

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

**ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS
NO BRASIL. A TENSÃO ENTRE AS FUNÇÕES DO PODER EXECUTIVO E DO
PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: A BUSCA DOS
CRITÉRIOS ADEQUADOS CONSTITUCIONALMENTE**

HECTOR CURY SOARES

**São Leopoldo
2009**

HECTOR CURY SOARES

**ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS
NO BRASIL. A TENSÃO ENTRE AS FUNÇÕES DO PODER EXECUTIVO E DO
PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: A BUSCA DOS
CRITÉRIOS ADEQUADOS CONSTITUCIONALMENTE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Têmis Limberger

**São Leopoldo
2009**

Ficha catalográfica

S676a Soares, Hector Cury

Administração pública e implementação de políticas públicas no Brasil: a tensão entre as funções do poder executivo e do poder judiciário na efetivação do direito à saúde: a busca dos critérios adequados constitucionalmente / por Hector Cury Soares. – 2009. 188 f. : il. ; 30cm.

Dissertação (mestrado) — Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2009.
“Orientação: Prof^ª. Dr^ª. Têmis Limberger”.

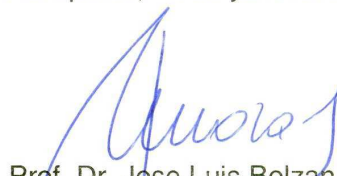
1. Políticas públicas. 2. Direito à saúde. 3. Controle judicial. 4. Hermenêutica. 5. Medicamentos. I. Título.

CDU 35

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “**Administração pública e implementação de políticas públicas no Brasil. A tensão entre as funções do poder executivo e do poder judiciário na efetivação do direito à saúde: A busca dos critérios adequados constitucionalmente**”, elaborada pelo mestrando **Hector Cury Soares**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.


São Leopoldo, 12 de janeiro de 2010.



Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes,
Coordenador Executivo
do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Têmis Limberger 

Membro: Dr. Juarez Freitas 

Membro: Dra. Sandra Regina Martini Vial 

Conheci na Bruzundanga um rapaz (creio que está nas <<Notas>>), de rabona de sarja e ares de familiar do Santo Officio, mas tresandando a Comte, senão a anticlericalismo, que, de uma hora para outra, se fez reitor do Asylo de Engeitados, apandilhado com padres e frades, depois de ter arranjado um rico casamento ecclesiástico, afim de vêr se, com apoio da sotaina e do solidéo, se fazia ministro ou mesmo Manda-Chuva da República. Que mayor, não acham?

BARRETO, Lima. **Os Bruzundangas**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1922.

AGRADECIMENTOS

Ao meu avô que nunca hesitou em valorizar a formação acadêmica, portando-se sempre como um grande humanista. Deixou para mim a maior herança: o conhecimento;

Aos meus pais, Ademir e Ieda, pelo suporte, nas suas diversas acepções;

Ao meu irmão pelo afeto e angústias compartilhadas no mesmo apartamento;

A minha pequena irmã, Luciana, que tem um pequeno-grande-nano espaço no meu coração;

Ao amigo Guilherme Camargo Massaú ou, simplesmente, Uassam pelos diálogos carnalizadores Pelotas-Porto Alegre- Rio Grande-Leipzig-Aquários;

Aos amigos do PPGD, Gustavo Batista (novo-papai), Fausto Moraes, Daiane Aguiar, Carolina Suptitz, Lucas Laitano, Gabrielle Kölling (mestre-revisora-mor), Vera Loebens e Simone Blumen;

A amiga Deisy Ventura, ou Fly, por mostrar a arte e o mundo do direito com outras cores;

A minha orientadora, Têmis Limberger pela dedicação, pela paciência e pela visão humana, uma verdadeira orientadora dando *toques* fundamentais à pesquisa, com sua elegância e sapiência;

A professora Jânia Maria Lopes Saldanha pelo diálogo incipiente (de minha parte) na seara processual e pelas sugestões sempre criativas, dignas da poesia;

Ao professor José Luiz Bolzan de Moraes, sempre paciente com minhas crises de estado. Professor cujas obras serviram de fonte de inspiração desde a graduação, além dos constantes diálogos em aula e fora de aula e pela postura democrática a frente do PPG;

Aos colegas de Universidade Federal do Rio Grande (FURG), que tão calorosamente me acolheram, especialmente, Renato Duro, Paulo Opuzska, Éder Dion, Francisco Quintanilha, Carlos André, João Moreno Pomar, Bryan Devos, Rubino, Luize e Maria Cristina Tellechea

Aos amigos da UFSC, muitos já ex-UFSC, Luiz Otávio Ribas, Lucas Taschetto e Letícia Dyniewicz... Pelos carnavais de outrora;

Aos meus alunos da graduação da FURG, vítimas em Direito Civil IV;

As Marias da minha vida por serem poetisas e aos Poetas por serem lascivos com as palavras...

A CAPES, pela bolsa, sem a qual meu mestrado ainda estaria no plano das ideias;

As crases que fogem dos meus agradecimentos, pelo seu tom agressivo e destoante da amizade de Dionísio.

LISTA DE ABREVIATURAS

AIS – Ações Integradas de Saúde

ANSS – Agência Nacional de Saúde Suplementar

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

CIB – Comissão Intergestora Bipartite

CES – Conselho Estadual de Saúde

CMS – Conselho Municipal de Saúde

CNS - Conselho Nacional de Saúde

CNRS – Comissão Nacional de Reforma Sanitária

CONASEMS – Conselho Nacional dos Secretários de Saúde

CONASS – Conselho Nacional dos Secretários Municipais de Saúde

CPMF – Contribuição Provisória sobre Circulação Financeira

CREMERS – Conselho Regional de Medicina do Rio Grande do Sul

CRS – Coordenadoria Regional de Saúde

CIT – Comissão Intergestora Tripartite

DNSP – Departamento Nacional de Saúde Pública

EC – Emenda Constitucional

FENAESS – Federação Nacional de Estabelecimentos de Serviços de Saúde

FNS – Fundo Nacional de Saúde

INAMPS – Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social

INPS – Instituto Nacional de Previdência Social

LOS – Lei Orgânica da Saúde

MS – Ministério da Saúde

NOB – Norma Operacional Básica

NOAS – Norma Operacional da Assistência à Saúde

OMS – Organização Mundial da Saúde

OPAS – Organização Pan-americana de Saúde

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUS – Sistema Único de Saúde

RESUMO

O presente trabalho tem como preocupação central o estudo do controle judicial das políticas públicas, especialmente, de saúde. Inquire acerca do estabelecimento de critérios constitucionalmente adequados de controle. Em relação ao fornecimento de medicamentos (e tratamentos) pelo Poder Executivo, objeto de constantes demandas. Em geral, torna-se um problema ao Poder Executivo, ou por ineficiência do Estado (no caso do não cumprimento das listas) ou por deferimento de medicamentos não constantes nas listas, gerando exacerbado custo aos cofres públicos. Todavia, é variável inerente a pesquisa, a necessidade da afirmação do Poder Judiciário, mediante a realização de demandas sociais (judicialização da política). De tal modo que, a crescente intervenção judicial confronta-se com as raízes do chamado Estado Democrático de Direito, pois há uma interferência, muitas vezes, ligada à efetivação de um direito individual à saúde, colocando em xeque perspectivas de macrojustiça. Diante disso, também, nota-se o avanço do individualismo tardo-moderno, que se opõe à proposta de Estado. Por isso, verifica-se na pesquisa, a necessária releitura dos limites processuais de intervenção, bem como, dos instrumentos para isso. Por outro lado, rompe-se com um espaço *totêmico* do Direito Administrativo, qual seja a não permissividade do controle judicial das políticas públicas, devido à discricionariedade administrativa. Portanto, o estabelecimento desses critérios, eis que o deferimento de uma demanda individual coloca em risco uma política pública elaborada à coletividade, tendo em vista os escassos recursos e os custos dos direitos, são objetos da dissertação. Também, a Audiência Pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal, convocada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) que teve como mote ouvir especialistas ligados as mais diversas áreas do conhecimento (advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários) todos tratando acerca da saúde pública no Brasil e do Sistema Único de Saúde. A proposta consubstanciada suscita a limitação do controle judicial das políticas públicas, tendo como referência a hermenêutica, calcada nos princípios constitucionais à proteção dos direitos sociais. Portanto, a pesquisa propõe-se a ser um instrumento capaz de contribuir para estabelecer uma perspectiva hermenêutica que permita o acesso ao direito à saúde, por meio da implementação de políticas públicas.

Palavras-chaves: Políticas Públicas – Direito à Saúde – Controle Judicial – Hermenêutica – Critérios - Medicamentos.

ABSTRACT

This work is centered on the study of judicial review of public policies, especially the public health policies. Inquire about the establishment of criteria constitutionally adequate control. The supply of medicines (and treatment) by the Executive, object of constant litigation. In general, it becomes a problem to the Executive, or by inefficiency of the State (in case of failure of the lists) or by acceptance of drugs not on the lists, generating exacerbated cost the public budget. However, the inherent variable research, It is the need for affirmation of the judiciary, through the implementation of social demands. So that, the increasing judicial intervention is faced with the roots of so-called Democratic State of Law, because there is interference, often linked to the realization of an individual right to health, jeopardizing prospects *macrojustiça*. Given this, too, notes the progress of *late-modern individualism*, which opposes the proposed rule. Therefore, there is the research, the business of doing readings for due process of intervention, as well as the instruments for this. On the other hand, breaks up with a space *totem* of Administrative Law, which is not permissive judicial control of public policies, due to administrative discretion. Therefore, the establishment of those criteria, here is the acceptance of an individual demand endangers public policy drawn up in the community, in view of scarce resources and the costs of royalties, are objects of the dissertation. Also, the Public Hearing held by the Supreme Court, convened by the President of the Supreme Court, Minister Gilmar Mendes, who heard 50 experts, including lawyers, public defenders, prosecutors, judges, teachers, doctors, technicians' health managers and users of national health care system. The proposal embodied raises the expansion of judicial control of public policies, with reference to hermeneutics, based on the principles of constitutional protection of social rights. Therefore, research is proposed to be a means of contributing to establish a hermeneutic perspective that allows access to the right to health, through the implementation of public policies.

Keywords: Public Policy - Right to Health - Judicial Control - Hermeneutics – Criteria - Medicine.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
CAPÍTULO 1. A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE EM PAÍSES DE “MODERNIDADE TARDIA”: O DESVIO DO EXECUTIVO AO JUDICIÁRIO.	21
1.1. As demandas individuais e as demandas coletivas: afinal em que consiste o controle judicial das políticas públicas de saúde no Estado Democrático de Direito?.....	21
1.1.1. A racionalização de recursos voltados às políticas públicas de saúde e a tendência de aumento de demandas individuais no Brasil.	23
1.1.1.1. A modernidade tardia e o neoliberalismo à brasileira.	23
1.1.1.2. A escassez de recursos e o Poder Judiciário racionalizador	28
1.1.1.3. Consequências (neo)liberais: o avanço do individualismo e o solapar do projeto Democrático de Estado de Direito.	34
1.1.2. A priorização de demandas coletivas (comunitárias) como forma de efetivação das políticas públicas de saúde	42
1.2 O papel do Estado Democrático de Direito enquanto condição de possibilidade ao controle judicial, aplicação às políticas públicas de saúde.	51
1.2.1. Da elaboração à execução de políticas públicas de saúde no Brasil e os momentos de intervenção do Poder Judiciário na ótica do Estado Democrático de Direito	53
1.2.2. Os instrumentos processuais adequados ao controle de políticas públicas	67
CAPÍTULO 2. ENTRE OS LIMITES E AS POSSIBILIDADES DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O PAPEL DO JULGADOR.	82
2.1. A aplicação dos princípios constitucionais como abertura ao deferimento de quaisquer demandas individuais	82

2.1.1. A força dos princípios constitucionais como limitação à Administração Pública.	84
2.1.2. O juiz e o Estado Democrático de Direito: um ator da transformação social, em favor do controle judicial das políticas públicas de saúde, em nome da coletividade.	99
2.2. A superação do senso comum teórico e a (re)significação do controle judicial das políticas públicas de saúde.	114
2.2.1. Contra a totemização do Direito Administrativo: a superação e a reafirmação do poder discricionário (juridicamente vinculado) nas políticas públicas. A relação entre Administração Pública dirigente e discricionariedade.	116
2.2.2. Os limites e os critérios ao controle judicial das políticas públicas de saúde no caso do fornecimento de medicamentos. A Audiência Pública n.º 4 e algumas decisões do Supremo Tribunal Federal (2007-2009).	131
2.2.2.1. Acórdãos e Decisões do Supremo Tribunal Federal no período de 2007-2009, mudanças sob a ótica do Estado Democrático de Direito.	132
2.2.2.2. A Audiência Pública n.º 4 e seus primeiros reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.	138
2.2.2.3. Critérios e Limites ao Controle Judicial de Políticas Públicas de Saúde.	147
CONSIDERAÇÕES FINAIS	152
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	161
ANEXO A	184
ANEXO B	186

INTRODUÇÃO

“Eu tive ideias novas: houve a necessidade, portanto, de encontrar novas palavras ou de dar às antigas novas significações.”

Montesquieu

A saúde que pertencia quase totalmente à iniciativa privada, passa a ser tema de políticas públicas. Aquilo que deveria representar o mínimo, dito de outra forma, condição ao exercício da cidadania, torna-se o foco de problemas de feições públicas. Até recentemente, questões ligadas à saúde, como a prática da medicina era uma troca de diagnósticos, curas ou não curas, por honorários pagos ao médico, dando feições privadas às questões vinculadas à saúde. Talvez, tal caráter estivesse ligado à precariedade do seu exercício, ainda sem as generosas contribuições da evolução tecnológica, pouco se podia fazer pelos pacientes. Muitas vezes, a sua forma popular produzia uma espécie de provisão comunitária. Sempre esteve à disposição daqueles que tinham condições de arcar com os custos de um tratamento ou de medicamentos. Como resultado prático, a questão da saúde sempre teve reflexos importantes na consciência coletiva, na seguinte lógica, deve-se prover assistência à doença e não à riqueza. Na Antiga Grécia, médicos glorificados, mesmo enquanto ganhavam a vida com os pacientes pagantes, atendiam aos pobres. Durante a Idade Média, na Europa, a cura da alma era pública, a cura do corpo, privada. Nos idos contemporâneos, a situação inverte-se, em que pese haver uma redefinição própria do que seja o espaço público.

Talvez, a melhor explicação a essa inversão seja que se perde a fé na cura da alma, e se passa a acreditar cada vez mais na cura do corpo. O próprio pensamento racional coloca o homem centrado em si mesmo, na razão; a eternidade afasta-se da consciência coletiva, a longevidade passa ao primeiro plano. A necessidade de viver mais, de resistir ao tempo, ganha o espaço público. A modernidade demonstrou que a longevidade é um anseio socialmente reconhecido, cada vez mais as legislações buscaram proteger o cidadão e permitir que ele tenha a oportunidade de uma vida longa e saudável. Nessa linha de raciocínio, a possibilidade de acesso a médicos, à assistência hospitalar, a medicamentos, a tratamentos etc, passa a ser uma preocupação da comunidade. Isso permitiu um redesenho nas instituições, da apelação à fé, à igreja, o cidadão passou a apelar à clínica, ao hospital, aos medicamentos...

O aumento gradual do interesse das comunidades políticas pela assistência médica representou e representa uma erosão lenta da assistência religiosa. Grandes campanhas de saúde pública ganharam espaço no final do século XIX e início do século XX (no Brasil, especialmente). A preocupação pública com a saúde reflete na criação de faculdades de medicina, no licenciamento de médicos, da destinação de verba estatal para hospitais, pequenas intervenções estatais, as quais representam um importante compromisso público.

Por sua vez, o desenvolvimento de novas tecnologias, durante o século XX, aperfeiçoa cada vez mais as drogas utilizadas pela medicina, dando maiores possibilidades de longevidade aos cidadãos e, desta forma, a doença passa a ser vista como uma peste, quer-se a cura a qualquer custo. Novas tecnologias implicaram o desenvolvimento de grandes mercados da cura e da presença de grandes complexos de indústrias farmacêuticas, oferecendo novas curas ao problema da saúde pública.

Em geral, serviços que vão além daquilo que o cidadão comum poderia pagar por um medicamento ou tratamento, aspecto que se torna mais relevante no Brasil, em que boa parte da população encontra-se abaixo da linha da pobreza e, naturalmente, em níveis de subcidadania, não permitindo o acesso aos medicamentos básicos. Com isso, passa-se a exigir, de forma veemente, tais prestações por parte do Estado, que se vê, até pelos aspectos constitucionais, na premência de dar acesso às prestações ligadas à saúde pública.

No entanto, a citada condição do Brasil, ou seja, de país de modernidade tardia, em que a afirmação dos direitos sociais não ocorreu, diferentemente, dos países centrais; em função da conjugação de questões vinculadas à equação econômica (própria escassez de recursos) e a questões sociais (para tanto, basta verificar o índice de desenvolvimento humano do país), nem sempre pode atender os anseios dos cidadãos ou de comunidades carentes.

Dentro da ótica do Estado Democrático de Direito, presente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o caminho a ser seguido foi buscar a tutela judicial, garantindo o acesso aos medicamentos. Nesse sentido, a temática do controle de políticas públicas de saúde ganha espaço na seara jurídica. Além disso, igualmente, a estruturação do Sistema Único de Saúde, com a Constituição de 1988, dá a dimensão e a relevância do social do tema, passando pelo debate acerca da gestão Estatal na saúde e dos meios utilizados à efetivação do direito à saúde.

Por outro lado, sob a ótica dogmática, o tema do controle judicial das políticas públicas, em especial, de saúde, é instigante e ao mesmo tempo crucial. Instigante, na medida em que visa romper com um espaço *totêmico* do Direito Administrativo, qual seja a os limites jurídicos à discricionariedade administrativa e, de igual forma, os critérios ao controle exercido pelo Poder Judiciário; e crucial, devido aos custos gerados à efetivação do direito à saúde, quando não se limita a atividade do Judiciário, possibilitando o deferimento de tratamentos (e medicamentos) de alto custo. Isso, de certa maneira, faz com que as políticas públicas de saúde sejam prejudicadas, por isso, a necessidade de tratar, na pesquisa, sobre o individualismo, comunidade (coletividade) e a própria noção de políticas públicas. Os problemas gerados – em tempos de, naquilo que se opta denominar, *pós-tudo* – no qual o individualismo de índole técnica ganha espaço, comprometendo, em termos jurídicos, aspectos fundamentais à jurisdição.

Contudo essa necessidade de controlar pontualmente, alguns aspectos das políticas públicas advém, também, de um contexto de constitucionalização do Direito Administrativo e a incorporação de direitos sociais fundamentais. Nesse sentido, a redemocratização representou uma profunda mudança do sistema jurídico brasileiro. A Constituição Federal de 1988 promoveu uma revisão dos conceitos jurídicos em todos os ramos do Direito. O fenômeno da constitucionalização do Direito é percebido não somente nos debates doutrinários, mas sobretudo na prática forense, de sorte que a Constituição Federal de 1988, ao conferir constitucionalidade a diversos princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito, cria um programa salutar a ser seguido pelos agentes públicos no desenvolvimento de políticas públicas à concretização do direito à saúde.

Ocorre que tal dever torna-se um problema ao Poder Executivo, ou por ineficiência do Estado (no caso do não cumprimento das listas) ou por deferimento de medicamentos não constantes nas listas, houve um deslocamento ao Poder Judiciário para o deferimento do direito à saúde. Contudo, a ausência de critérios constitucionalmente adequados às decisões

deu azo ao ativismo judicial, gerando uma excessiva despesa para o fornecimento de medicamentos. Dessa forma, soa como necessário o estabelecimento desses critérios, eis que o deferimento de uma demanda individual coloca em xeque uma política pública elaborada à coletividade (direito social-fundamental), tendo em vista os escassos recursos e os custos dos direitos.

Prova disso é a Audiência Pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal, convocada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF). A intenção é que os esclarecimentos prestados pela sociedade a esta Audiência Pública sejam de grande importância no julgamento dos processos de competência da Presidência do STF que versam sobre o direito à saúde.

Assim, ao Direito Administrativo suscita a limitação do controle judicial das políticas públicas, tendo como referência a hermenêutica, calcada nos princípios constitucionais à proteção dos direitos sociais, de modo a orientar as escolhas do Poder Judiciário, com o objetivo da efetivação do direito social à saúde. Dessa forma, rompe-se com o *sensu comum teórico* do Direito Administrativo, o qual não autoriza a sindicabilidade das políticas públicas. Da mesma forma, a re-significação da política pública de saúde no Brasil visa construir um modelo de controle judicial condizente a um país periférico, rompendo com o simples traslado daquilo que é política pública na Europa (onde há factualmente um Estado Social) ou controle judicial da administração inspirado no Direito Administrativo, francês do século XIX (liberal-individualista).

Por conseguinte, a pesquisa propõe-se a ser um instrumento capaz de contribuir para estabelecer uma perspectiva hermenêutica que permita o acesso ao direito à saúde, por meio da implementação de políticas públicas, em que pese se tratar de intervenção do Poder Judiciário no Poder Executivo, dentro de limites constitucionais. No entanto, ao fixar critérios adequados ao Poder Judiciário, limitará o controle a determinadas circunstâncias, tendo em vista o custo do fornecimento dos medicamentos e a possibilidade de, com uma política pública voltada ao coletivo, efetivar-se o bem saúde pública, previsto na Constituição Federal. Com isso, o trabalho intenta estabelecer limites constitucionalmente adequados à intervenção do Poder Judiciário, visando políticas públicas de saúde e a tensão existente entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário, na efetivação do direito à saúde.

Para tanto, apresenta-se a postura do chamado *sensu comum teórico*, em relação ao controle judicial do direito à saúde como política pública e a necessidade da sua re-significação, no contexto da “modernidade tardia” brasileira; também, realiza-se a análise de

algumas decisões apresentadas pelo Supremo Tribunal Federal, no período compreendido entre 2007 e 2009, apontando as verdades institucionalizadas sobre o controle judicial de políticas públicas; giza-se a necessidade de Administração Pública dirigente, tendo em vista a concretização dos direitos sociais por meio de políticas públicas, no caso o direito à saúde e o fornecimento de medicamentos no Estado Democrático de Direito; trata-se do controle judicial da política pública de fornecimento de medicamentos, a partir de novas possibilidades significativas, oriundas da crise do Estado e da superação do paradigma jurídico-estatal, de fundo liberal-individualista; por fim, identifica-se o modelo de Estado instituído pela Constituição Federal de 1988, bem como condição de possibilidade da concretização do direito à saúde como política pública, ultrapassando a perspectiva do *sensu comum teórico* para um *modo-de-ser* gerencial, democrático de controle jurisdicional de políticas públicas. Com isso, buscou-se responder o problema da pesquisa.

Todavia, para estabelecer os limites e os critérios ao controle das políticas públicas, além da pesquisa bibliográfica, própria a metodologia empregada nessa espécie de pesquisa, é necessário um levantamento jurisprudencial, durante o período de dois anos, junto ao Supremo Tribunal Federal e fez-se leitura da Audiência Pública n.º 4, bem como, dos primeiros reflexos da mesma, nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Foi utilizada a base de decisões disponibilizadas no *site* do Supremo Tribunal Federal. As palavras-chaves para pesquisa foram: *direito e saúde; políticas e públicas e controle; fornecimento e medicamentos*. A partir desta primeira triagem, é feita, ao decorrer da dissertação, uma análise qualitativa das decisões, pontuando os limites estabelecidos pelo órgão decisor. Além disso, em função do fôlego do trabalho (e objetivos) e do número de decisões relativas à temática, apenas algumas decisões são pontuadas. A massificação de decisões, mesmo no STF, e a utilização incidental na investigação, permite tal pontuação à redação da pesquisa.

