atendimento a todos. Se estimássemos uma fila é de 1.000 pessoas o custo seria de 160 milhões de reais – algo completamente inviável (sobretudo por se tratar apenas de uma patologia) de ser implementado com o orçamento de saúde do Estado do Ceará.

⁴ No caso do câncer, a Lei n. 12.732/12 dispõe sobre o primeiro tratamento de paciente com neoplasia maligna comprovada e estabelece prazo para seu início. Estabelece a lei: “Art. 2º O paciente com neoplasia maligna tem direito de se submeter ao primeiro tratamento no Sistema Único de Saúde (SUS), no prazo de até 60 (sessenta) dias contados a partir do dia em que for firmado o diagnóstico em laudo patológico ou em prazo menor, conforme a necessidade terapêutica do caso registrada em prontuário único”.

O agravante é que inúmeras pessoas (na maioria crianças) após receberem o aparelho (que é composto por um processador de fala que fica fora do ouvido - como se fosse um microfone captando o som do ambiente), uma semana após seu implante, por mau uso, danificam-no (por total falta de educação básica dos pais para seguir as orientações recebidas para manuseio e cuidados; a inoperância das políticas públicas educacionais para minorar essa agnosia populacional demanda outro artigo). E o que fazer? No País de orçamento das maravilhas (na concepção de teorias alienígenas incorporadas pelo Judiciário) o direito à saúde deve ser novamente implementado? Nesses casos o plausível seria ser mais criterioso na seleção dos pacientes a receber o implante, exigindo um treinamento prévio dos pais e do próprio paciente (se for o caso) para conscientizá-los sobre a importância de cuidados com o aparelho. Isso porque, não é raro que a quebra acontece porque o paciente, após o implante, não tem facilidade de acesso ao fonoaudiólogo que deve acompanhar por longo período a adequação ao implante (e por quê? Não seria por causa de políticas públicas de acompanhamento mal elaboradas?).

Vamos pensar também que segundo o art. 5º, caput, é garantido aos brasileiros e aos estrangeiros a inviolabilidade do direito à vida. Vamos então garantir os implantes cocleares bilaterais, que custa 160 mil reais, a cada paciente estrangeiro – pronto – justiça internacional e saúde ao mesmo tempo – isso é que é hermenêutica humanística inovadora. O número de estrangeiros que vem ao País fazer “turismo saudável” só aumenta com nosso Judiciário que “deveria”, nas decisões referente à saúde de estrangeiros, também ressaltar o “turismo como fator de desenvolvimento social e econômico” (art.180, CF/88).

Em pesquisa com os secretários municipais de saúde dos municípios de fronteira do Brasil, Ligia Giovanella *et al.*, (2014, *online*) informa a existência de demanda de estrangeiros para atendimento no SUS em 75% dos municípios, sendo freqüente ou muito freqüente em 36% das localidades. Segundo a pesquisa a ausência ou insuficiência de serviços públicos de saúde no país de origem (66%), a facilidade de ser atendido (60%), e a qualidade da atenção à saúde no SUS (58%) foram motivos de procura apontados pela maioria dos secretários entrevistados.

Na verdade, o direito à saúde tem se fundido com o acesso à justiça. E o acesso à justiça – em tema de saúde pública – tem se confundido com o acesso direto e ilimitado aos cofres do Estado.

É muito “bonito/nobre” escrever que a ação civil pública é instrumento processual concretizador das prerrogativas fundamentais da Carta Política a qualquer pessoa. É encantador ler que “A saúde é direito público subjetivo fundamental, diretamente ligado à

dignidade da pessoa humana e, portanto, passível de ser exigido a qualquer tempo, independentemente da existência de regulamentação infraconstitucional ou de atendimento prévio a procedimentos burocráticos”. “Feia” é a atitude do gestor mau, incompreensível, omissa dolosamente, dentre outros adjetivos postos em decisões judiciais.