De tal levantamento, obtiveram-se os seguintes resultados, termo pesquisado “direito e saúde”: 74 (setenta e quatro) acórdãos, 343 (trezentos e quarenta e três) decisões monocráticas, 248 (duzentas e quarenta e oito) decisões da presidência e 7 (sete) repercussões gerais, conforme é apontado (anexo A). Quanto ao termo pesquisado “políticas e públicas e controle”, os resultados foram os seguintes: 2 (dois) acórdãos, 25 (vinte e cinco) decisões monocráticas, 10 (dez) decisões da presidência, 1 (uma) questão de ordem (anexo B). Em diversos casos, as decisões verificadas não estavam afins com a temática da pesquisa, embora houvesse um número alto de decisões, tratando do controle judicial de políticas públicas.

Durante a dissertação, para o tratamento de tais resultados e para obter as respostas ao problema de pesquisa, foi eleito tratá-lo em dois capítulos. O primeiro capítulo trata da efetivação do direito à saúde em países de “modernidade tardia” e o desvio do Poder Executivo ao Poder Judiciário, no papel de controlador das políticas públicas. Dimensionando a sensibilidade do direito à saúde em países que não tiveram as conquistas dos direitos sociais como em países centrais, demonstrando sua fragilidade, em países, periféricos, incumbindo à jurisdição constitucional a afirmação do direito à saúde e a determinação de políticas públicas, muitas vezes.

Entretanto, nesse primeiro momento, surge a necessidade de compreender como, no Estado Democrático de Direito, o qual deveria reafirmar laços solidários, permite-se as demandas individuais para assegurar o direito à saúde? Além disso, da relação entre a escassez de recursos voltados à saúde, a força neoliberal e a tendência a aumentos de demandas individuais, ficando desprestigiados os instrumentos coletivos de acesso ao Judiciário. Salienta-se, de outra mão, a necessidade de encontrar na tutela coletiva, na perspectiva comunitária, o espaço constitucionalmente adequado ao amplo e democrático debate, em relação às políticas públicas de saúde.

Ainda no primeiro capítulo, em sua segunda metade, debate-se o papel do Estado Democrático de Direito enquanto condição do controle judicial de políticas públicas de saúde, isto é, como a presença, dessa forma estatal, na Constituição pode representar condição para o controle adequado, dessa espécie de política pública. De tal sorte, que são revisados os momentos de intervenção nas políticas públicas de saúde e os instrumentos processualmente adequados para o controle de políticas públicas de saúde, sempre sob a égide da crítica comunitária à tradição liberal-individualista do processo civil brasileiro.

No segundo capítulo do trabalho, confluem-se os debates diretamente para o papel do julgador nas políticas pública de saúde para que se estabelecessem os limites e as possibilidades do controle jurisdicional de políticas públicas. Tal capítulo divide-se em dois sub-capítulos: o primeiro tem como objetivo tratar da aplicação dos princípios constitucionais como abertura ao deferimento de quaisquer demandas individuais, ou como em uma era do *pós*, a constituição de sentido a um princípio é fundamental para evitar que os princípios constitucionais não se tornem a possibilidade do deferimento de quaisquer demandas judiciais, isto é, quaisquer medicamentos (ou tratamentos).

Para isso, discorre-se acerca da importância dos princípios como limitação à Administração Pública, pois permitem uma restrição à arbitrariedade no seu âmbito,

mostrando a conquista disso como processo histórico; em outra perspectiva, como esses mesmos princípios estão a serviço de uma perspectiva hermenêutica, portanto, analisa-se o juiz como transformador da realidade social no Estado Democrático de Direito, para a superação da tradição de cariz liberal. Na segunda parte do segundo capítulo, diante de todas as premissas abordadas na pesquisa, parte-se a dar novo significado ao controle das políticas públicas de saúde, reescrevendo, de igual forma, o papel da Administração Pública. Temáticas como o poder discricionário da administração, a sua superação e a sua reinserção, são tratados, outrossim, a leitura do princípio da proporcionalidade e sua importância à Administração Pública.

Por fim, estuda-se a evolução do controle de políticas públicas de saúde na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, durante os últimos dois anos, do controle de políticas públicas de saúde, igualmente, a contribuição das manifestações dos especialistas na Audiência Pública n.º 4 e seus incipientes reflexos nas decisões do Supremo Tribunal Federal.

Com base nessas considerações, intenta-se estabelecer alguns limites e alguns critérios, em consonância com a perspectiva do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, a pesquisa servirá de base a estudos mais aprofundados relacionados à temática do controle judicial das políticas públicas, além da importância da produção de uma perspectiva sustentada na hermenêutica, acerca do controle judicial da política de fornecimento de medicamentos, até então pouco tratada em trabalhos desse porte. Intenta-se inovar na temática da judicialização da política, pois, apresentar-se-ão aspectos de cunho sociológico, no tocante ao controle judicial de políticas e à implementação do direito à saúde (conflito entre demandas individuais e demandas coletivas).

Aproxima-se da linha de pesquisa vinculada ao programa de pós-graduação, Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos, por tratar de temática do Direito Público (área de concentração), trazer discussão acerca do Estado (modelo liberal e modelo democrático de Direito) e por abordar a concretização de direito social-fundamental (direito à saúde). Além, de ter sido objeto de outros trabalhos, já publicados e a serem publicados, acerca da mesma temática, em grupo de estudos próprio, no programa de pós-graduação.

A pesquisa pretende, em conformidade com a proposta de sua linha, estabelecer e aprofundar críticas ao modelo hermenêutico tradicional e à forma estabelecida de se pensar o controle jurisdicional da Administração Pública. Na medida em que a área de concentração trata da temática do Direito Público, torna-se imprescindível trazer para o âmbito desta linha

de pesquisa, discussões acerca do Estado e a necessária resposta às demandas sociais, a partir da concretização dos direitos sociais.

Disso decorre a investigação da efetividade do direito à saúde e da aplicabilidade das normas pelo Supremo Tribunal Federal. Isso, a partir de uma revisão dos conceitos hoje predominantes na doutrina, tornando primordial o estudo da Constituição e da Jurisdição, dos seus vínculos com as diversas áreas do Direito Material e Processual e os reflexos e a tradução de conhecimentos de outras áreas das ciências humanas.

CAPÍTULO 1. A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE EM PAÍSES DE “MODERNIDADE TARDIA”: O DESVIO DO EXECUTIVO AO JUDICIÁRIO.

1.1. As demandas individuais e as demandas coletivas: afinal em que consiste o controle judicial das políticas públicas de saúde no Estado Democrático de Direito?

O desafio de pensar o tema do controle judicial de políticas públicas, em se tratando do direito à saúde, atinge necessariamente a tensão existente entre a busca da realização das políticas públicas por meio de demandas individuais e por meio de demandas coletivas. O questionamento feito, nesse momento, é quanto à adequação dos diferentes instrumentos em face do Brasil ter averbado em sua Constituição a proposta de Estado Democrático de Direito. A presença de diferentes direitos sociais na Constituição da República de 1988 é extensa e exaustiva, abrindo a possibilidade da incorporação de novos direitos sociais-fundamentais¹.

Todas as transformações, no Brasil, a partir dos anos 70, 80 e 90 (luta contra a ditadura², a nova constituição³ e as denúncias de corrupção⁴) faz com que a linguagem dos direitos seja definitivamente incorporada ao debate político e ao ordenamento jurídico brasileiro. A Constituição Federal de 1988, que converteu todos os direitos da Declaração da

¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 65-66. BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 143-144. NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 90-91.

² FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Edusp, 2008. p. 508-509.

³ Acerca dos *jogos políticos* e sua influência na constituinte, bem como, todo o processo de elaboração da Constituição da República do Brasil, entre 1987 e 1988, há estudo do Prof. Adriano Pilatti. PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987-1988 - Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris - PUC-Rio, 2008.

⁴ BEZERRA, Marcos Otávio. **Corrupção: Um Estudo sobre o Poder Público e relações pessoais no Brasil**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995. p. 35. Em interessante estudo, fruto de dissertação de mestrado premiada, o autor faz uma série de relações entre casos de denúncia de corrupção entre os anos 80 e 90, como o caso Valença, e a contribuição das redes de pessoalidade no Brasil. “Se os amigos produzem presentes, os presentes produzem amigos”.

Organização das Nações Unidas em direitos legais no Brasil e instituiu uma série de mecanismos processuais, que buscam dar a eles eficácia, é certamente a principal referência da incorporação desta linguagem dos direitos.

Essa forma de expressão da Constituição representa o movimento do retorno do direito, na acepção democrática, ao país. O movimento do retorno do Estado de Direito ao Brasil visa reencantar o mundo, seja pela adoção de ética na busca do fundamento da ordem jurídica, seja pela defesa intransigente da efetivação do sistema de direitos constitucionalmente assegurados e do papel ativo do Poder Judiciário. No âmbito do constitucionalismo brasileiro é que se pretende resgatar a *força do direito*. Dito de outro modo, estabelece-se uma espécie de fratura na cultura jurídica, então privatista, recusando-se a defesa do individualismo marcadamente racional, é o resgate do ordenamento jurídico que garanta a igualdade, o respeito à dignidade da pessoa humana e a realização de direitos sociais⁵.

A linguagem dos direitos⁶ deve ser repensada com o advento do Estado (Social) Democrático de Direito, pois a dimensão exigida pelos direitos fundamentais, de cunho social, só consegue cabal realização com a garantia do regime democrático. Para além da proteção das esferas de autonomia individual e dos direitos individuais, pressupõe-se a existência das regras da democracia. Um movimento que implica projeto voltado à coletividade, à eficácia, verificando-se a assunção do novo princípio de socialidade⁷ e depende diretamente do engajamento político de seus integrantes. A legitimidade democrática converte-se em fundamento à estrutura estatal, isto é, aos “três poderes”. Por certo, a Constituição representou a manifestação inequívoca de abandono do Estado ditatorial e a reestruturação da estrutura político-social brasileira. O novo modelo de Estado apresenta um programa de ação a ser seguido e partilhado por todos os integrantes da comunidade política, devendo abrir canais para a participação.

⁵ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 15

⁶ O direito tem sua primeira revolução, na linguagem dos direitos, na França (1789). Foi um momento na história em que não se tratava de substituir aqueles que dominam por um séquito, intermediários que secundavam o poder. Pretendia-se retificar a história da humanidade, fundando uma ordem social e política completamente nova, capaz de dar início a uma nova etapa na história da humanidade. Era a busca de um homem novo. Entretanto, esse sentido de revolução tinha como figura central o indivíduo, o que influencia diretamente na primeira dimensão de direitos fundamentais. ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa**. Madrid: Alianza, 1995. pp. 20 e 58.

⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006. p. 208.

De fato, um novo olhar ao controle judicial das políticas públicas⁸ deve ser dado, principalmente, em temática sensível como o direito à saúde e o acesso aos medicamentos. Deve-se estabelecer qual o meio mais adequado à efetivação do direito do indivíduo, sem prejuízo do direito da coletividade. Para tanto, não se pode ignorar as condições brasileiras de país periférico (ou país de modernidade tardia) e, tampouco, a priorização dos instrumentos coletivos de realização de direitos, que podem ser os mais adequados a firmar uma proposta de Estado (Social) Democrático de Direito.

1.1.1. A racionalização de recursos voltados às políticas públicas de saúde e a tendência de aumento de demandas individuais no Brasil.

1.1.1.1. A modernidade tardia e o neoliberalismo à brasileira.

A ideia central é investigar as principais causas do aumento do número de demandas individuais no Brasil, voltadas ao fornecimento de medicamentos (política pública de saúde) e como racionalizar os escassos recursos disponibilizados na peça orçamentária. Para isso, considera-se a condição de país de modernidade tardia do Brasil, no qual não houve a existência factível de um Estado Social e mal fixada na Constituição Federal, nesse modelo de Estado, houve (e há) reações tendentes a reduzir o Estado brasileiro ao mínimo. Isso porque, não se tinha nada, fixou-se um rol na Constituição que não foi realizado e já se intentava excluir esses direitos sociais.

Em um contexto mundial, a crise do Estado Social e a derrota dos socialismos reais foram pressupostos perfeitos à modernização neoliberal. A política econômica do neoliberalismo tem como estratégia a privatização, a desregulamentação, a flexibilidade, a dívida externa, o ajuste e, como finalidade essencial, a adjudicação de recursos da sociedade e do poder, favorecendo a transnacionalização da economia, da política e da cultura. Quando Fernando Collor de Mello assume a Presidência da República do Brasil, encontra o país submerso na chamada hiperinflação, diferente dos países centrais, em que a direita

⁸ É inerente ao Estado de direito democrático, na expressão de Canotilho, o apelo aos magistrados e a resposta que diga o direito em nome do povo. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva Publicações, 1999. p. 69.

ultraliberal⁹ cunha o neoliberalismo mesclando políticas conservadoras e populistas, frente à crise fiscal, cuja consequência foi o agravamento dos problemas sociais¹⁰. Com apoio do Fundo Monetário Internacional (FMI), deu-se início a uma série de tentativas fracassadas de controle econômico do país, muitas vezes, de forma ortodoxa e violenta. Por consequência, houve a necessidade de ajuste fiscal, na tentativa de reduzir drasticamente o gasto público, para tanto, confronta-se o programa constitucional face ao programa neoliberal¹¹.

A tese do Estado Mínimo confronta-se com as bases do Estado Social (países centrais). Em países periféricos, como o Brasil, de curtos e incipientes lapsos de democracia do Estado Social, as diferenças crescem de forma progressiva, rumo à redução da intervenção estatal, na esfera dos direitos sociais. O discurso moderno do neoliberalismo é assentado sob a privatização, o confisco de direitos trabalhistas, a eliminação de estabilidade de funcionários públicos, o ajuste fiscal para equilibrar as receitas e as despesas, a privatização de serviços públicos e a dolarização da economia.¹² A crise do Estado tem, por conseguinte, uma crise no modo de intervenção estatal, bem como, uma crise no modo de administrar a coisa pública, baseada em modo de administrar o aparelho do Estado. O Estado fica imóvel, na perspectiva neoliberal, ao invés de ser uma possibilidade ao desenvolvimento social e econômico, tornou-se um obstáculo¹³.

A modernização deve ser compreendida como a europeização¹⁴, por meio da industrialização, assimilando e incorporando ao seu desenvolvimento a tecnologia de países

⁹ GREMAUD, Amaury Patrick; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; JUNIOR, Rudinei Toneto. **Economia brasileira contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 501-502.

¹⁰ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Desenvolvimento e Crise no Brasil: história, economia e política de Getúlio Vargas a Lula**. São Paulo: Editora 34, 2003. p. 273-274.

¹¹ Bresser-Pereira faz a distinção entre ultraliberalismo e neoliberalismo, tentando distinguir o praticado pelos Governos Thatcher e Reagan ao praticado no Brasil. Para o autor, nos países do norte houve uma experiência ultraliberal que, de fato, quer reduzir o Estado ao mínimo, quanto nos países do sul ter-se-ia um neoliberalismo com fortes traços populistas. O ultraliberalismo é profundamente pessimista e individualista, com relação à cooperação social e ação coletiva. *Idem*, p.275-276. Em contrapartida: SADER, Emir. **A Nova Toupeira: os caminhos da esquerda latino-americana**. São Paulo: Boitempo, 2009. p. 62.

¹² “Os neoliberais sabem que a superação da ordem do capital, e a afirmação dos valores democráticos os mais caros à tradição liberal, correm risco com a denúncia renovada dos socialistas. Daí a deliberada ofensiva contra toda a proposta de superação vinda daquele campo político, a começar pela despolitização das relações sociais, pressuposto basilar do projeto neoliberal. Qualquer regulação política do mercado, via Estado, via instituições da sociedade civil é negada por princípio. A despolitização é um de seus pressupostos, assim como... *a vontade de quebrar a espinha dorsal dos sindicatos e dos movimentos organizados da sociedade*.” ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. **Direito e Século XXI: conflito e ordem na onda neoliberal pós-moderna**. Rio de Janeiro: Luam, 1997. p. 63.

¹³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos, *op. cit.*, p. 278. VIEIRA, José Ribas. **Teoria do Estado**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995. p. 75.

¹⁴ No âmbito do Direito Administrativo, o Professor Celso Antonio Bandeira de Mello critica abertamente a tendência brasileira à importação de modelos eficazes em países centrais, sem o mínimo de adequação às condições do Estado brasileiro, eminentemente um Estado periférico. A pauta brasileira dependeria do olhar abonatório dos países cênicos. Ideias políticas, econômicas e jurídicas são importadas de países desenvolvidos,

desenvolvidos. Entretanto, o caminho a percorrer por um país periférico não seria o mesmo que o percorrido por um país central, deveria existir um tempo célere que encurtaria a distância para alcançar a primeira fila. Por consequência, o Brasil incorpora uma série de garantias constitucionais que possibilitariam essa modernização, equilibrando o desenvolvimento econômico a sua condição social, pior que a dos países centrais, mormente a soma das misérias modernas às misérias herdadas¹⁵. As tentativas de modernização ocupam as elites brasileiras que, ao mesmo tempo, buscam a manutenção da estrutura estatal da qual são beneficiárias, e o desenvolvimento (modernização) do Estado brasileiro.

Contudo, não há modernização de forma mimética, o regime político patrimonial autodenominado liberal, ao primeiro susto, protege-se debaixo das baionetas, como em 1937 e em 1964. O caminho à conquista das promessas da modernidade ou modernização, como a cidadania, não se faz pelo alto, não tem atalho, qualquer encurtamento do caminho nos conduzirá para um regime autocrático¹⁶. O Estado interventor deveria realizar a função social e, no entanto, pela condição de modernidade tardia foi pródigo apenas para as elites, corroborando a apropriação estatal por camadas médio-superiores. Portanto, não há uma efetivamente uma modernidade, mas *simulacro de modernização*¹⁷.

A modernidade que permitiu a acumulação de direitos, liberdades e garantias, que conferiu ao simples nascimento uma série de direitos sociais e econômicos, não foi capaz de cumprir suas promessas. Nas palavras de Paulo Ferreira da Cunha, nem aqueles direitos burgueses foram preservados, quanto aos direitos sociais, tornaram-se uma roleta russa para sorte – ou habilidade – dos contribuintes. Para os arranjos do poder, a Constituição tornou-se ferramenta fácil¹⁸. Prosperam Constituições formais, na tentativa de implementar um capitalismo social, processo que é essencialmente individualista. O Estado ao atuar como agente realizador de políticas públicas preserva a estrutura do sistema capitalista, mantidos os esquemas de repartição do produto e dos mercados¹⁹.

tudo para se atingir a modernização. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Neocolonialismo e Direito Administrativo Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/revistas.asp>> Acesso em: 23.05.09.

¹⁵ FAORO, Raymundo. **A República Inacabada**. São Paulo: Globo, 2007. p. 123-124. BUARQUE, Cristovam. **O colapso da modernidade brasileira e uma proposta alternativa**. Rio de Janeiro: Terra e Paz, 1991. CARVALHO, José Murilo de. **A Construção da Ordem & Teatro de Sombras**. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, Relume-Dumará, 1996. p. 27.

¹⁶ FAORO, Raymundo, *op. cit.*, p. 141-142.

¹⁷ Expressão de VIEIRA, José Ribas, *op. cit.*

¹⁸ CUNHA, Paulo Ferreira da. **Pensar o Direito. II. Da Modernidade à Postmodernidade**. Coimbra: Almedina, 1991. p.52.

¹⁹ GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, p. 43.

De tal forma que, no Brasil, intenta-se retornar a um Estado Mínimo, desregulamentado, privatizado, sem ter ao menos efetivado suas *promessas da modernidade*²⁰. Dito de outra forma, não há o mínimo de cidadania (direitos sociais) e vislumbra-se a redução do mínimo, nada mais adequado do que a expressão *Estado Mínimo do Mínimo*. Isso é reflexo de pensamentos hegemônicos e, portanto, burgueses²¹ de que o Estado deve atender tão-somente aos contribuintes²². Dessa forma, há uma ampliação das funções do Estado (formalmente) e dos direitos sociais, porém não se cumprem as chamadas promessas da modernidade. Em outras palavras, há um simulacro de modernidade, uma modernidade tardia²³, na medida em que tão logo foram incorporados esses direitos sociais, intentou-se uma redução desse Estado²⁴.

Dentro do contexto neoliberal e do cenário da globalização, a intervenção estatal foi colocada em xeque, emanando correntes que tivessem como fim a obtenção da flexibilização da atividade estatal, na mesma medida em que a atividade empresarial o faz. Assim, a efetivação de direitos sociais adquire foros de utopia, como a ilha relatada pelo jovem Rafael Hitlodeu²⁵. Diante disso, o enfraquecimento do Poder Estatal torna-se realidade, dando azo a uma série de flexibilizações dos direitos sociais. Por outro lado, é fundamental em tempos de pós-modernidade desregulamentadora, a defesa das instituições da modernidade frente ao enfraquecimento do Estado. Fica evidenciada a preeminência do Estado forte, que afirme suas

²⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 77.

²¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 16.

²² Bem referiu Ricardo Antonio Lucas Camargo “Não é incomum, nos tempos que ora correm, a reclamação em torno de o Estado somente dever atender a quem é contribuinte dos tributos que arrecada, *sendo os demais verdadeiros vampiros sociais das forças vivas que movem a nação*, por traduzir, invariavelmente, a generosa opção pelos pobres uma cruel opção pela pobreza.” CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **“Custos do Estado” e Reforma do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 16.

²³ “Evidentemente, a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado Providência ou *welfare state* tem conseqüências *absolutamente diversas* da minimização do Estado em países como o Brasil, *onde não houve o Estado Social*” STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

²⁴ O Prof. Roberto Dromi apresenta interessante conjuntura da América Latina invadida pelo (neo)liberalismo: “Antes bien, la disminución del aparato estatal no se traslada a sus responsabilidades, las que cada vez se dirigen más hacia la regulación y el control de las conductas públicas. Este proceso aparece consolidado, no obstante la existencia de algunas voces que hablan de su agotamiento, al tiempo que afirman ver el retorno a ciertas formas de estatismo, particularmente, en América Latina. La gestión estatal es desempeñada cada vez más subsidiariamente, quedando reservado su ejercicio exclusivo o preeminente a materias muy específicas (defensa, seguridad, justicia) y dejando las restantes a entes privados y públicos no estatales, mientras las puedan desenvolver adecuadamente.” DROMI, Roberto. **Modernización del Control Público**. Madrid: Hispana Libros, 2005. p. 10.

²⁵ MORUS, Tomás. **A Utopia ou O Tratado da Melhor Forma de Governo**. Porto Alegre: L&PM Pocket, 1997.

instituições, na esteira do que se poderia compreender, como o Estado Democrático de Direito.

Assim, com a precarização dos direitos sociais e econômicos, dentro das estruturas estatais, passa a ter relevância a intervenção do Poder Judiciário, havendo um deslocamento da legitimidade do Poder Executivo²⁶. Daí o crescente aumento de demandas judiciais visando a efetivação de direitos sociais, em países periféricos, como o Brasil. Em nome de ajustar o país às exigências da chamada globalização, entronizam o mercado como instância determinante da vida social. A primeira e mais óbvia repercussão desse ajuste foi o desalinhamento do projeto e das ações governamentais em relação ao texto constitucional recém-aprovado²⁷. A presença de um conjunto normativo que contemple a *ordem econômica*, passando a funcionar como instrumento de implementação de políticas públicas²⁸.

Além disso, também é caráter próprio do Estado Democrático de Direito, atribuir ao Poder Judiciário, a importante função de guardião da Constituição. O reforço das instituições democráticas, ou mesmo, sua consolidação, são aventadas, em função desse caráter do Poder Judiciário, em busca da defesa do texto da Constituição. Principalmente, no tocante a sua atuação no controle de constitucionalidade²⁹. Pela condição de país periférico (modernidade tardia), as demandas visando à efetivação de direitos sociais, muitas vezes negados pelo Poder Executivo, em decorrência da atuação falha (caso do poder político que não se submete aos limites constitucionais), geram um excessivo número de processos, buscando a tutela do judicial, em sua maioria oriundos de demandas individuais. Não se pode olvidar, dentro desse plexo, que os recursos destinados à saúde são escassos, obrigando o Poder Judiciário a atuar como racionalizador de recursos, ou mesmo, como dissipador de recursos, quando sua intervenção é feita de maneira desmedida sem a observação a critérios constitucionalmente adequados.

²⁶ Para Boaventura de Sousa Santos, o protagonismo do judiciário estaria ligado: **1.** (novo modelo de) Desenvolvimento econômico e social (países semi-periféricos); **2.** Precarização dos direitos econômicos e sociais; **3.** A questão da corrupção (judicialização da política) “Por estas razões – diferentes de país para país, mas convergentes no seu sentido geral – temos mesmo vindo a assistir, em alguns países a um deslocamento da legitimidade do Estado: do poder executivo e do poder legislativo para o poder judiciário.” SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007. p. 21.

²⁷ Inevitável, portanto, a tendência ao estabelecimento de uma linha de tensão nas relações entre o Judiciário, de um lado, e o Executivo e o Legislativo, de outro, entre a filosofia política da Carta de 1988 e a agenda neoliberal. VIANNA, Luiz Werneck (et al.). **A judicialização da política e as relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavan, 1999. p. 9-10.

²⁸ GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, p. 14.

²⁹ LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Política, Constituição e Justiça. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 17, nov. 2001, p. 47.

1.1.1.2. A escassez de recursos e o Poder Judiciário racionalizador

Não obstante esse aumento da busca do Poder Judiciário para a garantia dos direitos sociais, no caso da saúde, os recursos são muito escassos, sendo necessária a adoção de algumas prioridades pelo gestor público. Para ter dimensão, o gasto federal em saúde pública, no Brasil, na esfera federal, não representa 2% do Produto Interno Bruto (PIB)³⁰. Ademais, dados da Organização Pan-Americana da Saúde, apontam que o gasto com saúde pública³¹ como proporção do PIB brasileiro, com base na medição do valor total da economia, nas três esferas do governo, representa 3,7%. Como se pode observar, não há uma grande variação do total do gasto federal com saúde, em relação ao PIB, entre 1995 e 2006³². O PIB, em 2007, representou cerca de 2,5 trilhões de reais³³, destes, cerca de 3,7% é destinado a gastos com a saúde pública. Com efeito, os recursos disponibilizados não são de grande monta, dada a própria condição do Brasil e a crescente judicialização das demandas na área da saúde.

Ainda na década de 90, o Banco Mundial, tendo em vista a necessidade da adequação do Brasil às políticas neoliberais, indicava descompasso dos gastos em saúde, que “seriam excessivos” e “não atingiriam as regiões e grupos sociais mais pobres”³⁴. Segundo Maria do Carmo: “o Banco criticou o modelo assistencial brasileiro, ‘que seria baseado no cuidado hospitalar ineficaz, na especialização do cuidado ambulatorial, na rápida incorporação de procedimentos de alta tecnologia, com pequeno gasto em prevenção’”³⁵.

A perspectiva do Banco Mundial, na primeira leitura, parece uma crítica ao modelo de assistência à saúde, visto como privatista e excludente. No entanto, as propostas do Banco estavam alicerçadas na orientação pela regulamentação do mercado de saúde. Ou seja, não tinha como suporte o combate à doença como impulso ao desenvolvimento do país; dentro da perspectiva de regular o mercado, exerceu forte influência nas políticas públicas de saúde do

³⁰ BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Indicadores e Dados Básicos do Brasil (1995-2006)**. Disponível em < http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/idb2007/e07_2000.htm> acesso em: 02.11.08.

³¹ Correspondente ao valor total empenhado pelo Ministério da Saúde em ações e serviços de saúde. REDE Interagencial de Informação para a Saúde. **Indicadores básicos para a saúde no Brasil: conceitos e aplicações**. Brasília: Organização Pan-Americana de Saúde, 2008. p. 244-245.

³² *Idem*, p. 245.

³³ BRASIL. BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Indicadores Econômicos. Produto Interno Bruto**. Disponível em < <http://www.bcb.gov.br/?INDECO>> acesso em: 02.11.08.

³⁴ GONÇALVES, Maria do Carmo dos Santos. **Políticas de Humanização e o Direito à Saúde no Rio Grande do Sul**. Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), 2007. p. 55.

³⁵ *Idem*, p. 56.

Brasil³⁶. Logo, há uma agenda adotada pelos países centrais, a qual, a partir dos reflexos dos gastos com saúde pública, vislumbra um forte controle orçamentário da saúde, em países periféricos, com vistas à redução do gasto *per capita*. Tal, só seria possível, por meio de uma distinção entre as doenças da *pobreza* e as doenças da *riqueza*³⁷. Incorporar a perspectiva preconizada pelo Banco Mundial resultaria na violação à equidade e à universalidade no acesso ao direito à saúde³⁸.

A escassez de recursos não deve dar abrigo a perspectivas reducionistas do direito social à saúde. Sem dúvida, se faz necessário um equilíbrio no orçamento que permita a realização de políticas públicas de saúde e a efetividade do direito individual à saúde, sem, no entanto, fazer com que a Administração Pública seja invadida por contribuições teóricas privatistas, advindas da agenda neoliberal. A adoção dessa agenda de controle de recursos, embora pareça, num primeiro momento, a forma ideal de realizar políticas públicas, tem como fundo um projeto individualista. Na pesquisa, preconiza-se um controle dos escassos recursos da saúde com base num sentido constitucionalmente adequado. Com efeito, em franca oposição às leituras neoliberais. Contudo, é necessário apresentar o estado da arte – em relação ao crescimento dos gastos em saúde pública – para que possamos compreender a necessidade da regulação pelo Poder Judiciário, sem, com isso, transformar-se no racionalizador (modernidade) de recursos públicos.

Para se ter ideia, quando se faz uma análise sobre a evolução dos gastos com medicamentos, observa-se que, ao longo dos últimos anos, a sua participação tem aumentado em relação ao gasto total em saúde. Os gastos do Ministério da Saúde com ações do orçamento voltadas ao financiamento da aquisição de medicamentos aumentaram em 123,9%. Esse percentual revela que, para garantir o financiamento da aquisição dos medicamentos, o Ministério da Saúde teve que reduzir o gasto em outras áreas de atuação. Esse comportamento exige que se dedique atenção redobrada aos medicamentos³⁹. Além disso, em se tratando de

³⁶ *Idem*, p. 54.

³⁷ Premissa foi desmentida pelos dados epidemiológicos referentes ao quadro de morbidade, que atestaram que as doenças crônicas atingem igualmente pobres e ricos. COSTA, Nilson do Rosário. **Políticas públicas, justiça distributiva e inovação. Saúde e saneamento na agenda social**. São Paulo: Hucitec, 1998. p. 138. Em sentido contrário: SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtinier. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf> Acesso: 16.12.09. p. 7.

³⁸ GONÇALVES, Maria do Carmo dos Santos, *op. cit.*, p. 58.

³⁹ MENDES, Andréia Cristina Rosa; VIEIRA, Fabiola Sulpino. **A evolução dos gastos com medicamentos: o crescimento que preocupa**. Disponível em <[http://www.abres.org.br/18\[1\].pdf](http://www.abres.org.br/18[1].pdf)> acesso: 04.11.08.

ações judiciais, segundo levantamento do Ministério da Saúde, em três anos gastos com processos para aquisição de remédios aumentou 1.920%.

Somente de janeiro a julho de 2008, o governo federal gastou a quantia de R\$ 48 milhões com ações judiciais para aquisição de medicamentos. Em 2007, foram R\$ 15 milhões, em 2006, R\$ 7 milhões e, em 2005, R\$ 2,5 milhões. Neste período, a instituição foi citada como ré em 783 ações para aquisição de medicamentos no Brasil. Em 2007, foram 2.979 ações⁴⁰.

É, nesse contexto, que devem ser efetivados o direito à saúde, o que inclui o fornecimento de medicamentos (tratamentos). Apesar disso, nota-se um crescimento expressivo no repasse de verbas aos Municípios, no mesmo período, corroborando um dos princípios informador do Sistema Único de Saúde (SUS)⁴¹, qual seja da descentralização, dependendo da região do país a participação dos Municípios, entre 2000 e 2004, aumenta cerca de 0,3%.

Observe-se que a tendência ao estabelecimento de uma linha de tensão nas relações entre o Judiciário, de um lado, e o Executivo e o Legislativo, de outro, entre a filosofia política da Carta de 1988 e a agenda neoliberal, deve ser equilibrada ao estado atual da economia brasileira. Em contrapartida, o Estado exige o acabamento do Poder Judiciário, quando provocado pelas instituições e pela sociedade civil a estabelecer o sentido ou a completar o significado de uma legislação que nasce com motivações distintas às da “certeza jurídica”. Assim, o Poder Judiciário seria investido, pelo próprio caráter de lei no Estado Social, do papel de “legislador implícito”⁴².

O legislador constituinte confiou ao Supremo Tribunal Federal (STF) o controle abstrato da constitucionalidade das leis, mediante a provocação da chamada comunidade de intérpretes da Constituição⁴³. E tal importante invocação não pode ser creditada, quer a uma expressão de vontade da sociedade civil organizada, antes, bem mais do que agora, alheia às possibilidades democráticas da intervenção do Judiciário no cenário público, quer a uma

⁴⁰ No artigo, ainda há um comparativo de gastos oriundos de ações judiciais, nos últimos quatro anos: “**Gastos do ministério com ações judiciais para aquisição de medicamentos** - em 2008 – R\$ 48 milhões, em 2007 - R\$ 15 milhões, em 2006 - R\$ 7 milhões e em 2005 - R\$ 2,5 milhões; **Ações Judiciais para aquisição de medicamentos no Brasil** - em 2008 – 783 (até julho), em 2007 - 2.979 ações, em 2006 - 2.625 e em 2005 – 387.” Brasil. Ministério da Saúde. Ações Judiciais Comprometem Política Pública de Saúde. Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/noticias_detalle.cfm?co_seq_noticia=53828> acesso: 04.11.08.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtinier, *op. cit.*, p. 12.

⁴² VIANNA, Luiz Werneck (et al.), *op. cit.*, p. 21.

⁴³ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 13.

proposta amadurecida. Contudo, as ações diretas de inconstitucionalidade (Adins), desde logo elas foram reconhecidas como um instrumento de significativa importância, não só para a defesa dos direitos da cidadania, como também para a racionalização da Administração Pública⁴⁴. De qualquer sorte, a ampliação do leque interventivo do Poder Judiciário não deve substituir a atuação dos demais poderes políticos, pois poderia representar ofensa ao próprio regime democrático. Deve, sim, resguardar os limites constitucionais.

Nessa perspectiva, é preciso compreender que o direito – neste momento histórico – não é mais ordenador, como na fase liberal; tampouco é (apenas) promovedor, como era na fase conhecida por “direito do Estado Social” (*que nem sequer ocorreu na América Latina*); na verdade, o direito, na era do Estado Democrático de Direito, é um *plus* normativo/qualitativo em relação às fases anteriores, porque agora é um auxiliar no processo de transformação da realidade. E, é exatamente por isso que aumenta sensivelmente – e essa questão permeou, de diversos modos, as realidades jurídico-políticas dos mais diversos países europeus e latino-americanos – o pólo de tensão em direção da grande intervenção contramajoritária: *a jurisdição constitucional*, que, no Estado Democrático de Direito, vai se transformar no garantidor dos direitos sociais-fundamentais e da própria democracia⁴⁵.

No entanto, a falta de critérios do Poder Judiciário, aliada a poucos investimentos na saúde pública e a constante negativa por parte do Poder Executivo em fornecer medicamentos, gera a proliferação de decisões que geram uma despesa incomum aos cofres públicos, que condenam a Administração Pública ao custeio de tratamentos descabidos, ou mesmo, ao fornecimento de medicamentos experimentais, de eficácia duvidosa, associado a terapias alternativas. Quer-se promover os direitos sociais presentes na Constituição de 1988, entretanto não se pode menosprezar a sua dimensão positiva para sua efetivação, ou seja, a disponibilização de recursos estatais para a promoção de políticas públicas voltadas ao direito à saúde. Como se observou, em relação ao PIB brasileiro, o gasto em saúde é pífio, o que significa dizer que a rubrica da saúde na Lei Orçamentária não possui vultosos recursos.

Os recursos são finitos. Todos os direitos geram custos, ou seja, dependem de recursos econômicos. Nesse sentido, invoca-se – tanto no âmbito jurisprudencial, quanto doutrinário – a expressão “reserva do possível” (*Der Vorbehalt des Möglichen*⁴⁶), que tem origem na

⁴⁴ VIANNA, Luiz Werneck (et al.), *op. cit.*, p. 47.

⁴⁵ STRECK, Lênio Luiz. **A Resposta Hermenêutica à Discricionariedade Positivista em Tempos de Pós-Positivismo**. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. **Teoria do Direito Neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2008.

⁴⁶ KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 52.

Alemanha, no início dos anos de 1970. A efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que dependem dos cofres públicos. A partir dessa ideia, traduziu-se que os direitos sociais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares⁴⁷.

Todavia, é nefasto ao Poder Público, criar obstáculo, frustrar ou inviabilizar o estabelecimento e a preservação em favor dos cidadãos, condições mínimas de existência, mediante manipulação de sua atividade financeira ou político-administrativa. Advirta-se que a “reserva do possível” não deve ser invocada pelo Estado, com o fim de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, quando esta conduta governamental negativa puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação dos direitos constitucionais.

Cumprе salientar, que os argumentos econômicos, notadamente no tocante ao fornecimento de medicamentos (tratamentos), não devem ser utilizados para o Estado eximir-se de toda e qualquer prestação. Como se pode observar, o sentido da chamada “reserva do possível” é outro, tendo em vista que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Para tanto, os indicadores econômicos, apresentados anteriormente, devem ser considerados, porém não devem ser objetos de manobras, tendentes a excluir o Poder Público do cumprimento do previsto na Constituição Federal de 1988.

O casuísmo das decisões judiciais brasileiras levará à inefetividade do previsto na Constituição Federal⁴⁸, impedindo com que políticas públicas coletivas sejam devidamente implementadas. A escassez de recursos faz com que a Administração Pública estabeleça algumas prioridades para a realização de políticas públicas. Todavia, cumprе salientar que não são apenas os direitos sociais que geram um custo ao Estado, os chamados direitos de

Quando o autor trata da aplicação da “reserva do possível” no Brasil, não se concorda aqui plenamente com a posição esposada por ele. Em que pese a riqueza argumentativa, entende-se que o sentido dado a reserva do possível tem desdobramentos inadequados no Brasil, contudo, na questão da saúde, não se ignora a escassez de recurso e a necessidade de estabelecer limites.

⁴⁷ “Tais noções foram acolhidas e desenvolvidas na jurisprudência do Tribunal Constitucional da Alemanha, que, desde o paradigmático caso *numerus clausus*, versando sobre o direito de acesso ao ensino superior, firmou entendimento no sentido que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade.” SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais e os vinte anos da Constituição Federal de 1988: resistências e desafios à sua eficácia e efetividade. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, vol. 1, n. 6, 2008, p. 163-205. p. 186-187. Também SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 274 e seguintes.

⁴⁸ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> acesso em: 03.11.08.

primeira geração (dimensão) também geram custos à sua realização. Basta imaginar, por exemplo, no custo da segurança pública, no custo da manutenção (pública) de um corpo de bombeiros, tudo isso para a garantia de um direito de liberdade⁴⁹. Coloca-se por terra a tese *minimalista* que somente os direitos sociais geram custos ao Estado.

O último fator contribui ao aumento da complexidade da nossa equação (fornecimento de medicamentos - direito à saúde – orçamento estatal – escassos recursos), sem se esquecer das dificuldades do Brasil, por ser um país periférico⁵⁰. Destarte, o Poder Judiciário passa a intervir na realização de políticas públicas, necessitando afirmar a sua legitimidade, pois não a obtém por meio de processo eleitoral. A legitimidade desse Poder reside exatamente na capacidade de proteger os direitos dos cidadãos, resistindo à pressão política exercida pelo governo⁵¹.

O avanço do Poder Judiciário na intervenção, na esfera das políticas públicas, confronta-se com o Estado Social. Não se rejeita a necessidade da intervenção, mas é importante salientar que esta intervenção tem como base um Estado Liberal. Dito de outra forma, o Estado Social e Democrático de Direito deveria conduzir à solidariedade social, entretanto a sua constituição (posta) foi incapaz de construir esse pressuposto antropológico. Tal perspectiva teria como base dispor de agentes dotados de uma compreensão coletiva,

⁴⁹ “Personal liberty, as Americans value and experience it, presupposes social cooperation managed by government officials. The private realm we rightly prize is sustained, indeed created, by public action. Not even the most self-reliant citizen asked to look after his or her material welfare autonomously, without any support from fellow citizens or public officials. [...] When structured constitutionally and made (relatively speaking) democratically responsive, government is an indispensable device for mobilizing and channeling effectively the diffuse resources of the community, bringing them to bear on problems, in pinpoint operations, whenever these unexpectedly flare up. [...] To the obvious truth that rights depend on government must be added a logical corollary, one rich with implications: rights cost money. [...] Both the right of welfare and the right to private property has public costs no less than the right to health care, the right to freedom of speech no less than the right to decent housing. All rights make claims upon the public treasury.” HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Carl. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes**. New York: W.W. Norton, 2000. Vale ressaltar que no ordenamento jurídico brasileiro a segurança pública é tratada como direito social. Diferentemente, nos EUA, é tratada como um direito de primeira dimensão, ou seja, não está colocado como direito social. Basta verificar o art. 6º da Constituição da República brasileira para se notar que o direito à segurança é exposto na sua dimensão social-fundamental.

⁵⁰ “Ao contrário do que se passa nos países centrais, não se trata de influências exercidas *sobre* o Estado e sua ação mas da configuração interna do próprio poder do Estado. O autoritarismo estatal, por ser relativamente ineficaz, é não só incompleto como contraditório, o que, por sua vez, contribui para a grande heterogeneidade e fragmentariedade da actuação (sic) do Estado. Tal heterogeneidade assume várias formas, algumas das quais já analisei em trabalhos anteriores. Menciono aqui uma raramente referida. Reside no modo como a actuação (sic) da burocracia do Estado oscila entre a extrema rigidez, distância e formalismo com que obriga o cidadão anónimo (sic) e sem referências (a que chamo sociedade civil estranha) a cansar-se aos balcões de serviços inacessíveis, a preencher formulários ininteligíveis, e a pagar impostos injustos e a extrema flexibilidade, intimidade e informalidade com que trata, para os mesmos efeitos, o cidadão conhecido e com boas referências (a sociedade civil íntima)” SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 2006. p. 131.

⁵¹ LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Política, *op. cit.*, p. 52.

compromissada e compartilhada. O resultado, não obstante, é a transformação do indivíduo liberal em clientela da Administração Pública, apropriando-se da *res publica* ou distribuindo os serviços públicos de forma a atender as estratégias clientelistas. Enquanto houve uma abundância de recursos a sociedade não foi tocada por essas insuficiências. Porém, bastou reduzir a capacidade de financiamento estatal, que a coesão social perdeu as forças em seu caráter de grupo, produz-se uma disputa de indivíduos pela *res publica*. Esse aspecto da crise estatal solapou um projeto de sociedade que ultrapassa o paradigma liberal-individualista⁵².

1.1.1.3. Consequências (neo)liberais: o avanço do individualismo e o solapar do projeto Democrático de Estado de Direito.

Para Perry Anderson⁵³ o projeto neoliberal fracassou, gerando sociedades marcadamente desiguais, como o caso do Brasil. Por outro lado, tem como corolário a estreita vinculação responsável por anelar individualismo ao neoliberalismo. Dessa forma, gera-se um programa de destruição das estruturas coletivas. Instâncias coletivas e, por que não, comunitárias tornam entrave à exigência de circulação, totalmente, livre das mercadorias. Forma-se um novo sujeito, pós-moderno, indivíduo entregue a si mesmo, sem anterioridade nem finalidade, aberto apenas ao imediato, desconectado da comunidade, da organização coletiva⁵⁴. Diante dessa perspectiva histórico-social, o projeto de Estado Democrático de Direito é colocado em xeque.

O Estado torna-se, nada mais, que um agregado de “eus”. Por consequência, a esfera pública passa a ser colonizada por questões anteriormente classificadas como privadas e

⁵² A nossa própria tradição jurídica joga-nos a uma pré-compreensão do indivíduo como centro, habitando com uma pluralidade de indivíduos. “Segundo a nossa cultura jurídica, a pessoa é una e indivisível, de seu nascimento à sua morte; é uma individualidade indivisível, e não tem lugar onde co-habitaria uma pluralidade de personagens. Nosso desnorreio é o mesmo quando ficamos sabendo que, para um melanésio, o ser humano poderia ser definido como um lugar vazio, circunscrito pelo conjunto de laços que o ligam aos outros (pai, tio, esposo, clã etc.). Para nós, o ser humano se define, ao contrário, como um *ego* pleno, que tece livremente seus laços sociais e não é tecido por eles. **Enquanto na maior parte das outras civilizações o homem se vê como parte de um Todo que o envolve e a ultrapassa, que o precedeu e sobreviverá a ele, nossa cultura jurídica nos conduz, ao contrário, a ver o homem como partícula elementar de toda a sociedade humana, como indivíduo nos dois sentidos, qualitativo e quantitativo, desse termo.**” (grifo nosso) SUPIOT, Alain. **Homo Juridicus: ensaio sobre a função antropológica do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 16.

⁵³ ANDERSON, Perry. *Balanço do neoliberalismo*. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo. **Pós-neoliberalismo**. São Paulo: Paz e Terra, 1995. p. 23.

⁵⁴ DUFOUR, Dany-Robert. **A arte de reduzir as cabeças: sobre a nova servidão na sociedade ultraliberal**. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005. p. 119.

inadequadas à exposição pública. O indivíduo passa a se opor ao cidadão⁵⁵ – uma pessoa que busca o seu próprio bem-estar por meio do bem-estar estatal – porque é cético em relação à “causa comum”, ao “bem comum”, à “boa sociedade” ou à “sociedade justa”⁵⁶. O comportamento dessa comunidade torna-se a réplica (cópia) de uma identidade individualmente escolhida de fundamentos sólidos que as pessoas que escolhem de outra maneira não acreditam que possuem. A repetição traz a tão alentadora tranquilidade e solidez aos indivíduos. O modo como as pessoas definem seus problemas individuais e os enfrentam com habilidades e recursos, são a única “questão pública” que remanesce e o único objeto de “interesse público”⁵⁷.

Em função dessas transformações do Estado, há uma diminuição do Estado social, um apagamento do Estado econômico e fortalecimento do Estado penal, típicas da conversão da classe dirigente à ideologia neoliberal. Introduzem-se novos mecanismos de gestão da desocupação massiva e emprego precário, em vista da própria desregulamentação neoliberal. O governo apoia-se na gestão do mercado de trabalho desregulamentado e em um aparato penal invasor e onipresente, disposto a controlar a insegurança social. De um modelo keynesiano fundado na ideia de solidariedade e de bem-estar, envolvido com a redução da desigualdade, passa-se a um modelo individualista, irresponsável coletivamente, um Estado darwinista⁵⁸.

Ao invés da distribuição de renda, entrega-se à mão invisível, em que pese às implicações econômicas e sociais. Coloca-se na condição de mero gestor dos instrumentos de isolamento da pobreza e de mediador da insegurança, do medo⁵⁹. Esse modelo estatal, neoliberal, reflete diretamente na forma de se fazer políticas públicas e demonstra a tomada do espaço público pelo indivíduo, em oposição ao cidadão compromissado, típico de um regime democrático.