Segundo Octávio Luiz Motta Ferraz e Fabiola Sulpino Vieira por mais recursos que se destine à saúde, nunca será possível atender a todas as necessidades de saúde de uma população esteja ela em país economicamente desenvolvido ou em desenvolvimento como o Brasil. Acrescentam ainda:

Essa constatação, que pode parecer óbvia a economistas e administradores da saúde acostumados a lidar com a escassez de recursos, não é facilmente compreendida pelo público em geral e pelos profissionais do direito em particular. Para estes, prevalece a idéia culturalmente arraigada de que a saúde não tem preço, sendo mesmo uma espécie de ofensa abordar aspectos financeiros quando o que está em jogo é a saúde e a própria vida. Essa postura – compreensível, mas fundamentalmente insustentável – é combinada no Brasil com a opinião consolidada de que os recursos públicos são sempre mal aplicados e freqüentemente desviados por corrupção. Nesse clima, fica a sensação de que o problema da saúde e de outros programas sociais não é a escassez de recursos, mas sim sua utilização inadequada. (2014, *online*)

Aliás, se a atribuição do Ministério Público de “proteger” direitos difusos (art.129, inc.III, CF/88) significasse “promover”, caberia com tal interpretação excêntrica, uma ação civil pública obrigando solidariamente os entes da federação a custear viagens (direito social de lazer e turismo – art.1805, CF) à Disney à população (o argumento de “proteger” como “promover” direitos sociais é o mesmo)!

Indaga-se qual é a pior “violação” da Constituição: a positiva – decorrente de “imposições” judiciais; ou a negativa – decorrentes da “inércia” governamental?

Nossa interpretação do direito à saúde (apontada neste artigo), segundo o Supremo Tribunal Federal, significa obstáculo artificial ou indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa do Estado.

Para se dar um exemplo de “manipulação financeira da saúde”, cita-se o levantamento realizado por Octávio Luiz Motta Ferraz e Fabiola Sulpino Vieira para tão somente 2 (duas) patologias:

Tome-se apenas as seguintes doenças: hepatite viral crônica C e artrite reumatóide. Imaginemos que o SUS, ao invés de oferecer, como hoje

⁵ CF/88. Art. 180. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico.

se faz, uma lista de medicamentos escolhidos pelo seu perfil de segurança, eficácia (faz o que se propõe a fazer em condições controladas), custo-efetividade (faz o que se propõe a fazer em condições reais ao menor custo) e mediante protocolo, resolvesse oferecer a todos os cidadãos portadores dessas duas doenças, conforme prevalência estimada, os medicamentos mais recentes disponíveis no mercado: interferon peguilado para a hepatite viral crônica C e infliximabe, etanercepte e adalimumabe para a artrite reumatóide.

Vejam agora quanto custaria ao SUS adotar essa política. O quadro 1 apresenta a estimativa do total de recursos financeiros, em reais (R\$), necessários para atendimento a todos os pacientes portadores dessas duas doenças, estimados em 1,9 milhão de pessoas com base nos dados epidemiológicos disponíveis.

[...]

O total é de 99,5 bilhões de reais! [...] Os gastos necessários para tratar apenas duas doenças com as tecnologias (medicamentos) citadas consumiriam, portanto, nada menos que 4,32% do PIB brasileiro. [...]

Conclui-se, assim, que os recursos financeiros necessários para implementar essa política de assistência terapêutica a apenas 1% da população e em relação a apenas duas doenças (99,5 bilhões de reais) seriam superiores ao gasto total de todas as esferas de governo com o conjunto de ações e serviços de saúde (85,7 bilhões de reais). Ou seja, para fornecer apenas 4 medicamentos para tratar 2 doenças, cobrindo 1% da população, gastar-se-ia mais que o que é atualmente gasto com todo o atendimento feito pelo SUS com internação, diagnóstico, tratamento, cirurgias, ações de educação em saúde, vigilância sanitária e epidemiológica, entre outras. Este simples exemplo, que pode parecer extremo, é porém bastante ilustrativo do problema da escassez de recursos. (2014, *online*)

Na ficção “As intermitências da morte”, José Saramago, na obra *as intermitências da morte*, narra que de repente, a morte suspendeu suas atividades num determinado País. A nação se embandeirou: tinha sido escolhida para a imortalidade, depois de milênios de sofrimento e sujeição à “indesejada das gentes”. Ano Novo, vida eterna, porque desde 1º de janeiro ninguém mais morria nesse estranho canto do mundo - uma fábula sobre os caprichos da figura macabra e ossuda que segura os fios da vida de cada um. Ela pode ser fatal, mas também tem seus sentimentos. Magoada porque os seres humanos tanto a detestam, a morte resolve mostrar como, no fundo, eles são uns ingratos. A falta de falecimentos logo se revela um problema, e não só para as agências funerárias. Os hospitais ficam lotados de pacientes agonizantes impedidos de “passar desta para melhor”. E os idosos avançam na decrepitude sem esperança de descanso (nem para eles, nem para as suas famílias), O primeiro-ministro teme uma crise, O cardeal antevê o pior: “sem morte não há ressurreição, e sem ressurreição não há igreja”. Uma organização secreta - a máphia - surge para tirar proveito. E em poucas

páginas Saramago expõe todos os vínculos que, normalmente, ligam a morte ao Estado, às religiões e ao cotidiano.