Como consequência, do avanço desta espécie de Estado há uma reação na esfera Judiciária, dando azo à busca da realização dos direitos sociais-fundamentais. Não obstante, até aqui poderíamos ressaltar que o aumento de demandas individuais liga-se a um modelo posto na Constituição, que garante ao Poder Judiciário um espaço maior de intervenção, eis

⁵⁵ TOQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. Livro 1: Leis e Costumes. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 295.

⁵⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **The Social Contract**. London: Penguin Books, 2003. p. 14.

⁵⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. E, também: BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

⁵⁸ WACQUANT, Loïc. **Las cárceles de la miseria**. Buenos Aires: Manantial, 2004. p. 165-166.

⁵⁹ FAORO, Raymundo, *op. cit.*, p. 140.

que é o garantidor da Constituição; também, a retomada de políticas econômicas neoliberais, que representam um retrocesso, em relação aos direitos e o aprofundamento da dimensão do indivíduo em face da comunidade.

Neste último caso, existe a tendência da privatização das relações sociais, da tomada do espaço público pelo indivíduo e, por conseguinte, de um aumento de demandas que visem a efetividade do direito individual à saúde e não de um direito da comunidade (coletividade) à saúde. Naturalmente, as diferentes demandas individuais encontram obstáculo na limitação orçamentária. Na ponta deste processo, está o Poder Judiciário que deve, de forma constitucionalmente adequada, estabelecer critérios mínimos ao deferimento de determinado tratamento ou de determinado medicamento.

Por sua vez, a individualização significou a troca da liberdade pela suposta segurança. A individualização podia ser pródiga e, generosamente, indiscriminada ao conceder o dom da liberdade pessoal a qualquer mão que se estendesse – mas o pacote de liberdade *cum* segurança (ou melhor, segurança *através* da liberdade) não estava em geral incluído. Só estava disponível para um grupo seletivo⁶⁰. Isso, em se tratando do discurso da modernidade, com a “proletarização” gera-se emancipação, mudando esse quadro.

Assim, vislumbra-se o moderno arranjo capitalista do convívio humano de duas formas: uma face libertária e a outra coercitiva. A libertação de uns significa a supressão de outros, é o que acontece com a Revolução Industrial. Para que se adaptassem aos novos trajes, os futuros trabalhadores tinham que ser antes transformados numa ‘massa’: despedidos da antiga roupagem dos hábitos, comunitariamente sustentados. A guerra contra a comunidade foi declarada em nome da libertação do indivíduo e da inércia da massa. A separação entre fábrica e lar, suprime a comunidade em prol da individualidade. O capitalismo moderno derrete todos os sólidos. Sufoca a manifestação de espontaneidade e livre arbítrio. A pessoalização, típica da comunidade, é suprimida pela individualização da sociedade civil⁶¹.

Cria-se um tipo de sociedade cuja complexidade está ligada a uma acentuada divisão social do trabalho, a um violento crescimento urbano, ao aumento da produção e do consumo, e à articulação de um mercado mundial. Dessa forma, o desenvolvimento das forças produtivas abrange um maior número de indivíduos na sociedade industrial complexa. Por consequência, há um abrupto aumento do número de pessoas a ocupar os espaços urbanos, as cidades passam a contar com 10, 15 milhões de habitantes. No Brasil, isto ocorre no período

⁶⁰ *Ibid*, p. 26-27.

⁶¹ BENSÁID, Daniel. **Os irredutíveis: teoremas da resistência para o tempo presente**. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 31.

após 1945, quando há uma forte aceleração na industrialização do país⁶², gerando um deslocamento da população rural para as áreas urbanas; as cidades passam a contar com um contingente populacional acima das possibilidades de absorção pelo mercado de trabalho, provocando um crescimento na população desocupada. A metrópole é o símbolo e a expressão desse modo de vida, local no qual se realizam os traços mais característicos desse novo tipo de sociedade. Contudo, a brasileira não estava apta a receber, em curto espaço de tempo, uma numerosa população, o que gera o problema da ocupação dos espaços centrais urbanos. A individualização não se dá ao acaso, há a necessidade de uma série de condições simbólicas e culturais ao desenvolvimento dessa condição⁶³. A industrialização atacou a coesão de uma comunidade e produziu uma sociedade complexa de indivíduos.

O indivíduo preocupa-se com seu próprio bem-estar⁶⁴, é cético em relação à causa comum, ao interesse público ou à sociedade justa. Nesse contexto, o sentido de interesse comum é permitir que cada indivíduo satisfaça o seu próprio interesse. A esfera da comunidade (coletividade) é abandonada, em prol de que cada indivíduo siga em paz. A expressão em paz implica proteção do corpo e a garantia da segurança, exigindo do Poder Estatal que tranquem e aniquilem os criminosos reais ou potenciais. Assim, a rua é mantida livre de assaltantes, pervertidos, traficantes e de todo o tipo de estranho que nos cause constrangimento. Não há preocupação em realização dos direitos sociais e valores voltados à solidariedade na sociedade civil, o importante é tornar invisível o garoto que pede dinheiro no sinal de trânsito, pois ele me causa medo⁶⁵. O fato de ele “me” causar medo, por outro lado, demonstra a não existência de uma autoconsciência de si mesmo, fator normal em uma organização social individualizada. Além de não “nos” causar medo, pois a preocupação, a

⁶² Antes da industrialização do Brasil, a população era eminentemente agrária, o grande sustentáculo da economia brasileira era o café. Observe-se que, no início do século XX, o Brasil ainda estava ligado a uma forma de produção econômica, tipicamente, colonial. O Brasil dependia da manutenção dos altos preços do café para a manutenção do crescimento econômico. Até o terceiro decênio do século XX foi uma etapa de prosperidade aos países industrializados, o que mantinha o preço do café estável. Entretanto, a crise em 1929, combinada com a superprodução brasileira, gera a crise na economia baseada no café, tendo em vista que o Brasil ainda era importador de produtos industrializados. Começa o processo de industrialização do Brasil que teria uma guinada mais forte a partir de 45. FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 258-264.

⁶³ VELHO, Gilberto. **Individualismo e Cultura**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 26

⁶⁴ Conforme Fougeyrollas, entre a pré-modernidade e a pós-modernidade, a modernidade foi um processo de afirmação do indivíduo (contudo sustentada numa proposição humanista). O indivíduo da pós-modernidade rompe com essa estrutura, nos idos neoliberais, permitiu-se a afirmação do indivíduo como valor supremo. FOUGEYROLLAS, Pierre. **A Atração do Futuro: ensaio sobre a significação do presente**. Lisboa: 1991. p. 28.

⁶⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 45.

insegurança é minha, não importando os outros “eus”, o indivíduo na condição de miserabilidade, é “outro que não eu”.

Por sua vez, o interesse público é reduzido ao interesse privado. Para os indivíduos, o espaço público passa a refletir os interesses privados, a partir das aflições privadas, que são projetadas incessantemente no espaço público. No entanto, a projeção dessas aflições não tem o poder de transformá-las em uma aflição comunitária, que represente a efetivação de direitos sociais. O Estado que, supostamente, seria onipresente, impessoal, cercado por um extenso aparelho burocrático para promover o interesse comum, promove interesses individuais, despreocupado em repovoar o espaço público. As políticas públicas, que são definidas como um programa ou quadro *de ação* governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas) cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina de governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública, por meio de uma série de medidas voltadas à coletividade (ordem pública), com o intuito de concretizar o direito social⁶⁶. Todavia, este sentido de políticas públicas é atacado pelo medo das individualidades, corporificadas na massificação de demandas individuais visando ao direito à saúde (fornecimento de medicamentos).

Nessa perspectiva, a realização dessas políticas públicas deixa de ser a busca por um interesse público, se o é, é apenas ao interesse dos indivíduos da sociedade civil, não para aqueles que habitam a comunidade. Isso fica comprovado na preocupação com políticas públicas de segurança que nada mais são do que políticas de combate à insegurança. Essas políticas visam o distanciamento daqueles que compõem a massa marginalizada do Estado, que estão isolados fisicamente. Pouco a pouco, o pífio investimento estatal, no intuito de legitimar-se, reduz-se a zero.

A esfera pública passa a ser habitada por questões privadas, tardo-modernamente. Antes disso, o privado era o lado obscuro da esfera pública, a vida pública, a vida comum só era possível depois de atender as necessidades mais urgentes da própria existência. Essa

⁶⁶ O conceito de políticas públicas é oriundo da Ciência Política e das Ciências da Administração Pública, ou seja, o debate no campo jurídico implica abertura à interdisciplinariedade. A figura das políticas públicas, no âmbito jurídico, surge como uma forma de concretização dos chamados direitos sociais, fruto de transformação do Estado liberal operada no século XX. COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. In: MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba. Direito Administrativo e Constitucional**. São Paulo: Malheiros, s/d. p. 351. BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 251-252 BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-49. p. 1.

condição para ingresso na vida pública prevaleceu até a Idade Média⁶⁷. Para adentrar ao mundo comum a todos, era necessário ter posse de propriedades, o que significava dominar as próprias necessidades vitais, podendo, assim, ser uma pessoa livre⁶⁸. A propriedade passa a reger a esfera pública, a riqueza existia em benefício da comunidade. Entretanto, com os idos modernos, o corpo passa a ser a raiz definitiva, a condição de possibilidade ao início da vida coletiva⁶⁹.

De tal modo, há o falecimento da vida comum no Estado, não há uma preocupação com as comunidades. Como analisado, o Estado é o próprio gestor da pobreza e da miséria, isolando a pobreza e a miséria do centro. Desta forma, o avanço do modelo neoliberal contribui ao aprofundamento do individualismo. O homem, na sua condição de indivíduo, é valorizado. A preocupação da dimensão coletiva (comunitária) do homem não tem uma repercussão forte nesse contexto. Tampouco a base que sustenta o modelo estatal, eminentemente liberal, torna possível um estímulo às relações coletivas (relações comunitárias). Por outro lado, a jurisdição constitucional é apta à produção de atos judiciais coletivamente vinculantes, isto é, o meio idôneo à aproximação de realização de políticas públicas (pela via judicial) é pela via das ações coletivas. Em contrariedade, o que se observa é um avanço de demandas individuais requerendo o fornecimento de medicamentos (ou tratamentos) para indivíduos. Medicamentos, muitas vezes, de caráter experimental, não previsto em listas fornecidas pelo Ministério da Saúde. Reivindica-se um direito individual à saúde, mas não a implementação de uma política pública da saúde (coletivo).

Com efeito, pode-se afirmar que essa crise – tensão entre Estado Social e Democrático de Direito, avanço neoliberal e individualismo - acaba por refletir no modo de produção do direito. Apesar de uma imensa gama de conflitos transindividuais, continua a trabalhar com uma tradição de um Direito talhado para enfrentar conflitos interindividuais. O individualismo traduz-se em colocar os direitos dos indivíduos acima dos direitos da comunidade. Passa a importar o mercado, que é o espaço onde as relações econômicas e sociais são travadas, o individualismo tende a transbordar em atomismo⁷⁰. O Estado Social é repristinado através da Constituição Federal de 1988, representado pelo Estado (Social) Democrático de Direito. Intenta cobrir a falência do modelo promovedor-intervencionista

⁶⁷ HOBBSBAWN, Eric. **A era das Revoluções: 1789-1848**. São Paulo: Paz e Terra, 2006. p. 36-37.

⁶⁸ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 74-75.

⁶⁹ *Idem*, p. 80.

⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz, *op. cit.*, pp. 33-34

próprio do Estado Social de Direito. Desse modo, busca-se o resgate da solidariedade social, de uma realização transindividual dos direitos.

Nesse caso, o fornecimento de medicamentos, não obstante não esteja previsto expressamente na Constituição Federal, é oriundo de listas elaboradas pela Organização Mundial de Saúde (OMS) a partir de diversos estudos, os quais comprovam a eficácia de determinados medicamentos. O Poder Executivo incorpora a lista de medicamentos à elaboração das políticas públicas de saúde, para tanto conta com comissão auxiliada por especialistas de todo o país. Então existe, necessariamente, um direito ao fornecimento de medicamentos (de comprovada eficácia) como um direito individual reflexo. Todavia, advoga-se pela ação coletiva como meio eficaz do controle de políticas públicas. Isso poderia representar um resgate da comunidade (coletividade), em face do adensamento de ações individuais com pedidos de fornecimento de medicamentos.

Da mesma forma, a demanda individual afeta as políticas públicas, porque o deferimento de determinado medicamento que não é abarcado pela política pública de saúde, gera um custo que vai implicar o redimensionamento da dimensão coletiva de realização do direito social à saúde. Tem-se, como base, a racionalização dos recursos, previstos na peça orçamentária, para a saúde.

A intervenção, exatamente pela complexidade, não pode ser desmedida, sem a utilização de critérios por parte do Poder Judiciário. O fator econômico (escassez de recursos) não pode ser o único pesado pelo Judiciário, no entanto não pode ser esquecido. Ao desconsiderar o fator econômico, pressupõe-se que não há uma organização e planejamento do Poder Executivo em propor políticas públicas de saúde e, ademais, que não há uma lista de medicamentos elaborada conforme estudos regionalizados do Ministério da Saúde.

O Poder Judiciário apresenta-se, então, como a *tábua de salvação* àqueles que tiveram o fornecimento de medicamento negado. A decisão, por vezes, poderá fazer com que todo o planejamento voltado à garantia da saúde de uma coletividade seja comprometido em virtude de uma pessoa necessitar o fornecimento de determinado medicamento. Ignora-se totalmente a apresentada complexidade da equação dos gastos públicos e, ademais, o espaço discricionário – necessário – à proposição de políticas públicas de saúde de determinado governo.

A própria ideia de separação dos poderes⁷¹ (funções) implica um entrelaçamento harmônico entre Judiciário, Executivo e Legislativo, contrariando o que observamos em relação ao deferimento de demandas individuais para o fornecimento de medicamento, na medida em que a judicialização excessiva tem dado resultados práticos. Em última instância, pode-se afirmar que o deferimento dessas demandas seria contrário à Constituição da República brasileira.

É evidente a necessidade da intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, sendo uma imposição do atual. Entretanto, a matéria não pode ser tratada sem os cuidados pertinentes. Como foi apontado, o tema envolve uma grande complexidade, a qual não pode ser ignorada pelo Poder Judiciário ao exercer seu controle sobre as políticas públicas de fornecimento de medicamentos.

A base antropológica do Estado e do Direito – ambas liberais – contribuem na tendência à procura de instrumentos individuais de realização dos direitos, pois há um abandono da coletividade (comunidade). Ademais, a invasão neoliberal solapa diuturnamente os direitos sociais, restringindo a intervenção estatal e dando contributo ao individualismo. Pela condição de tardo-moderno, o Brasil não tem um período de transição do Estado liberal ao Estado social, o que engrossa a perspectiva de não contribuição à esfera coletiva (comunitária) e, também, expõe os poucos recursos para o investimento em políticas públicas. Por outro lado, há a exigência própria do Estado democrático de Direito da intervenção do Poder Judiciário, na condição de legitimado a garantir a Constituição. No entanto, o que poderia se tornar o espaço de um debate (democrático) coletivo (comunitário), visando a intervenção do Judiciário à efetivação de direitos sociais, é palco de tutela de direitos individuais (reflexos).

Portanto, observa-se o aumento progressivo (tendência) de demandas judiciais para a realização de políticas públicas. Contudo, a intervenção do Poder Judiciário não pode ser uma intervenção sem precaução, é uma imposição do atual estágio do Estado Democrático de Direito. Urge-se uma modificação na perspectiva de que o orçamento é uma peça de ficção ou meramente decorativa, devendo-se admitir, dentro dos parâmetros constitucionais, o controle do orçamento público⁷².

⁷¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 167-168. BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 267.

⁷² BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: Parâmetros objetivos e tutela coletiva**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 94.

1.1.2. A priorização de demandas coletivas (comunitárias) como forma de efetivação das políticas públicas de saúde

A questão tratada anteriormente da complexa equação dos direitos sociais e das políticas públicas para a sua realização, em face da crescente intervenção do Poder Judiciário tendente à implementação das políticas públicas de saúde, como o fornecimento gratuito de medicamentos; coloca em xeque qual a forma adequada de efetivação dessas políticas públicas. Isso porque, observam-se duas formas de intervenção do Poder Judiciário: a tutela coletiva (ação civil pública, por exemplo) voltada à realização do previsto no orçamento ou da lista de medicamentos adotada pelo ente federativo (o que, em alguns casos, pode implicar a inserção de novo medicamento ou tratamento⁷³ na lista); ou, por meio, de ação ordinária,

⁷³ É o caso da cirurgia para a mudança de sexo “DIREITO CONSTITUCIONAL. TRANSEXUALISMO. INCLUSÃO NA TABELA SIH-SUS DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS DE TRANSGENITALIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE E PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE SEXO. DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE GÊNERO. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE, LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE, PRIVACIDADE E RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA. DIREITO À SAÚDE. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO. 1 - A exclusão da lista de procedimentos médicos custeados pelo Sistema Único de Saúde das cirurgias de transgenitalização e dos procedimentos complementares, em desfavor de transexuais, configura discriminação proibida constitucionalmente, além de ofender os direitos fundamentais de liberdade, livre desenvolvimento da personalidade, privacidade, proteção à dignidade humana e saúde [...] 9 - A doutrina e a jurisprudência constitucionais contemporâneas admitem a eficácia direta da norma constitucional que assegura o direito à saúde, ao menos quando as prestações são de grande importância para seus titulares e inexistente risco de dano financeiro grave, o que inclui o direito à assistência médica vital, que prevalece, em princípio, inclusive quando ponderado em face de outros princípios e bens jurídicos. 10 - A inclusão dos procedimentos médicos relativos ao transexualismo, dentre aqueles previstos na Tabela SIH-SUS, configura correção judicial diante de discriminação lesiva aos direitos fundamentais de transexuais, uma vez que tais prestações já estão contempladas pelo sistema público de saúde. 11- Hipótese que configura proteção de direito fundamental à saúde derivado, uma vez que a atuação judicial elimina discriminação indevida que impede o acesso igualitário ao serviço público. 12 - As cirurgias de transgenitalização não configuram ilícito penal, cuidando-se de típicas prestações de saúde, sem caráter mutilador. 13 - As cirurgias de transgenitalização recomendadas para o tratamento do transexualismo não são procedimentos de caráter experimental, conforme atestam Comitês de Ética em Pesquisa Médica e manifestam Resoluções do Conselho Federal de Medicina. 14 - A limitação da reserva do possível não se aplica ao caso, tendo em vista a previsão destes procedimentos na Tabela SIH-SUS vigente e o muito reduzido quantitativo de intervenções requeridas. 14 - Precedentes do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, da Corte Europeia de Justiça, do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, da Suprema Corte dos Estados Unidos, da Suprema Corte do Canadá, do Tribunal Constitucional da Colômbia, do Tribunal Constitucional Federal alemão e do Tribunal Constitucional de Portugal. [...]15 - O Ministério Público Federal é parte legítima para a propositura de ação civil pública, seja porque o pedido se fundamenta em direito transindividual (correção de discriminação em tabela de remuneração de procedimentos médicos do Sistema Único de Saúde), seja porque os direitos dos membros do grupo beneficiário têm relevância jurídica, social e institucional [...] 17 - Conforme precedentes do Supremo Tribunal Federal e deste Tribunal Regional Federal da 4ª Região, é possível a atribuição de eficácia nacional à decisão proferida em ação civil pública, não se aplicando a limitação do artigo 16 da Lei nº 7.347/85 (redação da Lei nº 9.494/97), em virtude da natureza do direito pleiteado e das graves consequências da restrição espacial para outros bens jurídicos constitucionais. 18 - Apelo provido, com julgamento de procedência do pedido e imposição de multa diária, acaso descumprido o provimento judicial pela Administração Pública.” Brasil. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível nº 2001.71.00.026279-9. Rel. Juiz Federal Roger Raupp Rios. DE 23.08.07. Disponível em

usualmente chamada de ação de medicamentos, na qual uma pessoa recorre ao Poder Judiciário para conseguir o fornecimento de determinado medicamento, cuja entrega fora recusado por algum dos entes federativos.

De outra forma, a proposta da priorização às demandas coletivas, enquanto comunitárias, intentam dar um novo sentido às ações coletivas para efetivação de direitos fundamentais. A comunidade tem como finalidade a própria comunidade, formada por um fluxo de interação entre homens com fluxo de doação e entrega efetiva. Homens que se deixem unir por um mesmo laço, em prol de valores comuns⁷⁴. Comunidade gera uma obrigação de fraternidade, a qual os indivíduos da sociedade civil opõem-se terminantemente. Noções como liberdade e comunidade entram em conflito, pois tende à supressão de valores puramente individuais por meio de formação de valores comuns, advindos de uma identidade. Dessa forma, a liberdade de um indivíduo fica condicionada aos valores da comunidade, em que pesem não sejam absolutos. Além disso, cria laços identitários entre as pessoas da comunidade.

Aos indivíduos não cabe a preocupação com o caos da saúde pública e os diferentes problemas na gestão da política de fornecimento de medicamentos, apenas se preocupam com a possibilidade de terem garantido o acesso ao medicamento, indicado no receituário do médico (por vezes, sob a batuta da indústria farmacêutica), pela via estatal. Numa perspectiva comunitária existiria essa preocupação.

Para isso, é preciso identificar duas espécies de comunidade: a comunidade propriamente dita, que é aquela que se deseja participando das demandas coletivas e a comunidade da sociedade civil (um disfarce para a massa⁷⁵, as ações coletivas massificadas). Em verdade, a sociedade civil também produz a sua comunidade, uma nova comunidade que é produto de réplica, de cópia, de soma de indivíduos⁷⁶. As comunidades de solitários

<http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=1838268&has_h=a3e1f66fbd7cfb9f211d00cc73ba3912> acesso: 04.11.08. Em 10 de dezembro de 2007 a Ministra do STF Ellen Gracie, na Suspensão de Antecipação de Tutela nº 185-2, suspendeu a decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

⁷⁴ BUBER, Martin. **Sobre a Comunidade**. São Paulo: Perspectiva, 2008. p. 34.

⁷⁵ Na perspectiva de Martin Buber, a massa só poderia ser explicada negativamente, ou seja, dizendo-se o que a massa não é. Para esse autor, não se pode confundir massa com povo, pois povo seria uma expressão da comunidade (a vida comum dos homens), a massa é uma necessidade, uma multiplicidade de homens. Ainda, Buber trata a questão da massa como uma transição entre a condição de comunidade ao ingresso na sociedade. A massa quer mudar, quer proclamar, é um vir a ser. Dito de outra maneira, o processo de industrialização, ao romper com as relações rurais, ainda baseadas em noções de comunidade (valores comuns, ideal de boa vida), desfaz a forma original de povo e o coloca na condição de transição, na condição de massa. Desse modo, a massa não é uma condição permanente é uma transição da comunidade a outra forma, uma forma formada por uma sociedade civil individualizada. *Idem*, p. 109-110.

⁷⁶ BAUMAN, Zygmunt, *op. cit.*, 2003, p. 60.

substituem a ética (líderes) pela estética (celebridades). O símbolo maior da comunidade organizada de indivíduos é o condomínio fechado, pois produz a segurança necessária para isolar-se de toda a pobreza e de todo o medo exterior, pobreza e medo que têm sua origem na periferia. Este tipo de comunidade baseia-se em um vínculo efêmero.

Ademais, é preciso distinguir entre a comunidade primitiva e a comunidade atual. A comunidade primitiva representa aquela comunidade desenvolvida no início da raça humana, fundada na vida comum de homens como uma unidade, com caracteres tribais ou, se regredir um pouco mais, de horda. Tinha um laço de unidade indestrutível, formado pela legalidade religiosa. O imediatismo dessa legalidade fica evidenciado na figura do chefe que, ao menor movimento, dispõe do poder de inclusão e de exclusão daqueles que estão sob o seu comando. Nessa comunidade, o problema da pessoa nem começou a emergir, não representa somente um ponto de partida, mas uma parte da comunidade existente⁷⁷.

O que esse pode observar é a propagação de ações individuais, quando não há a disseminação de ações coletivas, porém massificadas. As demandas massificadas são aquelas constituídas por diversos indivíduos (direitos individuais homogêneos). Neste caso, está-se diante de posturas que não visam dar um sentido democrático e social ao Estado, mas, pelo contrário, apenas reafirmam a dimensão fundamentalmente liberal do Estado.

Com efeito, proliferam-se ações, buscando a tutela de um direito individual ao fornecimento de medicamento. Em muitos desses casos de tutela individual, trata-se de medicamento não previsto em lista de medicamentos, gerando uma despesa excessiva ao Poder Executivo, além de burlar o planejamento, colocando em risco uma política pública que poderia ser voltada para a coletividade. Em um país que, como visto, possui escassos recursos para a saúde, o deferimento de uma ação individual poderá significar o conflito entre a vida de um indivíduo e a vida da coletividade.

Além disso, o avanço das tecnologias permitiu o surgimento de formas caríssimas de assistências médicas, sendo absurdo tornar a saúde um bem fornecido a qualquer custo⁷⁸. Se houvesse dependência dos valores que a maioria decidissem, pessoas adoecidas que inevitavelmente tivessem como destino breve a morte, morreriam antes, pois desnecessária a

⁷⁷ BUBER, Martin, *op. cit.*, p. 67. Além disso, Buber coloca a comunidade como uma categoria religiosa e não histórica. Considera a comunidade um fato religioso e aquelas que não são religiosas tem a tendência de se tornarem religiosas e se orienta para isso. *Idem*, p. 71.

⁷⁸ Considerações com base no relato de Ronald Dworkin acerca do princípio do resgate. Não se perde de vista aqui, em primeiro lugar, o fato do autor pertencer a uma tradição liberal ou, supostamente, oposta à comunitária (Michael Walzer, por exemplo). Todavia, afeiçoa necessária considerações sobre seu relato. Também, é preciso salientar o caráter privado da assistência médica nos Estados Unidos da América. DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes. p.435.

assistência. No entanto, Dworkin pondera que essas pessoas não deixariam de lado a prorrogação da vida, por mais alguns meses.

Dentro de tal perspectiva, o princípio do resgate⁷⁹, invocado pelo autor norte-americano, insiste que sempre que houver possibilidade – ainda que remota – de salvar a vida, a sociedade deve investir no tratamento. Apesar de tais considerações, não se deve perder de vista que fosse aplicado desta maneira o princípio, por óbvio, colocaria em risco as finanças do Estado. Além das finanças, colocaria em risco a vida de diversos pacientes, tendo em vista que nem todos os tratamentos, descobertos diuturnamente, possuem a tutela governamental adequada, para que possam ser utilizados no Brasil.

Como bem reflete Dworkin, “o teste seguro prudente também deixa claro por que é tão importante consultar a opinião pública antes de se tomarem as decisões de racionamento”⁸⁰. Neste ponto, concorda-se com a invocação da comunidade para estipular o que seria mais adequados à efetivação da saúde, em contrapartida, realizando-se um sopesamento dos riscos e do custo-benefício de determinado medicamento ou tratamento. Do contrário, seguir-se-á com a realização do direito individual à saúde, sem respeito ao direito social.

Isso não significa dizer que o Judiciário deixaria de tutelar os direitos fundamentais que deveriam ser abarcados com a sua atuação. Ocorre que, o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir a promoção de políticas públicas, sejam devidamente implementadas. Ao decidir sem critérios, deferindo todo e qualquer pedido de medicamento, em ações individuais, o Poder Judiciário viola a universalidade da prestação e a isonomia no atendimento aos cidadãos, uma vez que esses deferimentos comprometem a coletividade.

Não se pode ignorar, por exemplo, que há, no Brasil, uma Política Nacional de Medicamentos, facilitando o acesso aos medicamentos essenciais, além de proporcionar o uso racional de medicamentos que sejam adequados para cada tratamento. A Portaria nº 3916/98 estabelece a Política Nacional de Medicamentos, baseada nas recomendações da OMS⁸¹ (Organização Mundial de Saúde). Visando configurar uma oferta de medicamentos ajustada às necessidades do país, adotou-se a Relação de Medicamentos Essenciais (RENAME). Com base na situação epidemiológica, identificam-se os maiores problemas de saúde e os medicamentos indispensáveis para o seu tratamento, que ficam permanentemente disponíveis

⁷⁹ *Idem*, p. 446.

⁸⁰ *Idem*, p. 447.

⁸¹ WORLD HEALTH ORGANIZATION (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE). WHO Expert Committee on the Selection and Use of Essential Medicines. **The selection and use of essential medicines : report of the WHO Expert Committee, 2003**. WHO technical report series.

à população que deles necessita. A fim de garantir que a oferta de medicamentos seja composta por medicamentos de eficácia comprovada, seguros e com qualidade, o governo brasileiro deve exigir o cumprimento da regulação sanitária e reestruturar a Rede Brasileira de Laboratórios Analítico-Certificadores em Saúde (REBLAS) para verificar a conformidade dos medicamentos com os padrões registrados.

Por fim, há o estímulo à produção local de medicamentos, assim, o Brasil deve estabelecer um incentivo à capacitação e ao desenvolvimento tecnológico nacional e incentivar a pesquisa, visando o aproveitamento do potencial terapêutico da flora e fauna nacionais, além de estimular a produção de laboratórios oficiais cuja produção se destina ao Sistema Único de Saúde (SUS)⁸².

A lista de medicamentos não fica, tampouco, estagnada. Na cidade do Rio de Janeiro, para avaliar a necessidade de atualização com inclusão ou exclusão de medicamento, há uma comissão nomeada (Resolução da Secretaria Municipal de Saúde nº 1139 de 2005⁸³). Como se pode perceber, há políticas públicas na área de saúde, especificamente, no tocante ao fornecimento de medicamentos, não sendo correto afirmar que o Poder Executivo encontra-se inerte, tão-somente, preocupado em negar pedidos de medicamentos.

O Estado e o Direito encontram-se assentados em um paradigma liberal⁸⁴. O Poder Judiciário soluciona conflitos entre sujeitos individuais, sem qualquer perspectiva de alargamento da função jurisdicional do Estado, pois não caberia ao Estado mais do que proteger a autonomia individual de cada sujeito. Não obstante o advento do Estado Social, ainda assim, temos enquanto base o Estado Liberal. Ademais, os responsáveis (Poder Executivo, Poder Judiciário, Poder Legislativo) por darem essa nova coloração ao Estado, a partir de objetivos sociais e políticas públicas encontram-se vinculados à tradição liberal. Conforme visto, para a efetivação dos objetivos e das políticas públicas, o Estado ordena a alocação de recursos e a realização de ações.

Nessa medida, a tutela individual pode se tornar o antídoto para um indivíduo e o veneno para a coletividade. A ação coletiva é o modelo mais adequado de intervenção do Judiciário na esfera da Administração Pública para a defesa de interesses dessa espécie;

⁸² DALLARI, Sueli Gandolfi. *Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 259-260.

⁸³ BRASIL. PREFEITURA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO. **Resolução da Secretaria Municipal de Saúde nº 1139 de 2005**. Disponível em < <http://www.saude.rio.rj.gov.br/media/Rsms1139.doc>> Acesso: 17.12.09.

⁸⁴ GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las Transformaciones del Estado Contemporáneo**. Madrid: Alianza Editorial, 1996. p.68.

principalmente, para a inserção de medicamento ou tratamento na lista, tendo como grande vantagem o benefício da coletividade, no caso de seu deferimento. A demanda de tipo individual fica sustentada nas opções de compra do consumidor diretamente no mercado, porque independem de qualquer organização coletiva⁸⁵. No Brasil, por se tratar de um Estado de modernidade tardia, essa situação agrava-se, pois não há uma tradição de Estado Social, logo proliferam ações individuais que, pouco a pouco, comprometem (o seu deferimento) a aplicação de recursos voltados à saúde.

Defende-se não a supressão das demandas individuais, mas a valorização das ações coletivas. Contudo, as ações coletivas não devem se tornar uma cumulação de indivíduos demandando um direito à saúde, corporificado nesse caso, pelo fornecimento de medicamento. Pelo contrário, tem como função a participação (democrática) das pessoas na realização das políticas públicas de saúde, permitindo à comunidade apresentar seus valores e sua forma de interação. Isso não significa dizer uma supressão das individualidades, ou do seu *ismo*. Dito de outro modo, a demanda coletiva seria o meio adequado, por ser porosa à comunidade e por permitir a participação, sendo adequada ao modelo de Estado Democrático de Direito constante na Constituição da República. A perspectiva comunitária permitiria uma forma de integração entre o Poder Executivo e Poder Judiciário, além da participação da comunidade na elaboração e execução das políticas públicas.

Na medida da sua existência, a comunidade nunca é realizada pelo indivíduo, diferente do Estado que surge de um querer, a comunidade é uma associação que não é formada pela vontade. Segundo o sociólogo polonês Zygmunt Bauman a comunidade tem os seguintes caracteres: distinta (visibilidade, onde começa e termina, nós e eles), pequena (comunicação entre os de dentro é densa e alcança tudo), auto-suficiente (em relação a eles) e mesmidade (homogeneidade). Coloca a homogeneidade como um desafio ao equilíbrio da comunicação entre os *de dentro* e os *de fora*, antes inclinada ao exterior, complicando a distinção entre o *nós* e o *eles*. A mesmidade evaporar-se-ia quando a comunicação entre os *de dentro* e o *de*

⁸⁵ “A maior prova de que o temor, em muitos casos, é evidente – e de que na existe doutrina sólida construída sobre o tema – decorre da constatação que as decisões mais aplaudidas, em maior frequência, são tomadas em feitos individuais, como acontece na área da saúde, o que pode se justificar pela proximidade do juiz com as partes, pela normalmente menor repercussão orçamentária das decisões pela maior capacidade de perceber as conseqüências inapeláveis de uma ausência de postura jurisdicional. Além disso o conflito é solucionado de imediato e não há que se fazer maiores incursões sobre a atividade administrativa. Poucos, contudo, se aventuram no efetivo controle da atividade mais ampla, **tendente à implementação de políticas públicas em geral, por intermédio de ações coletivas. E isso é paradoxal, pois, como visto, o perfil das políticas públicas mais se afina com a proteção coletiva do que com a tutela individual**”(grifo nosso) BARROS, Marcus Aurélio de Freitas, *op. cit.*, p. 169.

fora tornasse generalizada, ganhando mais peso que a as trocas mútuas internas⁸⁶. A evaporação das relações comunitárias dá-se em que a sociedade, chamada por Bauman, de líquida (em oposição à modernidade sólida) passa a invadir a comunidade com seus vínculos fundamentalmente individualistas.

O casamento entre ética e razão instrumental, na proposta de um Estado de bem-estar social, faliu. A razão instrumental separou-se e continua seu caminho sozinho no âmbito estatal, enquanto a ética ficou a cuidar do lar, da comunidade. Numa sociedade individualizada não é mais necessária a justificação ética do Poder Estatal⁸⁷. Não se justifica mais o investimento daqueles que possuem a capacidade de consumir para o benefício dos clientes do Estado. Isso se reflete no abandono dos instrumentos coletivos de controle de políticas públicas, tais instrumentos (processuais) permitiriam a participação – e controle – por parte da comunidade no cumprimento do desiderato constitucional. Também, aproximaria a comunidade do Estado (corporificado na Administração Pública).

A organização individual é coberta de angústia pelos consumidores (cidadãos) também, porque vive na instabilidade, não existindo uma perspectiva de construção de uma identidade entre seus membros, quer-se o medicamento hoje, agora, o Estado tem que prestar, seja qual for o medicamento, sobrepõe-se o interesse do indivíduo (do direito individual à saúde). Antes mesmo que descubramos essa identidade, ela já não está na moda⁸⁸. Ao analisar o avanço da figura do indivíduo na estrutura estatal a partir do século XIII, Louis Dumont⁸⁹, afirma que em geral não há lugar para a comunidade no plano social, a ideia de comunidade é suplantada pela noção de indivíduo. Substitui-se a comunidade pela sociedade. Toda essa perspectiva de realização do indivíduo desemboca nas ações judiciais individuais (fruto propriamente de um modelo liberal-individualista), as quais, no caso do direito à saúde colocam em xeque a saúde da coletividade.

De tal feita, no Estado brasileiro há uma acentuada centralização autoritária, remontando a Portugal, o Estado é uma entidade todo-poderosa capaz de regular todos os aspectos da sociedade civil. Estado e cultura não são propícios à legitimação da diversidade. A estrutura social é marcadamente rígida com normas e regras estritas, calcada em um forte controle social dos indivíduos⁹⁰. Os laços mais presentes de socialização não se dão no que

⁸⁶ *Idem*, p. 81.

⁸⁷ BAUMAN, Zygmunt. **A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p.104.

⁸⁸ *Idem*, p. 102.

⁸⁹ DUMONT, Louis. **Ensayos sobre el individualismo**. Madrid: Alianza, 1987. p. 79.

⁹⁰ VELHO, Gilberto, *op. cit.*, p. 66-67.

poderíamos denominar espaço público, mas dentro da estrutura familiar tradicional (mãe, pai, avô, irmão) ou no espaço de comunitarização. A vida na comunidade permite a identificação das pessoas, isto é, uma noção de pessoa que seja capaz de nos remeter ao todo e não mais à unidade, como ocorre na noção individualizada da sociedade. É como se a totalidade penetrasse o elemento individualidade para, em seguida, o incorporar definitivamente à coletividade e à totalidade. As relações na comunidade dão-se por proximidade, por pessoalidade.

Da relação entre o “eu” e o “tu” existe a abertura para a conexão com o mundo, dessa relação entre eu e tu desperta-se uma autoconsciência do “si mesmo” que se desenvolverá e se relacionará com ambos. Nesse sentido, a utilização de instrumentos processuais coletivos à efetivação do direito à saúde poderão servir de laço às pessoas da comunidade e promover o processo de socialização, na medida em que representam uma abertura democrática ao debate acerca das políticas públicas de saúde.

A garantia de uma jurisdição que valorize o aspecto coletivo (comunitário) terá como condão a possibilidade de democratizar o acesso ao Poder Judiciário. Daí uma necessária valorização de espaços de participação, que permitam o acesso da comunidade ao Poder Judiciário, aproximando a cidadania dos processos decisórios. Elementos processuais como as tutelas coletivas e a Audiência Pública, permitem à comunidade sua manifestação ativa, para definir os elementos de participação da comunidade na efetivação e na formulação de política públicas de saúde. As leis n.º 9868 e 9882 regulam o instituto da Audiência Pública, superam os instrumentos de democracia tradicional e atendem os anseios comunitários de mais democracia ou de novos parâmetros democráticos. Com isso, há a democratização de outros espaços, que não somente o espaço da política, mas judicial à participação da comunidade, proporciona-se a multiplicidade de locais para a promoção da democracia⁹¹.

De tal forma, que todo o membro adulto de um Estado Democrático de Direito é um cidadão, mas o que se observa é que as práticas individuais estão dissonantes da esfera política de participação. Para que o cidadão não sucumba às práticas individuais, a comunidade é condição de possibilidade de reinserção ética do cidadão e não a participação, no âmbito jurisdicional de *cidadãos nominais*. A esses cidadãos é que a participação na esfera jurisdicional, visando o controle de políticas públicas de saúde, é fundamental, permitindo a

⁹¹ SUPTITZ, Carolina Elisa. **O instrumento jurisdicional da audiência pública e os movimentos de sincronia e anacronia com relação à comunidade contemporânea**. Dissertação de Mestrado, apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), 2009. p. 82.

aproximação entre a comunidade e o centro do poder (Supremo Tribunal Federal). De igual sorte, é a utilização de meios como as ações coletivas (no sentido comunitário).

A supressão das individualidades dá-se na comunidade, em que a coletividade absorve a individualidade. Há uma maior possibilidade de aproximação entre o “eu” e o “outro” e, portanto, há uma adesão solidária (colaborativa)⁹². Dito de outro modo, a participação da coletividade, na acepção comunitária, permite um debate amplo e condizente com a própria estruturação de uma política pública. Como o próprio adjetivo diz, a política é pública, ou seja, redundante na realização da cidadania, sendo necessário aproximar a comunidade do Poder Judiciário, no controle de políticas públicas.

Com efeito, a participação, nas ações, coletivas ocorre por mandatários que publicizam os interesses da comunidade, corolário das questões homogêneas, às quais o grupo subordina-se. Tais relações implicam superação da vida do ser humano apenas como verbos transitivos, não se limitando apenas às atividades que têm algo por objeto⁹³. Quem diz “tu” não tem um “isso” como objeto da relação, está em constante relação, em troca face a face, no ambiente comunitário.

No âmbito das ações individuais, a atuação do Judiciário deveria tender a deferir os medicamentos constantes nas listas elaboradas pelos entes federativos, efetivando as opções formuladas pela Administração Pública. Cumpre salientar, que a elaboração das listas não se dá ao acaso, como visto, mas de acordo com as necessidades prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis, na peça orçamentária, para a saúde. Os recursos públicos são insuficientes para atender todas as necessidades sociais, impõe-se ao Estado *tapar-se com este cobertor curto* (investir em determinado setor implica deixar de investir em outro)⁹⁴. Em

⁹² MASSAÚ, Guilherme Camargo. A possibilidade da diferença: o indivíduo e a pessoa e a sociedade e a comunidade. **Revista Eletrônica de Direito e Política**. Programa de Pós-Graduação em Direito da Univali, v.3, n. 3, 2008. p. 405.

⁹³ BUBER, Martin. **Eu e Tu**. São Paulo: Centauro, 2001. p. 54.

⁹⁴ “A vinculação do administrador público à lei não lhe permite atender a uma necessidade específica de um de seus cidadãos, sem que exista uma previsão específica em lei ou uma política social já implementada pelo Estado. Da mesma forma o juiz não poderá atender a uma necessidade individual (como a determinação da compra de um medicamento especial não previsto em qualquer programa social, por exemplo), com base no dever de proteção dos direitos fundamentais individuais – como o direito à vida, por exemplo – sem que exista um programa prévio de proteção social já implementado. Caso o programa já esteja sendo executado, cumpre ao juiz assegurar o exercício do direito fundamental em juízo. Caso assegure o exercício de um direito fundamental individual, através de uma prestação social positiva ainda não implementada e que vise atender a toda a população, estará afrontando o princípio da isonomia entre cidadãos. Note-se, portanto, que a aparente ofensa ao princípio da separação dos poderes não é a verdadeira tônica deste debate, o qual deve ser procedido a partir da discussão acerca do papel do Estado na distribuição dos recursos públicos entre os cidadãos. A decisão judicial deve servir como instrumento de proteção da isonomia entre os cidadãos e não como fator de desequilíbrio das prestações sociais, impondo à Administração Pública a criação de um programa específico e exclusivo que venha

contrapartida, por vezes, por meio de uma demanda individual é deferido apenas pela condição de hipossuficiente do requerente, sem qualquer abertura ao diálogo com a comunidade.

A alteração das listas poderá ser objeto de discussão no âmbito de ações coletivas (seja ação civil pública ou outros instrumentos). Primeiro, porque o debate coletivo obrigará um exame no contexto geral das políticas públicas de saúde e os legitimados terão melhores condições de trazer elementos aos autos. Segundo, porque no litígio individual, o Juiz perde de vista as necessidades relevantes e as imposições orçamentárias (que serão examinadas na esfera coletiva). Por fim, a decisão, na ação coletiva, produzirá efeitos para todos⁹⁵.

Com base nas premissas analisadas anteriormente, notou-se a importância da intervenção do Poder Judiciário para a implementação de políticas, porém a necessidade de uma intervenção responsável, considerando as peculiaridades orçamentárias brasileiras e objetivando conferir sentido aos direito à saúde previsto na Constituição Federal de 1988. Ademais, verificou-se a necessidade de valorizar as demandas coletivas como adequadas (não únicas) para um maior equilíbrio na equação orçamento (gasto público com medicamentos) *versus* efetivação do direito ao fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado. Agora, cabe analisar qual o espaço de liberdade (discricionariedade) à Administração Pública para a determinação de políticas públicas de saúde, sem intervenção do Poder Judiciário e qual o espaço de intervenção do Poder Judiciário. Para tanto, é preciso compreender o sentido de políticas públicas no Estado (Social e) Democrático de Direito.

1.2 O papel do Estado Democrático de Direito enquanto condição de possibilidade ao controle judicial, aplicação às políticas públicas de saúde.

É sobremaneira importante o papel do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, mormente, o avanço de ações, do ponto de vista político-econômico, liberalizantes, as quais representam retrocesso para um País que conquistou um regime democrático há pouco mais de vinte anos. A presença do Estado (Social e) Democrático de Direito é jovem no

a atender a uma situação individual.” APPIO, Eduardo Fernando. **O Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 173.

⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>> acesso: 08.11.08.

Brasil. Entretanto, o legislador constituinte não se furtou ao seu desiderato e incluiu já no primeiro artigo⁹⁶, elencando nos incisos, o conteúdo desse Estado⁹⁷.

Todavia, em um país com altos índices de desigualdade social e, paradoxalmente, inserto entre as dez maiores economias do mundo,⁹⁸ não se pode ignorar o papel do Estado na busca da gradual diminuição e conseqüente extirpação de índices de pobreza que, em realidade, representam a degradação de parcela da população diuturnamente. A Constituição do Brasil aparece sempre numa relação de distanciamento com a realidade social, na medida em que sustenta o direito fundamental à saúde e, por conseguinte, um dever da Administração Pública, elaborar políticas públicas consoantes o desiderato constitucional.

Para se ter ideia, o sistema público de saúde tem a atribuição constitucional de oferecer a todos os brasileiros o acesso à saúde, segundo um ideal baseado na universalidade, integralidade, resolubilidade e acessibilidade. É o único acesso aos serviços de saúde para 140 milhões de brasileiros (70% da população), nas palavras do Ministro da Saúde José Gomes Temporão, “o SUS tem uma produção anual de 2,3 bilhões de atendimentos ambulatoriais, 16 mil transplantes, 215 mil cirurgias cardíacas, 11,3 milhões de internações e 9 milhões de procedimentos de rádio e quimioterapia”⁹⁹. Ainda, o Ministro afirmou que de 2002 até 2008 o orçamento do Ministério da Saúde triplicou, no tocante à assistência farmacêutica e, mesmo assim, mostra-se insuficiente.

Contudo, há um evidente fracasso do Estado brasileiro, como provedor dos serviços essenciais para a maioria de sua população, principalmente, a população mais carente. Corolário dessa situação de distanciamento entre a população e o acesso a políticas públicas de saúde é o crescimento de demandas judiciais para incumbir ao Poder Executivo o fornecimento de determinado medicamento ou tratamento de saúde. Tal é típico do Estado Democrático de Direito, que permite ao Judiciário manifestar-se nas políticas públicas,

⁹⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. **BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso: 08.08.09.

⁹⁷ CITTADINO, Gisele, *op. cit.*, p. 68.

⁹⁸ Embora isso, o Relatório do Desenvolvimento Humano 2009, do PNUD, indica que o Brasil anda a passos lentos no IDH, embora o esforço contínuo e que a aplicação de apenas 7% do orçamento na saúde contribui para mantê-lo na 72ª posição no conjunto de 182 países. Disponível em <<http://www.pnud.org.br/home/>> Acesso em: 11.10.09.