Até que ponto se pode obrigar o Estado a evitar a morte e prover a vida? Bem, esse poder, segundo os ministros do Supremo Tribunal Federal, de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humana, a quem Dworkin nomeia de juiz-Hércules, é quase que ilimitado como se apontou. (2002, p. 161)

O Judiciário pode tudo (caso provocado). Pode determinar a implementação de políticas públicas com a linguagem de “implementar os cõscios da Carta Política”. Escreve-se o presente artigo por mera “vocaçãõ” acadêmica, quiçã ao menos a pretensãõ de criar um pequeno constrangimento epistemolõgico aos aplicadores da lei e da Constituiçãõ.

3. Terceiro argumento equivocado: o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional

Esse argumento é defendido, por exemplo, por Luiza Cristina Fonseca Frischeisen na obra “A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público” (2000, p. 95-97) - autora citada continuamente pelo Ministro Celso de Mello em seus julgados acerca do direito à saúde no STF”.

Mas como o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre políticas de saúde? Quem atribui a implementação do direito à saúde “por meio de políticas” não é o art. 196, da CF/88? A Constituição não atribui aos entes o poder de legislar sobre proteção e defesa da saúde (art.24, inc.XII)? A Constituição não atribui aos Municípios prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população (art.30, inc.VII)? A Lei 8.080/90 não aponta aos entes da federação atribuição para formular políticas de saúde (art.5º, inc.II)?

A discricionariedade condicionada pela norma do art. 196 da CF/88 que têm o administrador e o legislador é de não criar políticas discriminatórias (atendimento à saúde voltado somente à capital, atendimento voltado apenas a idosos etc.).

A discricionariedade judicial em tema de saúde pública é que se apresenta como uma fatalidade. O *locus* onde o positivismo (digo – Constituição Federal e Lei Orgânica do SUS) coloca a discricionariedade não pode ser manipulado por fórmulas teóricas da ciência do direito (sobretudo alienígenas que não guardam consonância com a vida pública nacional).

É míope quem não enxerga que o Estado não presta incontáveis serviços públicos – sobretudo na área de saúde. Seria impossível elencar neste ensaio o rol de tratamentos, medicamentos, repartições públicas, profissionais envolvidos com saúde pública, etc.

Prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou, em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde, é respeitar, de início, as políticas públicas formuladas pelo Executivo e Legislativo.

Aquilo que, por limites orçamentários, por ineficiência histórica de gestão, etc. entre inúmeros outros fatores tem se apontado como incompetência dos demais Poderes do Estado, não autoriza uma postura judicial para além dos limites estabelecidos constitucionalmente.

Deve-se enfatizar que o Constituinte quase não enfatizou/discriminou políticas públicas. O que fez o constituinte foi elaborar uma carta, sobretudo, de intenções no que se refere aos direitos sociais.

Será então que se figura legítima a intervenção jurisdicional, justificada pela genérica “omissão/inércia” governamental em conferir significação real ao direito à saúde? Não há então ofensa ao postulado da separação de poderes?

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se que os temas aqui debatidos são bastante controversos, ensejando muitas dúvidas. No entanto, é possível dessumir que a intromissão do Poder Judiciário nas políticas públicas não pode ser analisada de forma superficial, nem (como a maioria das questões do direito, que é uma ciência dialética e dialógica da compreensão) sem ter em conta o caso concreto.

Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário pode estar sim criando indevidamente uma política pública, sobretudo no caso de ação civil pública, interferindo na ordem administrativa que pode gerar lesão e prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada.