⁹⁹ TEMPORÃO, José Gomes. **O SUS e o direito da coletividade.** Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/artigo_ministro.pdf> Acesso: 08.09.09.

entretanto, sempre sob a égide da Constituição. Não obstante, impossível ignorar dois aspectos intrínsecos: a tensão entre os instrumentos processuais individuais e coletivos e, de outra parte, os custos do deferimento de todo e qualquer medicamento face ao orçamento público.

Com efeito, analisar-se-á, a partir dos citados aspectos, em primeiro lugar, os momentos constitucionalmente adequados à interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde. Em segundo lugar, expor-se-ão os instrumentos previstos constitucionalmente e em leis infraconstitucionais ao controle de políticas públicas, bem como, o rol dos legitimados constitucionalmente.

1.2.1. Da elaboração à execução de políticas públicas de saúde no Brasil e os momentos de intervenção do Poder Judiciário na ótica do Estado Democrático de Direito

É importante buscar responder ao longo do texto se o Poder Judiciário está preparado a exercer um papel expressivo no controle judicial de políticas públicas. Não se trata de preparo do ponto de vista material, isto é, de conhecimento daqueles habilitados a julgar diferentes demandas, mas do preparo dentro da ótica do Estado Democrático de Direito. Diante dos parâmetros de um País de modernidade tardia, submerso em uma crise do modelo estatal e do enfraquecimento da ideia de Estado-Nação, busca-se a oponibilidade à lógica mercantil e aos imperativos advindos do sistema econômico, os quais contaminam todas as esferas da vida social¹⁰⁰.

Nessa linha, é preciso compatibilizar as perspectivas apresentadas pelos fluxos e reflexos pós-modernos¹⁰¹, os quais têm como consequência o neoliberalismo, a escalada do individualismo, a desregulamentação e a desconstitucionalização, frente à redemocratização do Brasil com a adoção da Constituição da República, em 1988. Além disso, há a oposição do constitucionalismo do Estado Democrático de Direito e sua face social (comunitária), a despeito de toda a colonização individualista. Visto esse contexto, é preciso resistir e, para tal, a intervenção do Poder Judiciário é fundamental, visando a reestruturação do Estado e a

¹⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 73.

¹⁰¹ O termo pós-modernidade ganha maior difusão, a partir dos anos 70. ANDERSON, Perry. **As Origens da Pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999. p. 20.

afirmação da Constituição. Esse intervirm tem, naturalmente, algumas limitações, fundantes na realização do projeto Estatal.

Trata-se da vocação do tempo presente à jurisdição em contraposição ao protagonismo ocupado pelo legislador no início do Século XX¹⁰². Pierre Rosanvallon¹⁰³ indica dois fatores importantes que, segundo ele, seriam os responsáveis pelo desencadeamento da judicialização da política no mundo ocidental. O primeiro decorreria da instabilidade e fragilidade dos próprios sistemas políticos. O segundo seria o quadro de declínio da própria reação dos governos às demandas da cidadania. Assim, haveria uma assimetria entre o chamado crescente ao prestar contas e o princípio da responsabilidade – a resposta à sociedade. Desse modo, o Estado de Direito passa a ser determinado com base na Constituição ao qual se refere.

A Constituição passa a vincular todos os Poderes Públicos, razão pela qual não se pode ter por válida a ação do poder público que contrariar preceitos constitucionais. Por outro lado, ao dar-se um patamar especial à Constituição, exige-se a garantia concreta da constitucionalidade das decisões. A existência de um órgão que seja responsável pelo controle de constitucionalidade consiste na condição de possibilidade para a concretização da Carta Constitucional. Isto é um esboço daquilo que se pode chamar Estado Constitucional, um Estado limitado pela Constituição.

Para além de um *plus normativo*, a inserção do elemento democrático ao dar sentido ao Estado Social, no caso brasileiro ou – como aduzido – na América Latina, impõe-se tendo em vista o fim de um regime autoritário, que tem como marco democrático a Constituição de 1988. Disso, podem-se extrair alguns elementos que ajudam na compreensão do aumento de demandas judiciais para impor ao Executivo o que se chama “*fazer políticas públicas*”. A judicialização das políticas públicas é vista como um perfil inerente à reestruturação democrática de países que foram fustigados com regimes autoritários¹⁰⁴. Aponta-se uma substancial desconfiança na corporificação executiva da Administração Pública, a qual recebe apontamentos, por meio da Constituição, de meios salutares de realização de políticas públicas.

¹⁰² PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

¹⁰³ ROSANVALLON, Pierre. **La contre-democratie. La politique à l'âge de la défiance**. Paris : Seuil, 2006. p. 232.

¹⁰⁴ TATE, C. Neal; VALLINDER, Tornbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University, 1995. p. 5. Aponta as características da judicialização da política, nos seus dois vieses, em países de tradição Romano-Germânica e de democracias incipientes e, por quê não, insipientes, como o Brasil. A dupla face referida é da judicialização da política (atos do legislativo) e a judicialização da política (fazer políticas públicas).

A despeito dos aspectos inerentes à judicialização e ao condicionamento frente ao neoliberalismo, a falibilidade na elaboração e execução de políticas públicas edita a necessidade de que algum dos Poderes dê existência a tais. Com efeito, geram-se demandas ao Poder Judiciário postulando políticas públicas¹⁰⁵. O caso do direito à saúde tem sido paradigmático, haja vista que há um programa constitucional para que o Estado promova o seu desenvolvimento indicando, inclusive, as fontes orçamentárias e incumbindo a todos os entes federativos, a comum participação. Mesmo assim, há um excessivo número de demandas judiciais¹⁰⁶ requerendo assistência médica, bem como, medicamentos. A preocupação com tamanho número de demandas refletiu na convocação por parte do Supremo Tribunal Federal da Audiência Pública n.º 4¹⁰⁷.

Da constatação da realização da Audiência Pública, nota-se a importância e a repercussão do tema no STF. Além disso, há a necessidade do Tribunal consultar especialistas, dos mais diversos campos, para poder estabelecer critérios adequados para as decisões nas quais versem o direito à saúde ou a controle judicial de políticas públicas de saúde. Apenas entre os anos de 2007 e 2009, há cerca 74 acórdãos e 348 decisões monocráticas, quando o termo pesquisa é *direito e saúde*. Se o critério eleito para a pesquisa no sítio do STF for *políticas e públicas e controle*, o número baixa para 2 acórdãos e 25 decisões monocráticas. Esse dado tende a confirmar como será observado em primeiro lugar a tendência à via judicial individual¹⁰⁸ de solução de conflito, preterindo a via coletiva, a qual, entretanto, soa ser o instrumento constitucionalmente adequado ao controle de políticas

¹⁰⁵ Não se pode olvidar da complexidade inerente ao tema. Há um crescimento do chamado individualismo da técnica, um individualismo com feições tardo modernas, contemporâneo e intrinsecamente ligado ao neoliberalismo e aos movimentos liberalizantes. Esse gera o solapamento de políticas públicas. Muitas vezes, em decorrência da própria falibilidade na execução dessas pela Administração.

¹⁰⁶ Preocupação demonstrada publicamente pelo atual Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, na solenidade de abertura da Audiência Pública n.º 4. MENDES, Gilmar Ferreira. **Discurso de abertura da Audiência Pública n.º 4.** Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica_MGM.pdf>. Acesso: 29.08.09.

¹⁰⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Despacho convocatório da Audiência Pública n.º 4.** Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf>. Acesso em 14.06.09.

¹⁰⁸ Ao tratar da Crise Estrutural enquanto fim do Estado de Bem-Estar Social, o Professor José Luis Bolzan de Moraes propõe repensar o Estado Contemporâneo sob a égide da incorporação da *questão social*. Dentro da Crise Estrutural apresenta a Crise Filosófica – do Estado Social – que atinge exatamente os fundamentos do modelo de Estado de Bem-Estar Social. Segundo o autor, a base do Estado Social, qual seja a *solidariedade* estaria enfraquecida por sua incapacidade de constituir o protótipo antropológico que lhe compõe o sentido. MORAIS, José Luis Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 43.

públicas; em segundo lugar, dá mostras do número exorbitante de ações no tribunal mais importante da organização judiciária brasileira.

Na questão atinente à elaboração das políticas públicas, a presença de um regime democrático, a separação de poderes, as políticas de direitos, a sistemática de grupos de interesses, partidos políticos fracos e governos de coalizão são fatores elencados por Tate e Vallinder¹⁰⁹ como origem da delegação de poderes para decidir acerca das citadas políticas, por parte do Poder Judiciário. No entanto, não são os únicos fatores a serem considerados pela presente pesquisa, a própria condição de modernidade tardia do Brasil e o avanço do individualismo (da técnica), típico da tardo-modernidade, também compõem o plexo da judicialização da política, realidade que, de um modo ou de outro, denota a relativa fragilidade das outras instituições e do déficit de legitimidade da instância política.¹¹⁰ Todavia, não se pode perder de vista que o Judiciário compõe apenas uma das esferas do Poder, há que se pensar na criterização deste tipo de intervenção, seja sob o ponto de vista do imperativo da justificação ou da fundamentação, conforme prevê o artigo 93, IX, da Constituição Federal, seja sob a ótica da obrigação da decisão que está ligada ao princípio constitucional do acesso à Justiça previsto no artigo 5º, XXXV da mesma Constituição. Somente assim será possível um equilíbrio e harmonia do Poder.

Para contemplar esse desiderato, é preciso compreender a organização administrativa no Estado (Social) e Democrático de Direito. Ou seja, de que forma a Administração Pública elabora ou deveria elaborar e executar políticas públicas em matéria de saúde, em face dos limites preconizados pela Constituição brasileira e da legislação infraconstitucional; entretanto, sem perder de vista o modelo de Estado afirmado pela Constituição e as práticas no tocante à elaboração e execução de políticas públicas.

Nessa linha, os Poderes Públicos só exercem competências assinaladas pela Constituição, ficando, também, limitada a jurisdição aos citados marcos. Ao titular da soberania não resta nenhum poder para o seu próprio exercício. Por fim, no tocante ao legislativo, somente exerce aquilo que a Constituição outorga, dentro do procedimento previsto para isso¹¹¹.

¹⁰⁹ *Op. cit.*, p. 33.

¹¹⁰ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 132.

¹¹¹ Na afirmação de Martin Kriele, “não há, pois, dentro do Estado Constitucional um soberano”. Logo, há uma limitação aos três Poderes, inclusive, ao Poder Legislativo – o qual seria porta-voz da soberania, nunca podendo ditar regras que contrariem os direitos fundamentais. Ao exercício de poderes públicos, ao exercício da Administração Pública surgem limitações de fundo constitucional. Nenhuma autoridade, a partir de então, poderia estar acima da lei, acima da Constituição. É condição sem a qual, a obediência à Constituição por parte

Não obstante, essa primeira medida, ainda que necessária à limitação dos Poderes Estatais, representa o período do Estado Liberal. Tal Estado tinha como pretensão a abstenção do Estado na vida dos particulares, apenas estabelecendo algumas regulamentações, as quais serviriam para dar parâmetros ao exercício da liberdade. Em outras palavras, há a evidente separação entre o Estado e a Sociedade Civil, fazendo com que os indivíduos exijam a privação da atuação do Estado,¹¹² condição de possibilidade para a emergência do *homo economicus* do Século XVIII, principal ator do mundo da troca desse Estado Liberal.¹¹³ Logo, não há apenas uma busca de expansão da atividade administrativa e, sim, a proteção dos indivíduos, das ameaças de um poder sempre nocivo aos direitos e liberdades¹¹⁴. Contudo, esse modelo de direito moderno é o *paradigma fundante*. Em outras palavras, há aquilo que podemos chamar de *mudança de paradigma*¹¹⁵, que é a ruptura renovadora necessária à ciência. Tal ruptura não se dá de modo instantâneo, é preciso uma série de ciclos, dentro de determinada dilação temporal.

Dessa maneira acontece com as diferentes transformações do Estado – as quais influenciam diretamente na Administração Pública e devem influenciar no *modo de fazer* da mesma -, há paulatinamente um câmbio paradigmático¹¹⁶. Nessa linha, a base do Estado

dos poderes públicos, seria uma quimera. Com efeito, é necessária uma separação dos poderes em duas ou três partes. Mesmo o poder constituinte originário tem limites constitucionais no seu exercício. Gera-se, nesse momento de Estado Constitucional, um reino do ordenamento constitucional, limitando-se os poderes públicos com base na soberania popular e, principalmente, na soberania da Nação. A sustentação na soberania do povo é pressuposto para garantir a legitimidade do poder, não pode ser eliminada em nenhum Estado, no máximo moderada e suavizada. Assim, o advento do Estado Constitucional e a limitação dos poderes públicos pela ordem constitucional, permitem a imposição de limites constitucionais à Administração Pública, não obstante distante do Estado Democrático de Direito, representa um primeiro momento de limitação aos poderes constituídos. O esboço desse primeiro momento de limitação constitucional ao Estado, surge com a Revolução Francesa. A compreensão deste período de limitações aos diferentes Poderes é fundamental à constituição de sentido do controle judicial de políticas públicas e, por conseguinte, da lacuna que há entre a prática ainda liberal-individualista e as necessidades do Estado contemporâneo. PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra, 1989. p. 91. KRIELE, Martin. **Introducción a la Teoría del Estado**. Buenos Aires: Depalma, 1980. p. 376. FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **O Poder Constituinte**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 27. Os limites são traçados nos vínculos entre política e Poder Constituinte.

¹¹² NOVAIS, Jorge Reis, *Op. cit.*, p.59.

¹¹³ FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 311.

¹¹⁴ Na visão de Prosper Weil essa é a inspiração do direito administrativo. WEIL, Prosper. **Le Droit Administratif**. Paris: Presses Universitaires de France, 1964. p. 75.

¹¹⁵ KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1989. p. 209.

¹¹⁶ Ainda segundo Kuhn, “paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma”. *Idem*, p. 219. Na seara do direito administrativo brasileiro, tal preocupação tem sido vociferada pelo incansável Prof. Diogo de Figueiredo Moreira Neto. NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 18. Não obstante, é preciso salientar da discordância com o termo *pós-moderno*. Para o fim metodológico do trabalho, opta-se por *tardo-modernidade*, na acepção referida por Paulo Ferreira da Cunha, com suas aporias, que não convém, neste momento, levantá-las. CUNHA, Paulo Ferreira da, *op. cit.*, p. 35.

Liberal dá espaço ao chamado Estado Social. As funções dos Poderes no, Estado Social, são constituídas de novos sentidos. O fim da primeira guerra e as crises econômicas propuseram o ambiente ideal para o Estado Social. O então ambiente recortado entre relações do Estado e da Sociedade Civil perde força, toma lugar um Estado prestacional comprometido, mas que paradoxalmente vive a crise de sua arquitetura reforça suas relações de interdependência interna e externa, redefine suas funções, atenua sua singularidade ante seus postulados clássicos e experimenta a fragmentação paulatina de suas próprias estruturas.

É neste contexto que as políticas públicas ganham espaço, elas surgem no chamado Estado Social, que nada mais é (historicamente) que um intento de adaptação do Estado tradicional (Estado liberal burguês) às condições sociais da civilização industrial e pós-industrial aos seus novos e complexos problemas, mas também com suas grandes possibilidades técnicas, econômicas e organizativas para enfrentá-los. Daí se desenvolvem, no primeiro terço do século XIX, as chamadas políticas sociais com o objetivo de remediar as péssimas condições dos extratos mais desamparados da população (sem a intenção de transformar a estrutura social). A atual política social transforma-se em política social generalizada. Isso faz com que as Constituições incorporem ao seu texto uma série de direitos sociais. As condições históricas que tornam possível essa nova função do Estado é uma nova etapa do capitalismo, ou seja, a necessidade de resolver os problemas gerados pela estrutura do Estado Liberal e as possibilidades oferecidas pelo desenvolvimento cultural e tecnológico do período industrial¹¹⁷.

Tais transformações, no Brasil, ocorrem no período pós-45, quando há uma forte aceleração na industrialização do país, obrigando-o à adoção dos direitos sociais, que perduram na Constituição de 1988 e que de certo modo não deixam de ser resultado do que Boaventura de Sousa Santos¹¹⁸ denomina de “curto-circuito” histórico porque não resultaram de movimentos sociais fortemente organizados e tampouco de demandas construídas paulatinamente pelo próprio curso da história. Seguramente, essa é uma das razões pelas quais, baldada a presença desses direitos na Constituição, eles restaram não efetivados e, mais que isso, quando houve uma forte instrumentalização da jurisdição constitucional atenta à democracia, o projeto de Constituição confrontou-se com a agenda neoliberal. Tudo isso, leva a se exigir do Poder Judiciário uma atuação mais comprometida com a Constituição, acima de interesses de cunho meramente econômico.

¹¹⁷ GARCÍA-PELAYO, Manuel, *op. cit.*, p. 18-19.

¹¹⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

Por outro lado, o Estado passa por uma crise fiscal-financeira, que é duramente criticada por sua perspectiva de flexibilização das estruturas de políticas públicas de caráter social¹¹⁹. Ainda na década de 60, os primeiros sinais entre o descompasso de receita e de despesa são percebidos. Esse desequilíbrio econômico é aprofundado, nos anos 70, com o aumento de demandas em face do Estado (e o aumento da atividade estatal) e a crise econômica mundial (crise petroquímica), alterando o cotidiano das pessoas e gerando um acréscimo nas despesas públicas, redundando no crescimento do déficit público. Tudo indica para um incremento na tributação, todavia, a arrecadação encolhe e as necessidades sociais avolumam-se. Por conseguinte, o desemprego aumenta e as políticas públicas, de caráter temporário, tornam-se permanentes; logo, geram uma profunda defasagem entre a poupança pública e as garantias constitucionalmente asseguradas¹²⁰.

É assim que são elaboradas as políticas públicas de saúde, como a de fornecimento de medicamentos. Na América Latina, o Judiciário não figurou como tema importante em matéria de reforma, cabendo ao juiz a figura inanimada de aplicador da letra da lei emprestada do modelo europeu. A intervenção do judiciário passa a ter relevância com o fim dos regimes autoritários, embora isso ocorra de forma acanhada por conta do descompasso entre o que se espera do “juiz” e as estruturas processuais – individualistas, repressivas e ordinarizadas - de que dispõe para dar conta das demandas da cidadania. Certamente, vê-se aqui, a marca do funcionalismo da Jurisdição, em favor dos interesses marcadamente liberais, hoje neoliberais que a toda evidência não se compatibiliza com as reivindicações contemporâneas por efetividade da Justiça. Como se vê, Direito e Justiça mantêm-se fiéis ao projeto hobbesiano de Estado.¹²¹

¹¹⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de, *op. cit.*, p. 40 e seguintes.

¹²⁰ “O Estado-providência está doente. O diagnóstico é simples: as despesas com a saúde pública e com o setor social crescem muito mais depressa que as receitas. Daí um lancinante problema de financiamento, que se apresenta nos últimos vinte anos, em todos os países industrializados. A única solução para tapar os “buracos” é aumentar os descontos obrigatórios. Atualmente todos os peritos dirigem o olhar para a taxa dos descontos obrigatórios (impostos e cotizações sociais) em relação ao produto interno bruto (PIB). Na França, em 1970, essa taxa era de 35%, passou a 41,7% em 1980, para depois estabilizar em torno de 44,5%, antes de transpor, em 1990, a barreira dos 45%.” [...] “A equação econômica dos anos 70 não pode, nos anos 90, encontrar resposta exclusivamente no campo financeiro. O verdadeiro desafio é o de *um novo contrato social* entre indivíduos, grupos e classes. O principal bloqueio do Estado-providência é, finalmente, de ordem cultural e sociológica.” ROSANVALLON, Pierre. **A Crise do Estado-Providência**. Goiânia: UFG; Brasília: UnB, 1997. p. 7 e p. 8.

¹²¹ Essa crítica pode ser vista em SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 71. Também em SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Do funcionalismo processual da aurora das luzes às mudanças processuais estruturais e metodológicas do crepúsculo das luzes. **Constituição, Sistemas sociais e hermenêutica**: Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 113-134.

Com efeito, com o Estado Social, a legitimidade do Estado passa a fundar-se não na soberania popular, mas na realização das finalidades coletivas, a serem prestadas programadamente, o critério classificatório das funções e, portanto, dos Poderes Estatais só pode ser o das políticas públicas ou programas de ação governamental.

Há, desse modo, uma dissonância entre o pensar políticas públicas e o intervir em políticas públicas. O *modo de agir* do judiciário brasileiro ainda se encontra baseado no *modo de pensar* do Estado Liberal, ou seja, do Estado da abstenção. Não se pode olvidar que com o advento do Estado Social, o governo das leis dá lugar ao governo das políticas. Desta forma, elaboração e execução de políticas públicas torna-se uma das tarefas primordiais do Estado, exigindo a racionalização da técnica para execução de tais fins, todavia incompatíveis com a estrutura do Estado Liberal.

Ocorre que o *modo de pensar – então no campo da estrutura - e agir- então no campo da função* - do Judiciário brasileiro, no tocante à intervenção em políticas públicas de saúde, faz leituras liberais-individualistas. Em geral, não há uma discriminação dos critérios e dos meios constitucionalmente adequados. Esse fenômeno, embora não agrade, é de fácil compreensão. Características essenciais do modelo estatal atual são a tradução dos valores subjacentes à modernidade, como a do culto à razão e a do primado do individualismo.

A normatividade processual, para ser coerente com tais características, não escapou da racionalidade do processo de rito ordinário – moroso e repressivo – e tampouco se afastou de seu cariz individualista. Verdade paradoxal: uma jurisdição pós-moderna¹²² – mas hipermoderna porque ainda eleva valores modernos – que ainda existe e uma jurisdição pós-moderna – mas antimoderna, porque levada a romper com os valores modernos – construindo-se. Essa última imbricação torna-se visível, com o *refluxo do individualismo*¹²³, que encontra sua expressão no desenvolvimento dos direitos sociais que, desse modo, pressionam a transformação do Direito e da Jurisdição para retirar o indivíduo do lugar central que passou a ocupar na modernidade, para reconhecer-se que o Direito no Estado Democrático de Direito encontra suas raízes no grupo social.

É típico do intérprete estar integrado a um contexto de tradição, que é – em termos da filosofia gadameriana¹²⁴ – plataforma comum de preconceitos básicos e secundários. Incurrer-se-ia em uma presunção ao imaginar que toda a série de preconceitos, que faculta e orienta a

¹²² CHEVALLIER, Jacques, *op. cit.*, p. 19-22.

¹²³ CHEVALLIER, Jacques, *op. cit.*, p. 124.

¹²⁴ GADAMER, Hans-Georg. **O Problema da Consciência Histórica**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2007. p. 17.

compreensão, seja utilizada arbitrariamente. Na leitura de Bleicher, “a filtragem dos preconceitos legítimos tem lugar na dialética entre a diversidade e a familiaridade, entre objecto e tradição, que é transmitida pela distância temporal”¹²⁵. Nessa linha, os preconceitos devem revelar-se adequados ao conteúdo, diferentemente, do que se tem mostrado a prática da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. É preciso uma intervenção condizente com a medida do Estado Democrático de Direito, para a superação da leitura liberal-individualista da intervenção.

Com base nessas premissas, nota-se a importância da intervenção do Poder Judiciário para a implementação de políticas, porém a necessidade de uma intervenção responsável, considerando as peculiaridades orçamentárias brasileiras e objetivando conferir sentido ao direito à saúde, previsto na Constituição Federal de 1988. Ademais, verifica-se a necessidade de valorizar as demandas, coletivas como adequadas (não únicas), para um maior equilíbrio na equação orçamento (gasto público com medicamentos) *versus* efetivação do direito ao fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado. Para tanto, é preciso compreender o sentido de políticas públicas no Estado (Social) Democrático de Direito.

As políticas públicas¹²⁶ são definidas como um programa ou quadro *de ação* governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina de governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública, ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito constitucionalmente assegurado¹²⁷. Dessa forma, o governo deve traçar uma série de medidas voltadas à coletividade (ordem pública) com o intuito de concretizar um direito e, à jurisdição

¹²⁵ BLEICHER, Josef. **Hermenêutica Contemporânea**. Lisboa: Edições 70, 1980. p. 157. GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y Método**. Vol I, Salamanca: Sigueme, 2005. p. 263-264. Também: GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 112. GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 210. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 166. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas, da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 17.

¹²⁶ O conceito de políticas públicas é oriundo da Ciência Política e das Ciências da Administração Pública, logo, o debate no campo jurídico implica abertura à interdisciplinaridade. A figura das políticas públicas, no âmbito jurídico, surge como uma forma de concretização dos chamados direitos sociais, fruto de transformação do Estado liberal operada no século XX. “O paradigma dos direitos sociais, que reclama prestações positivas do Estado, corresponde, em termos da ordem jurídica, ao paradigma do Estado intervencionista, de modo que o modelo teórico que se propõe para os direitos sociais é o mesmo que se aplica às formas de intervenção do Estado na economia. Assim, não há um modelo jurídico de políticas sociais distinto do modelo de políticas públicas econômicas.” BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1 e 5. LIMBERGER, Têmis. O dogma da discricionariedade administrativa: a tensão instaurada entre os poderes Judiciário e Executivo devido às políticas públicas de saúde. **Revista Interesse Público**, ano 11, n.º57, p. 77-98, set./out. 2009. p. 94

¹²⁷ *Idem*, p. 14.

constitucional caberá verificar a constitucionalidade das políticas públicas, interpretando-as conforme a Constituição. Nesse sentido, os exemplos clássicos são o direito à saúde e o direito à educação, sendo interessante a intervenção do Poder Público na elaboração e execução de políticas voltadas à realização de direitos sociais e o comprometimento de todas as funções no acompanhamento das diretrizes.

Se existe políticas públicas de saúde há um planejamento estatal, de forma que uma simples demanda individual não deve incorrer no deferimento a qualquer medicamento. Disso, a impressão que resta aos julgadores é que não há uma organização básica das políticas de saúde, entretanto, trata-se de um grande erro. A saúde pública e a elaboração de políticas públicas de saúde possuem regras, como fora visto na Audiência Pública n.º 4, a qual serviu para dar uma maior transparência a estes regramentos. Em primeiro lugar, o Sistema Único de Saúde (SUS), com base na Lei n.º 8080 de 1990, dispõe acerca das condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, além da organização dos serviços correspondentes. Na referida lei, há atribuição ao SUS, da formulação da política de medicamentos (art. 6º, inciso VI), destinando o orçamento da Seguridade Social como cofre do SUS, sempre observando metas e prioridades estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias (art. 31).

Ainda, a lei incumbe ao Conselho Nacional de Saúde estabelecer as diretrizes a serem observadas na elaboração das políticas públicas, conforme as características epidemiológicas em cada jurisdição administrativa. Não bastasse a Lei n.º 8080 de 1990, existe também a Norma Operacional Básica do SUS (NOB-SUS 01/1996), que é responsável por uma tentativa de organizar as competências entre União, Estados-Membros e Municípios. Para tanto, utiliza-se de Comissão de Intergestores Tripartites e Comissão de Intergestores Bipartites, integrando todos os três entes federativos. Por meio dessas comissões, os Conselhos Municipais de Saúde têm voz, além do Conselho Nacional de Secretários de Saúde. As normas acordadas na NOB n.º 01/96 foram substituídas pelas normas da NOAS n.º 01/2001 e, posteriormente, pela NOAS n.º 01/2002, sempre direcionadas ao aprimoramento do processo de descentralização do SUS, sem perder de vista a necessidade de ampliação do acesso e a equidade na distribuição dos recursos de saúde.

Dito de outra forma, existe uma tentativa de aproximação da comunidade à formulação das políticas públicas de saúde, para uma melhor gestão dos escassos recursos destinados à saúde. Para isso, o SUS mantém uma rede regionalizada e hierarquizada de ação, a qual permite a cada esfera de governo uma atuação autônoma. Destarte, podem partir de

determinada situação da coletividade em espaço e tempo, conforme a peculiaridade e as necessidades de determinada região¹²⁸.

Nessa perspectiva, evidencia-se o comprometimento da otimização dos recursos públicos voltados às políticas públicas, de fornecimento gratuito de medicamentos, pois a necessidade de se pensar o Estado Social é mais forte em países de modernidade tardia¹²⁹, principalmente, no tangente à elaboração de políticas públicas de saúde. Essa condição do Brasil apresenta-se relevante, porque há um crescimento econômico, colocando-se entre as maiores economias do mundo¹³⁰, entretanto há um crescente déficit social. A modernização é vista independentemente do bem-estar coletivo. É obtido um imenso poder econômico, mas não consegue resolver os problemas da qualidade de vida, como a alimentação, a saúde, a harmonia social, a educação, a solidariedade¹³¹. Os direitos sociais presentes na Constituição tornam-se tão-somente nominais¹³². Tampouco, os recursos são ilimitados, não há bens para todos, a sociedade humana é uma sociedade de distribuição, devendo alocar os diferentes bens, segundo critérios. A escassez impõe a participação da comunidade na complexa tarefa de redirecionar esses bens¹³³, atingindo importância sepulcral o meio eleito para a participação.

Contudo, a preocupação com os custos dos direitos sociais não pode implicar um simples cotejo econômico do controle judicial de políticas públicas, de fornecimento de medicamentos. Uma resposta disciplinar é insuficiente, é preciso ir além da Teoria do Estado

¹²⁸ MEDEIROS, Marcelo. *Princípios de Justiça na Alocação de Recursos em Saúde*. In: BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Curso de Iniciação em Economia da Saúde para os Núcleos Estaduais/Regionais**, Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/apostila_curso_iniciacao_economia_saude.pdf> Acesso: 18.12.2009. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, *op. cit.*, p. 13-14. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito à Saúde. Leis n°s 8.080/90 e 8.142/90**. Salvador: JusPodivm, 2009.

¹²⁹ “Esse é problema bem nítido no Brasil, onde a desigualdade social faz com que parte da sociedade já sofra doenças ‘modernas’ ou ‘da riqueza’, assim as considerações como típicas de países mais desenvolvidos, ao passo que outra parcela ainda sofre com ‘doenças da miséria’, como febre amarela, cólera ou malária.” AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 35.

¹³⁰ Revista Valor Econômico Online. **Brasil sobe uma posição e passa a ser sexta economia do mundo, revela Banco Mundial**. Disponível em <<http://www.valoronline.com.br/valoronline/Geral/brasil/Brasil+sobe+uma+posicao+e+passa+a+ser+sexta+economia+do+mundo+revela+Banco+Mundial,,,5,4698163.html>> Acesso: 28.05.08.

¹³¹ BUARQUE, Cristovam, *op. cit.*, p. 20.

¹³² A denominação Constituição nominal é fruto da classificação ontológica das constituições de Karl Loewenstein. A Constituição nominal tem como objetivo, em um futuro não muito distante, converter-se em uma Constituição que determina a dinâmica do processo de poder e não fique submetida a ele (Constituição normativa). Na metáfora de Loewenstein “el traje cuelga durante cierto tiempo en el armário y será puesto cuando el cuerpo nacional haya crecido”. LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, s/d. p. 218.

¹³³ GALDINO, Flavio. **Introdução à teoria dos custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 156.

e da Teoria da Constituição. Não há outra via possível, senão aproximar a sociedade de si mesma, inserindo os indivíduos na rede de solidariedade direta. Da ação comum formalizada à ação comum informal, podem permitir inserir a solidariedade na sociedade na condição de uma virtude cívica, estreitamente relacionada com valores do grupo social.¹³⁴ O aumento de tempo livre, por exemplo, diminui a rigidez social e amplia as atividades de vizinhança, estimulando a solidariedade¹³⁵. É necessário o afrouxamento do laço entre Estado e sociedade civil, permitindo-se uma comunicação. Só assim, vislumbra-se a possibilidade da diminuição das demandas do Estado.

Nessa linha de raciocínio, verifica-se a necessidade de valorizar as demandas coletivas como adequadas (não únicas), para um maior equilíbrio na equação orçamento (gasto público com medicamentos) *versus* efetivação do direito ao fornecimento de medicamentos pelo Estado, e à proposta de solidariedade social. Além disso, a valorização da solidariedade social, refletirá no estímulo à utilização de instrumentos coletivos.

De tal sorte, o controle judicial de políticas públicas de saúde não pode traduzir-se em demandas individuais, visando o acesso a medicamentos que não constam em listas fornecidas pelo Sistema Único de Saúde. Deve-se atentar à possibilidade de controle que estabeleça a efetivação de políticas públicas para a coletividade. É preciso uma atuação comprometida da jurisdição constitucional, principalmente, no controle de constitucionalidade das leis voltadas a constituírem um sentido coletivo ao direito à saúde, possibilitando a todos o acesso aos medicamentos.

Na Suspensão de Segurança nº 3073, o Estado do Rio Grande do Norte requer a suspensão da execução da liminar concedida pela desembargadora relatora do Mandado de Segurança nº 2006.006795-0, em trâmite no TJ/RN, que determinou ao ente federado o fornecimento de medicamentos de alto custo e não constantes na lista de medicamentos excepcionais do Ministério da Saúde. A Ministra Ellen Gracie considerou que

[...] a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e

¹³⁴ Trata-se do que é “comum” à comunidade, do que é compartilhado “...por todos los ciudadanos y sólo por ellos no es el bien más general (porque éste está compartido por toda la humanidad) ni tampoco la suma total de todos los bienes (porque éstos están compartidos por los miembros de la familia o los amigos íntimos), sino los bienes considerados como condiciones de bienestar. Las instituciones, esto es, las leyes de la república, determinan si podemos disfrutar de ese bienestar. HELLER, Agnes; FEHÉR, Ferenc. **Políticas de la posmodernidad. Ensayos de crítica cultural**. Barcelona: Península, 1989. p. 220-221.

¹³⁵ ROSANVALLON, Pierre, *op. cit.*, p. 93.

igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas¹³⁶.

A temática das políticas públicas, como processo de formação do interesse público, está ligada à questão da discricionariedade do administrador, na medida em que “o momento essencial da discricionariedade é aquele em que se individualizam e se confrontam os vários interesses concorrentes”. E um interesse é reconhecível como interesse público quando é assim qualificado pela lei ou pelo direito, que é exatamente o que se faz no processo de formação da política pública como dado de direito, ou seja, sancionar determinados fins e objetivos, definindo-os legitimamente como a finalidade da atividade administrativa.

A eleição de políticas públicas podem ser entendidas como forma de controle prévio da discricionariedade, na medida em que exigem a apresentação dos pressupostos materiais (constitucionais) que informam a decisão, em consequência da qual, se desencadeia a ação administrativa. O processo de elaboração da política seria propício a explicitar e documentar os pressupostos da atividade administrativa e, dessa forma, tornar viável o controle posterior dos motivos¹³⁷. Como visto, na elaboração da lista de medicamentos, uma série de fatores são levados em conta à sua elaboração, motivando as escolhas realizadas pelo agente público, as quais se pressupõe conformidade com a Constituição Federal.

Assim, o Judiciário deve, por outro lado, corrigir inconstitucionalidades, ilegalidades, abusos ou desvios de poder, decisões desproporcionais, como também promover ou corrigir ações afirmativas, compatibilizando as políticas públicas às diretrizes e metas constitucionais¹³⁸. Entretanto, pode-se observar, neste caso, dois momentos distintos de controle jurisdicional: controle na elaboração e controle na execução da política pública de fornecimento gratuito de medicamentos. É preciso fazer a ressalva de, como se verá mais adiante, que é fundamental repensar, também, o atuar da Administração Pública, tendo em

¹³⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Suspensão de Segurança nº3073/RN**. Min. Ellen Gracie. Julgado em 09.02.07.

¹³⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari, *op. cit.*, 2002. p. 265.

¹³⁸ FIGUEIREDO, Marcelo. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – Uma visão geral. **Revista Interesse Público**, vol. 44, jul./ago. 2007, p. 27-66. p. 65.

vista uma Administração dirigente, isto é, realizadora dos fins do Estado. Não só os julgadores estão a pensar com base no paradigma liberal-individualista, mas os administradores públicos também.

Dessa maneira, é que, no tocante ao controle na elaboração, o controle poderá ser mais restrito, por se tratar exatamente o espaço de discricionariedade da Administração Pública, para conformar políticas adequadas constitucionalmente, com base em toda a estruturação para a escolha de determinado medicamento ou tratamento. O controle na elaboração, pelo seu caráter político, é um controle de exceção, só cabendo em caso de inconstitucionalidade flagrante na elaboração das políticas públicas (o que inclui eventual desvio de poder). Cumpre salientar, que a ideia de discricionariedade¹³⁹ da Administração Pública não redundaria ficar ao *bel prazer* do agente público – o que poderia ser chamado de arbitrariedade. Discricionariedade administrativa é sempre uma escolha adequada à Constituição, uma resposta constitucionalmente adequada¹⁴⁰.

Diferentemente, no caso do controle na execução, pelo seu caráter jurídico é mais amplo. Destarte, caberá ao Poder Judiciário intervir no caso de não cumprimento da lista de medicamentos (e tratamentos) estipulados pelo Poder Público e, de verificar se um novo tratamento (medicamento) comprovadamente mais eficiente, pela tutela coletiva seria possível inseri-lo na lista. Enquanto aquele controle tem em vista acompanhar a elaboração conforme a Constituição, esse presume a constitucionalidade e parte a exigir o estipulado pelo Executivo ou mesmo acrescer àquilo que o Executivo definiu.

Portanto, o Brasil remanesce com a espinha dorsal de Estado (Social) Democrático de Direito, em que pese as reformas liberalizantes, não podendo ser obscurecido o caráter compromissário da Constituição de 1988. Dessa forma, é essencial o controle pelo Poder Judiciário, porém esse controle deve ter uma pauta como limite, sob pena de violar a

¹³⁹ “Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo dos poderes populares, não há liberdade absoluta nesse domínio, quer do legislador, quer do Executivo. Se tais poderes agirem de modo irrazoável ou procurarem neutralizar direitos sociais, com inércia ou abusivamente, afetando a existência digna, cumpre ao Judiciário corrigir tais condutas.” *Idem*, p. 66.

¹⁴⁰ “Uma interpretação é correta quando desaparece, ou seja, quando fica ‘objetivada’ através dos ‘existenciais positivos’, em que não mais nos perguntamos sobre como compreendemos algo ou por que interpretamos dessa maneira e não de outra: simplesmente, o sentido se deu (manifestou-se), do mesmo modo como nos movemos no mundo através de ‘nossos acertos cotidianos’, conformados pelo nosso modo prático de ser no mundo. [...] A resposta correta à luz da hermenêutica (filosófica) será a ‘resposta hermeneuticamente correta’ para aquele caso, que exsurge na síntese da *applicatio*.” STRECK, Lenio Luiz. *Decisionismo e discricionariedade em tempos pós-positivistas: o solipsismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da Constituição no Brasil*. In: NUNES, José Antonio Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Direito e o Futuro – O Futuro do Direito**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 106. MAURER, Hartmut. **Elementos de Direito Administrativo Alemão**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 49-51. MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. Barueri: Manole, 2006. p. 148-152.

separação (harmônica) entre as diferentes funções (ao invés de poderes), brotando com o Judiciário um verdadeiro Poder que se sobrepõe aos outros. É preciso controle, mas com parâmetros! A criação de instrumentos processuais adequados a essa perspectiva da judicialização da política em matéria de saúde, tem ocupado o debate jurídico relativo ao controle na elaboração e na execução de políticas públicas de saúde.

1.2.2. Os instrumentos processuais adequados ao controle de políticas públicas

Igualmente, é preciso tratar dos instrumentos processuais adequados constitucionalmente ao controle de políticas públicas de saúde. Com isso se quer estabelecer meios que possibilitem os legitimados, democraticamente, a participarem do processo, sob a perspectiva da demanda coletiva (comunitária)¹⁴¹. Todavia, como salientado anteriormente, não se pretende assim excluir o acesso com fulcro em tutelas individuais, pelo contrário, dá-se aqui cumprimento a visão democrática e social do Estado para que se possa dar efetividade a tais instrumentos.

A conceituação dos interesses transindividuais¹⁴², prevista no artigo 81, parágrafo único da Lei n.º 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor) abarca a tutela de forma coletiva, dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. A definição advém do próprio Código de Defesa do Consumidor, em três incisos que compõem o citado parágrafo único. Sendo interesses difusos, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Já os interesses

¹⁴¹ Não se pode olvidar da tentativa da criação de um Código Brasileiro de Processos Coletivos, na exposição dos motivos, a Prof. Ada Pellegrini relata que o código é uma tentativa de dar concreção para instrumentos como a Ação Civil Pública e a Ação Popular. Há uma série de dificuldades à tutela de direitos ou interesses difusos e coletivos da Ação Civil Pública e da Ação Popular constitucional, acarretando problemas práticos quanto à conexão, à continência e à prevenção, assim como reguladas pelo Código de Processo Civil, o qual certamente não tinha e não tem em vista o tratamento das relações entre processos coletivos. Daí, possibilita-se vislumbrar o anacronismo entre um modelo individual-liberal para o coletivo-social-comunitário. Disso é possível assegurar a importância de um estudo dos instrumentos constitucionalmente adequados, tendo em vista os interesses coletivos e individuais envolvidos na realização de políticas públicas sob quaisquer perspectivas, mormente, sob a batuta do direito à saúde. Para acessar o projeto elaborado pela Profa. Ada Pellegrini, disponível em <http://www.mpcon.org.br/manager/download.asp?arquivo=CBPC_2007_01_31___Entregue_ao_governo.doc&onde=../conteudo>. Acesso em 26.09.09. Com base em tal anteprojeto, foi proposto o Projeto de Lei n.º 5139 de 2009, de autoria do Poder Executivo, atualmente se encontra na Comissão de Constituição, de Justiça e de Cidadania, ao Projeto original foram oferecidas onze emendas e oitenta e nove substitutivos. O Projeto de Lei encontra-se disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/MostrarIntegra.asp?CodTeor=651669>>, Acesso em 26.09.09. Também, quanto à tramitação com suas emendas e substitutivos há disponibilidade em <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>, Acesso em 26.09.09.

¹⁴² MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais: O Estado e o Direito na ordem contemporânea**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 163-164.

coletivos, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base. Por fim, os interesses individuais homogêneos são definidos como os decorrentes de origem comum.

Com base nessa distinção da legislação consumerista, possibilita-se à análise dos interesses, por ventura, envolvidos no controle de políticas públicas. Tais interesses encontram-se consubstanciados na legislação, que introduz finalidades políticas a serem cumpridas pelo administrador público, superando a perspectiva negativa de Administração Pública do Estado Liberal. Cabe aqui lembrar, que no Estado Liberal há ação positiva da Administração Pública, somente é possível resguardar direitos individuais por meio de ações da Administração que garantam tanto. Contudo, no Estado Social há a exigência de patamares mínimos de igualdade, como pressuposto ao exercício da liberdade.¹⁴³

Mesmo com todo o discurso agregador das políticas públicas, o interesse individual homogêneo, que destoa dos indivisíveis interesses coletivos (visão comunitária), apresenta-se, na legislação, em flagrante oposição a uma perspectiva em consonância com a efetivação de políticas públicas. Os interesses individuais homogêneos nada mais são do que interesses coletivos colocados como soma de interesses individuais, fundamentalmente, são interesses individuais. Doravante, abre-se a possibilidade de sua defesa em juízo de maneira coletiva¹⁴⁴. Tal abertura tem como pálio uma sociedade industrial de massas, salientada no campo das relações de consumo, e, portanto, justifica a procura de uma tutela rápida e eficaz dos direitos consumeristas.

Porém, o problema surge na possibilidade da extensão desse tipo de tutela massificada ao campo do controle jurisdicional de políticas públicas. A nota aqui fica restrita a eventual propositura de ações civis públicas buscando o controle da Administração Pública, com sustentáculo nos direitos individuais homogêneos. Pensar no controle jurisdicional de políticas públicas, com vista à utilização da massificação de demandas, não parece adequado. Disso restaria apenas uma reafirmação do tratado individualismo tardo-moderno, em que se preconiza a eficácia do Judiciário, a matemática das políticas públicas, como se tratar de

¹⁴³ FIRSCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público**. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 34.

¹⁴⁴ FONTES, Paulo Gustavo Guedes. Legitimidade do MP para a defesa dos interesses individuais homogêneos: a importância do caráter individualista do controle judicial da Administração no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 6, n. 20, p. 127-138, jan/mar. 2008. p. 127-128.

políticas públicas representasse apenas um aglomerado de pessoas *querendo o seu quinhão no latifúndio estatal*¹⁴⁵.

No caso do Ministério Público, o artigo 129, inciso III da Constituição Federal¹⁴⁶, atribui à instituição a defesa de outros interesses individuais e coletivos, sem menção expressa aos interesses individuais homogêneos. Nessa linha de raciocínio, questionar-se-á se a defesa do direito a ser realizada pelo órgão ministerial necessita da nota da indivisibilidade, conferida aos interesses coletivos presentes na Lei n.º 8078/90. Também, na Constituição Federal, há o artigo 127 que incumbe ao Ministério Público da defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Sob essa ótica, ficaria vedado ao Ministério Público propor ações com pretensão material, oriunda de uma mesma situação fática e pertencente a um grupo de pessoas determinadas – então pretensões derivadas de direito individual homogêneo – no entanto, distinto é o entendimento jurisprudencial, em relações de fundo pecuniário como as da ordem tributária ou consumerista¹⁴⁷, ou mesmo, no tocante a políticas públicas¹⁴⁸.

Abrangendo essa temática, o Superior Tribunal de Justiça admitiu a possibilidade de formulação de Ação Civil Pública visando à tutela de apenas uma pessoa, no caso de assistência hospitalar, admitindo ainda a propositura, em se tratando de medicamentos de uso contínuo, contrariando toda a sistemática da tutela coletiva, além de utilizar o instrumento inadequado constitucionalmente para tutelar o direito individual à saúde de apenas uma pessoa. De outra mão, solução regular é que, se houver uma soma de interesses individuais – individuais homogêneos -, mais arrazoado soará a propositura de ações civis públicas à proteção do direito à saúde, mesmo que se trate de uma soma de interesses individuais.

¹⁴⁵ Parafrazeando Chico Buarque em sua belíssima composição *Morte e Vida Severina*. Faça-se a ressalva que Chico Buarque partiu do homônimo poema de João Cabral de Mello Neto. BUARQUE, Chico. **Morte e Vida Severina**. Disponível em < <http://letras.terra.com.br/chico-buarque/90799/>> Acesso em 26.09.09.

¹⁴⁶ Sem esquecer que, conforme a Lei n.º 11.448 de 2007, a Defensoria Pública passou a figurar no rol de legitimados para propor Ação Civil Pública.

¹⁴⁷ Convém relembrar que o Supremo Tribunal Federal autorizará a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ações civis públicas em defesa dos contribuintes. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário n.º 163.231-3**. Relator Ministro Maurício Correia, DJ. 27.07.97.