Em países como o Brasil, nos quais o direito à saúde é acenado na CF como direito de todos, mas verifica-se que os cidadãos não conseguem usufruir de um mínimo essencial desse direito, a Constituição deveria necessariamente ter caráter dirigente, compelindo o Estado a agir, deveria ter uma exegese (pelos três poderes) que seja transformadora do status quo social. Ater-se ao aspecto formal da interpretação de uma norma programática não significa transformar o direito fundamental em promessa constitucional inconsequente, mas

reconhecer a autonomia da política, a vontade do constituinte e não desconsiderar inúmeros obstáculos à concretização do texto constitucional. Mas, a realidade social impõe que se ponderem as ações, com base na exequibilidade delas, dentro das possibilidades orçamentais.

Reconhecer que a interpretação literal da Constituição de que a “saúde é um direito de todos e dever do Estado” significaria “atendimento integral e indiscriminado a todos”, denotaria um esdrúxulo mágico poder conferido ao cidadão de se requerer a execução de todas as possibilidades imagináveis de uma conduta estatal no que concerne a saúde pública.

Se provocado por demandas individuais, o Judiciário será compelido a se posicionar, contudo, deve fazê-lo do modo menos intromissivo possível e procurando ficar adstrito e alinhado, da melhor maneira, às legislações e medidas administrativas que disciplinam as Políticas Públicas.

Caso a provocação ocorra por meio de ação civil pública a limitação judicial ainda é maior, de modo que, em regra, não podem ser criadas políticas pública pela via judicial, mas tão somente se determinar o cumprimento das políticas já criadas/determinadas pelo Legislativo e Executivo e não implementadas à margem da lei e da Constituição.

O gestor público tem discricionariedade, obedecidos os fundamentos mínimos constitucionais do direito à saúde, ao estabelecer políticas públicas sanitárias, sendo vedado, no entanto, comportamento discriminatório.

O Judiciário não deve adotar uma teoria autossuficiente da constituição que, por si só, seja capaz de resolver todos os problemas do Estado, no que reportar-se ao tema de saúde pública.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALONSO JR., Hamilton. A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais. *In*: MILARÉ, Edis. (Org.). **Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

BARROSO, Luís Roberto **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de informação legislativa**, Brasília, a. 36, n. 142, abr./jun. 1999. Disponível em: <http://lms.ead1.com.br/upload/biblioteca/modulo_1597/X8K3WUHNT4.pdf>. Acesso em: 15.dez. 2014.

_____. **Constituição e política: uma relação difícil**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/0D/ln/n61/a02n61.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ARE 727.864/PR**. Decisão publicada no DJe de 17.9.2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo766.htm>>. Acesso em 19 nov.2014.

_____. **AG.REG. NA SUSPENSÃO DE LIMINAR (SL 47 AgR / PE – PERNAMBUCO)**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>>. Acesso em: 20 nov.2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CARVALHO, Filho. **Ação Civil Pública**. Comentários por artigo. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2001.

CEARÁ. Secretaria de Saúde. **HGF realiza primeiro implante binaural do Ceará**. Disponível em: <<http://www.saude.ce.gov.br/index.php/noticias/46392-implante-binaural>> Acesso em 20/11/2014.

_____. **Ceará inicia no HGF implante coclear pelo SUS**. Disponível em: <<http://www.saude.ce.gov.br/index.php/noticias/43781-ceara-realiza-primeiro-implante-coclear-pelo-sus>> Acesso em 20/11/2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta, VIEIRA, Fabiola Sulpino. **Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante**. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direito_a_Saude_Recursos_escassos_e_equidade.pdf>. Acesso em 18/11/2014.

GIOVANELLA, Ligia. et al. **Saúde nas fronteiras: acesso e demandas de estrangeiros e brasileiros não residentes ao SUS nas cidades de fronteira com países do MERCOSUL na perspectiva dos secretários municipais de saúde**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0102-311x2007001400014&script=sci_arttext> Acesso em: 22/11/2014.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 11 ed. São Paulo: Método. 2007.

SARAMAGO, José. **As intermitências da morte**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____.; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (Coords). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Kênia Lara et al. **Internação domiciliar no Sistema Único de Saúde**. Disponível em: < <http://portaldoenvelhecimento.com/old/artigos/internacaodomiciliar.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2015.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. **Ciência política & teoria do estado**. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Algumas observações sobre a ação civil pública e outras ações coletivas**. Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil, Porto Alegre, n. 09, p. 139 – 159, 2001.