¹⁴⁸ Foi divulgado no Informativo PUSH do Superior Tribunal de Justiça o seguinte julgado da Segunda Turma: “MP. LEGITIMIDADE. ACP. SAÚDE. Prosseguindo o julgamento, a Turma, por maioria, decidiu que o *parquet* tem legitimidade ativa para propor ação civil pública (ACP) referente a direito indisponível, mesmo para tutelar direito à saúde de uma única pessoa física carente de atendimento médico-hospitalar para realização de cirurgia, tal como nos casos de fornecimento de medicamento de uso contínuo. Precedentes citados: REsp 688.052-RS, DJ 17/8/2006; REsp 819.010-SP, DJ 2/5/2006; REsp 699.599-RS, DJ 26/2/2007; EDcl no REsp 662.033-RS, DJ 13/6/2005, e REsp 830.904-RS. REsp 716.712-RS, Rel. originária Min. Eliana Calmon, Rel. para acórdão Min. Herman Benjamin, julgado em 15/9/2009.” BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Informativo do STJ n.º 407. Recurso Especial n.º 716.712**. Rel. originária Min. Eliana Calmon, Rel. para acórdão Min. Herman Benjamin, julgado em 15/9/2009. Sem íntegra da decisão disponível.

Não se pode perder de vista que, os interesses coletivos previstos na Constituição da República não se adequam ao conceito da legislação consumerista. Tampouco, poder-se-á recorrer simplesmente ao léxico comum e travejar o interesse coletivo como o interesse trilhado por um número expressivo de pessoas. A interferência, pelo meio coletivo de tutela judicial, deve ser admitida quando uma coletividade (de forma difusa ou transindividual) é prejudicada na elaboração ou na execução de políticas públicas. Constituir um sentido aos legitimados, no tocante ao controle da Administração Pública, com base na legislação aplicada ao consumidor, opõe-se aos primados do Estado Social e Democrático de Direito.

O papel da Ação Civil Pública¹⁴⁹, nessa visão, é incontestável, porque ao atingimento de metas traçadas pelo Estado é preciso dar abertura, mesmo na esfera processual, à participação dos cidadãos. Caberá apontar os desvios da gestão da coisa pública, sendo a Ação Civil Pública um dos instrumentos adequados à própria constituição de sentido ao Estado Democrático de Direito, visando à efetividade dos direitos sociais, como o direito à saúde¹⁵⁰. Entretanto, não se pode deixar abertura para a utilização de tal meio para tutela individual. Em outras palavras, não se quer impedir o exercício do direito fundamental à inafastabilidade do acesso ao Judiciário, mas tal deve ser feito por meios constitucionalmente adequados.

Nessa linha de raciocínio, instrumentos, como a Ação Civil Pública, devem ser conservados para casos que atendam à coletividade. No entanto, a própria constituição do sentido da expressão “coletividade” deve ser atentamente observada. No início da pesquisa, relatou-se que não se pode confundir coletividade com massificação, porém, do ponto de vista processual, é indiferentemente aplicado. Por conseguinte, a oportunidade de tornar a esfera processual em condição de possibilidade à participação fecha-se, na medida em que tutelas massificadas apenas somam indivíduos num dos polos da ação.

Desse modo, embora não se negue a relevância para a pessoa, da proteção à saúde individual, o volume de demandas isoladas ou reunidas sob o manto do “direito individual homogêneo” reforça a “subjetividade”¹⁵¹ dos consumidores da Justiça, que se satisfazem com os velhos clichês da coisa julgada *inter partes* e da legitimidade individual,

¹⁴⁹ Entende-se, não ser o espaço de uma dissertação, adequado para entrar nos meandros procedimentais de cada instrumento processual, do ponto de vista metodológico. Pois, tal resultaria numa listagem de considerações oportunamente feitas em diversos manuais. Todavia, indica-se à eventual complementação a obra de NETO, Nagibe de Melo Jorge. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais**. Bahia: Podivm, 2009. p. 157-165.

¹⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória: individual e coletiva**. São Paulo: RT, 2003. p. 108-109.

¹⁵¹ Uma crítica final sobre o tema pode ser encontrada em BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo. A transformação das pessoas em mercadorias**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 7-35

independentemente da repercussão por ricochete que a “decisão” da sua ação cause sobre as necessidades coletivas, em termos de saúde. Sob esse ponto de vista, seguramente pode-se afirmar que a crescente “individualização dos indivíduos”¹⁵² ocupa um lugar particularmente importante na escala social de valores, o que se reflete na busca de satisfação atomizada a que o sistema processual muito tem servido.

O último aspecto afigura-se fulcral, em vista das dificuldades de fundo técnico do Ministério da Saúde¹⁵³ prestar ao Poder Judiciário, para que se tenham subsídios suficientes, do ponto de vista argumentativo. A utilização de Ações Civas Públicas permite a todos os envolvidos no processo judicial um debate amplo e democrático acerca da efetivação de políticas públicas de saúde. É importante dizer, que a Ação Civil Pública não é o único instrumento e, tampouco, esgota todas as possibilidades de participação da comunidade. A experiência da Audiência Pública é um marco na democratização do processo civil brasileiro. Notável seria, para a ampliação da participação popular, se a Audiência Pública fosse adotada nas instâncias inferiores de jurisdição no âmbito das Ações Civas Públicas, ampliando-se, assim, o espectro de atores do processo, transcendendo-se às clássicas partes individuais, abrindo-se a demanda à participação.

Instrumentos processuais do porte dos referidos anteriormente, evidenciam a possibilidade de superação de um tratamento tradicionalmente individualista¹⁵⁴ dado pelo processo civil brasileiro¹⁵⁵, faltando com a sintonia relativa à sociedade contemporânea e a complexidade que envolve a solução de seus conflitos coletivos¹⁵⁶. Somente sopesados tais condicionamentos é que veremos os referidos institutos do processo (constitucional) civil

¹⁵² A expressão é de ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: Zahar, 1994. p. 117.

¹⁵³ A maior comunicação entre os Poderes Estatais foi compromisso assumido na Audiência Pública n.º 04, realizada pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Ministro da Saúde José Gomes Temporão, nos seguintes termos “Quinto compromisso: quanto às ações judiciais, propomos criar os mecanismos necessários para oferecer ao Judiciário assessoria técnica para subsidiar suas decisões. Quanto a este último ponto, pela dificuldade de se conceber, estruturar e operacionalizar uma assessoria técnica ao Poder Judiciário, convido para que, de imediato, reunamos representantes do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia-Geral da União, do Conselho Nacional de Saúde, do Conselho Nacional de Secretários de Saúde, do Conselho Nacional de Secretários Municipais e Estaduais de saúde, das Procuradorias-Gerais dos Estados e do Ministério da Saúde, para que juntos possamos encontrar e definir formas e meios para dar consequência prática a esta proposição. Para finalizar, quero dizer que inexistente a garantia do Direito e, portanto, da Justiça onde não há regras e limites, onde regras e limites existentes não são observados e os limites que se dão à distribuição e utilização de bens e serviços são dados pelas regras da Justiça que se fazem conforme os costumes e a moral e aceitos como benéficos para a vida social.” Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Encerramento_da_Aud_Pub_Min_GM.pdf> Acesso em 03.10.09.

¹⁵⁴ SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. **Processo e Ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 311.

¹⁵⁵ SILVA, Ovídio Araujo Baptista da, *op. cit.*, 2008, p. 91.

¹⁵⁶ DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 13. O autor, entretanto, não exclui a Ação Civil Pública como modalidade cabível para demandas massificadas. Aliás, observa tal aspecto como benéfico ao atendimento das demandas contemporâneas.

como afirmação do princípio republicano e dos direitos sociais, tornando-se afim às questões mais sensíveis, como a realização de políticas públicas¹⁵⁷.

Destarte, essa abertura política e extensão – no caso específico – da Ação Civil Pública influirá diretamente na formação da vontade estatal, tanto na execução como na formulação de políticas públicas, pois aproxima a comunidade do Estado, permitindo a participação democrática em setores vitais do Estado. Com efeito, tal instrumento processual viabiliza a participação social na formação e na execução da vontade do Estado¹⁵⁸.

Por outro lado, as ações individuais estão talhadas à composição de conflitos intersubjetivos, carentes de possibilidades de intervenções profundas nas políticas públicas. Em linhas gerais, descabe – como visto – à tutela individual apreciar a formação de determinada política pública. É forçoso dizer que a eleição de tal via exclui uma ampla plêiade de interessados e legitimados a participar desse debate público, podendo sobrepor um desejo individual de forma prejudicial a um interesse coletivo (comunitário). Por isso, a necessidade da valorização de instrumentos que promovam o acesso da coletividade, tornando o processo um espaço público de discussão e de debate acerca das políticas públicas de saúde, em oposição a sua estrutura ainda voltada aos propósitos liberais¹⁵⁹. Cada vez, com mais frequência, o que se vê é a comunidade reivindicando direitos sociais fundamentais e, nesse norte, no âmbito das demandas em justiça, deve-se prestigiar um novo formato de processo. Dotá-lo de uma ampla possibilidade de participação dos interessados, justamente por ser amplo o objeto do processo dito coletivo, atribui-lhe, ao mesmo tempo, caráter de verdadeira “ação temática”¹⁶⁰ ou de “processo estrutural”,¹⁶¹ jamais pensados pelos processualistas do início do Século XX, cuja contribuição teórica foi decisiva para a conformação do processo de perfil individualista.

¹⁵⁷ FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. Ação Civil Pública, Inquérito Civil e Ministério Público. In: MILARÉ, Édís (coord.). **Ação Civil Pública: Lei n.º 7347/1985 – 15 anos**. São Paulo: RT, 2001. p. 85.

¹⁵⁸ ALONSO JR, Hamilton. A ampliação do objeto nas ações civis públicas na implementação de direitos fundamentais. In: MILARÉ, Édís (coord.). **Ação Civil Pública: Lei n.º 7347/1985 – 15 anos**. São Paulo: RT, 2001. p. 214-215.

¹⁵⁹ Para tratar do caráter individualista do controle judicial da Administração no Brasil. FONTES, Paulo Gustavo Guedes, *op. cit.*, p. 134-135.

¹⁶⁰ Nesse sentido: MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas como ações temáticas**. São Paulo: LTR, 2006, p. 178-185. GIDI, Antonio. **Código de Processo Civil Coletivo. A codificação das ações coletivas no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

¹⁶¹ FISS, Owen. **Um novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. O autor refere que a vítima de um processo judicial estrutural não é um indivíduo, mas um grupo. Esse grupo existe, tem identidade e pode ser prejudicado, mesmo que todos os indivíduos ainda não o estejam sendo.

Dito isso, é visível a diferença entre a ação coletiva prevista no Código de Defesa do Consumidor e a Ação Civil Pública que tem como escopo “direito expresso em lei de fazer atuar, na esfera civil em nome do interesse público, a função jurisdicional”¹⁶². Todavia, a ação coletiva tem como fundo a defesa de demandas massificadas, na perspectiva de uma sociedade tomada por consumidores, isto é, por uma forma individualista tardo-moderna. Isso significa dizer, que não cabe a um instrumento, constituído para a proteção da comunidade, ter o seu sentido constitucional atacado sob a égide do controle de políticas públicas sustentando em interesses individuais homogêneos (soma de interesses individuais), porque sob o ponto de vista do processo como “instituição”,¹⁶³ o procedimento só é legítimo quando garantido pela instituição do devido processo constitucional que, no caso das demandas de saúde, é a ação civil pública, definida constitucionalmente para veicular pretensões materiais de natureza transindividual e difusa.

No entanto, não se olvide a importância da Ação Coletiva para a defesa dos consumidores – no caso especial dos interesses individuais homogêneos – a aporia que se faz aqui é do cabimento da defesa de tal gama de interesses, nas peculiaridades do controle de políticas públicas de saúde. Tampouco, essa argumentação conduz a limitar o direito fundamental da inafastabilidade da proteção judicial e, por outro lado, não se quer estabelecer um discurso *entificador* do ser, isto é, uma reprodução instrumentalista da doutrina do processo civil¹⁶⁴. É preciso que se retorne a proposta inicial e que permeie metodologicamente a pesquisa, qual seja da constituição de um sentido constitucionalmente adequado aos instrumentos processuais disponíveis, revisitando decisões do Supremo Tribunal Federal (incluindo a audiência pública), para o controle jurisdicional de políticas públicas de saúde. Assim, permitir-se-á, em princípio, uma maior efetividade do direito social à saúde, em tempos de restrição.

Para tanto, emergem duas inquietações: em primeiro lugar, a produção do Direito deve estar em consonância com a proposta constitucional. Por mais tautológica que pareça essa assertiva, é a base para a construção de uma vertente participativa de Democracia no processo. A participação do cidadão, em todas as etapas da decisão, revela-se elemento

¹⁶² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**. São Paulo: RT, 1999. p. 19.

¹⁶³ A visão de processo como instituição pode ser analisada na obra de LEAL, Rosemiro Pereira Leal. **Teoria Geral do Processo. Primeiros Estudos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 32-39.

¹⁶⁴ “Acreditar-se que o processo jurisdicional é um liquidificador, *data venia*, é auto-ilusão, perigosa pelo potencial de risco que envolve para os demais, ou manipulação ideológica, criminosa, pelo mal que determina socialmente. Ele é violino e partitura. Sem o *virtuose*, só obteremos ruídos.” CALMON DE PASSOS, J.J. **Direito, Poder, Justiça e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 75.

constitutivo da dimensão democrática do Direito. Em segundo lugar, é necessária uma magistratura comprometida e controlada, vindo por terra, o mito o qual aponta o magistrado como uma figura apolítica e neutra.

Com efeito, o comprometimento social da magistratura importa para que tenhamos juristas habilitados a “executar” os processos com o “virtuosismo” adequado à Constituição, não como um “dom” ou um atributo pessoal e sim como uma maneira de se comportar, como uma conduta que transcenda “preferências” e seja suficiente para fundamentar um julgamento considerado “constitucional”.¹⁶⁵ Consciente que a ideia de procedimento faz-se indissociável dos direitos fundamentais, sendo a participação, “no” e “através” do procedimento, não tanto um instrumento funcional da democratização, mas uma dimensão intrinsecamente complementadora, integradora e garantidora do direito material. Elaborar-se um novo papel ao Poder Judiciário, nesse ambiente de despontamento da democracia como um repensar a efetividade do Direito. Não obstante, poder-se-á acusar ser inaceitável tamanha intervenção e autonomia do Judiciário, porque não é um poder legitimado pelo voto como o legislativo ou mesmo como o executivo.

É preciso frisar que o controle do Judiciário tanto no Executivo, quanto no legislativo é uma exigência democrática, de modo algum significa superioridade de um poder ao outro, mas se constitui espaço de equilíbrio¹⁶⁶ em que o poder da magistratura de interferir com suas decisões em matéria que, sob a estrutura estatal tradicional seria das outras funções – executiva e legislativa – constitui-se em alocação de transferências de poderes já existentes no sistema. Significa dizer que o juiz vê-se compelido a ter uma visão compreensiva do sistema em que está inserido para dar conta da problemática dos chamados novos direitos.¹⁶⁷

Trata-se de momento histórico em que a necessidade é por realização de direitos sociais, por meio de políticas públicas, em que a inação, por parte do Poder Executivo é determinante na incumbência ao Poder Judiciário, para que realize essas políticas públicas. Do jogo constitucional, também, é a adequação ou a busca por meios processuais adequados. Nessa visão, a Ação Civil Pública é apenas um dos meios processuais, talvez, um dos mais importantes, certamente, um dos mais recorridos no Supremo Tribunal Federal, quando a temática é políticas públicas de saúde. Possui um rol extenso de legitimados, embora o Ministério Público lidere, em termos de propositura, o que não implica um descaso por parte

¹⁶⁵ GARAPON, Antoine; ALARD, Julie. **Les vitus du juge**. Paris: Dalloz, 2008. p. 18. Sem se confundir com o virtuosismo aristotélico.

¹⁶⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 93-94.

¹⁶⁷ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 30-31.

dos cidadãos. A formação dessas ações parte, em inúmeras vezes, de denúncias de pequenas associações ou de conjunto de moradores ao Ministério Público.

Cumpra proteger-se o indivíduo e as coletividades não só do agir *contra legem* do Estado e dos particulares, mas de atribuir a ambos, o poder de provocar o agir do Estado e dos particulares, no sentido de se efetivarem os objetivos, politicamente definidos pela comunidade. Superação do mito da neutralidade do juiz e do seu apoliticismo, institucionalizando-se uma magistratura socialmente comprometida e socialmente controlada.¹⁶⁸ Daí a importância da participação, institucionalizando controles pela sociedade civil, tanto do poder político quanto do poder econômico, principalmente, quando ameaçadores. Em tal perspectiva, o processo encontra-se rodeado pelas tensões entre o poder econômico e o poder político e, na ótica participativa, deve controlar o exacerbamento de um ou de outro poder. Assim, entre continuar apenas como garantia formal, na contemporaneidade o processo apresenta-se como uma “parada” substancial e como um direito fundamental, fazendo-se, desse modo, equitativo.¹⁶⁹

Essa perspectiva tenta superar o modelo individualista de ação que coloca a contraposição de dois interesses¹⁷⁰. No caso de controle de políticas públicas, é preciso a superação desse modelo, ainda reproduzido doutrinariamente. Daí a importância de uma nova constituição de sentido aos instrumentos processuais utilizados para o controle de políticas públicas de saúde, que não fique na mera reprodução do modelo anglo-americano de ações coletivas¹⁷¹.

Também, existe a possibilidade de um indivíduo buscar a tutela judicial no controle jurisdicional de políticas públicas de saúde, quando houver, do ato que constitui essa política pública, um dano ao patrimônio público, autoriza-se qualquer cidadão a buscar a tutela judicial. É meio processual pouco utilizado para o controle de políticas públicas, em vista de ser um controle mais voltado ao preventivo (aspecto político), isto é, da elaboração das políticas públicas do que, propriamente, em relação à execução delas. Embora, não se exclua a possibilidade de, neste caso, ser facultada a utilização da Ação Popular.

¹⁶⁸ CALMON DE PASSOS, J. J. **Democracia, Participação e Processo**. In: DINAMARCO, C. R.; GRINOVER, A. P.; WATANABE, K (orgs.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 95.

¹⁶⁹ GUINCHARD, Serge. O processo equitativo: Garantia formal ou direito substancial? **Filosofia do Direito e Direito Econômico. Que diálogo?** Lisboa: Piaget, 1999. p. 185.

¹⁷⁰ LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações Coletivas: História, Teoria e Prática**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 47-48.

¹⁷¹ E dos riscos advindos de uma importação inadequada, do contexto liberal, ou eminentemente, liberal para um Estado Social e Democrático de Direito claudicante.

Cumprе salientar que a Ação Popular não é um instrumento tão afamado e, tampouco, representa um forte ganho, em termos de controle de políticas públicas. Pois, além de ser pouco acionada, tem como fundo o patrimônio público e atos administrativos que vilipendiem ou afrontem o patrimônio público. No caso das políticas públicas, em muitos casos, o atentar ou não ao patrimônio público poderá resultar restrição ao espaço de exercício de poder discricionário da Administração Pública.

Isso, porque não se trata de um instrumento processual primordialmente coletivo, a despeito que os reflexos da tutela jurisdicional sejam coletivos, por se tratar do patrimônio público e de atos da Administração Pública. Todavia, a sua propositura por ficar a cargo do cidadão (indivíduo) seria inadequada à tutela jurisdicional coletiva. No entanto, cabe discordar desse ponto, a própria condição da cidadania – em que pese no caso da Ação Popular, cidadania seja na acepção formal da constituição – inconfundível com o indivíduo. A própria noção de cidadania, dentro do jogo democrático, transforma o cidadão de expectador a protagonista¹⁷², ocupando um espaço importante de desenvolvimento da cidadania. No jogo do “eu” e do “tu” é o “nós” que emerge na ação popular. Por tal razão, o cidadão que é seu protagonista não reivindica individualmente direito seu, mas age como substituto da comunidade e, nesse aspecto, dilacera a noção liberal de processo de que “a ninguém é dado pleitear em nome próprio direito alheio” tal como se percebe do teor do artigo 6º do Código de Processo Civil.

Da mesma forma, inolvidável da tutela individual do direito à saúde e de seus instrumentos processuais adequados. No entender esposado na pesquisa, a tutela individual não representa propriamente uma forma de controle de políticas públicas e, sim, um reflexo do exercício de um direito individual. Isso não significa, por ventura, a exclusão da possibilidade de propositura de uma ação individual, com pedido do deferimento de determinado medicamento¹⁷³. É preciso reconhecer que a decisão, em sede de tutela

¹⁷² Entende-se que, no vernáculo, protagonista é sinônimo de personagem principal. Complementa-se o sentido com base na idéia grega (clássica) de tragédia. O protagonista da tragédia não tem direito ao livre-arbítrio: o destino de muitas pessoas depende dele, e é por isso que se matam algumas poucas pessoas para salvar milhares. Basta observarmos em Shakespeare, a personagem Hamlet que opta por não fugir da Dinamarca o que resulta na sua própria morte e de sua amada Ofélia. Assim, o protagonista na Democracia participativa deve exercer sua liberdade dentro de limites, sob pena de ficarmos à mercê de uma ditadura da maioria ou sob esse manto aparente, aparelharmos o Estado autoritariamente com “Big brothers orwellianos”. Nota do Autor inspirada em ARISTÓTELES. **Poética**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. Também: SHAKESPEARE, William. **Hamlet**. São Leopoldo: UNISINOS, 2003. E, ORWELL, George. **1984**. São Paulo: Nacional, 1985.

¹⁷³ CLÈVE, Clemerson Mèrlin. **Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 10.10.09. Diz o professor “Portanto, de um direito subjetivo capaz de autorizar o cidadão a demandar a satisfação judicial daquele direito fundamental. Percebam que há determinados direitos fundamentais sociais de caráter prestacional que apresentam uma dimensão subjetiva

individual, terá consequências no coletivo, isto é, na elaboração e execução de políticas públicas de saúde, principalmente, quando a decisão, na tutela individual, defere tratamento ou medicamento de alto custo, mas não previsto na lista elaborada pelo Ministério da Saúde. Para se ter ideia, na pesquisa jurisprudencial proposta para o trabalho, as decisões entre 2007 e 2009 do Supremo Tribunal Federal, quando o termo pesquisado é *direito e saúde* ou *políticas e públicas e saúde*, as decisões do cariz debatido chegam acerca de surpreendentes 90% do total das decisões.

Ou seja, o que se tem, materialmente, são números elevadíssimos de tutelas judiciais visando apenas à obrigação de um dos entes federados, fornecer um medicamento ou um tratamento. Em geral, para agravar o quadro, temos decisões monocráticas e decisões da presidência, em sede de suspensão de segurança. Enquanto as decisões monocráticas tomam conta de 66% dos resultados pesquisados, as decisões da presidência representam 26%, nos moldes pesquisados, como revelados na introdução. Em outras palavras, além de termos a predominância de decisões que representam apenas o exercício – o que confirma as circunstâncias histórico-sociais que a condicionam, analisadas no início – de um direito individual à saúde, dentro do Supremo Tribunal Federal são decisões individuais. Com isso, não passam por um debate inerente ao mais elevado Tribunal brasileiro, ficam ao alvedrio do entendimento de um julgador, de um Ministro. Finalmente, no conjunto composto por decisões colegiadas do Supremo Tribunal Federal, a pesquisa revela apenas 5% do total de decisões. Que poderão ser de fundo coletivo ou de fundo individual mas que, de qualquer sorte, passarão por um crivo e por um debate coletivo no Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, resta evidenciado o impacto de ações individualmente propostas na promoção do direito social à saúde a demonstrar que o controle de políticas públicas de saúde processo padece de duplo problema:¹⁷⁴ por um lado, funcional, na medida em que serve a interesses individuais e reforça, desse modo, o perfil individualista-liberal de sociedade e, por outro, estrutural, diante da dificuldade indiscutível para abrir-se a novas metodologias, mais afinadas com a perspectiva dos direitos humanos próprios do Estado Social.

frágil. Outros, desde logo, apresentam-se com uma dimensão subjetiva forte. E é por isso que a doutrina contempla, ainda, uma outra distinção, envolvendo os *direitos prestacionais originários* e *direitos prestacionais derivados*.”

¹⁷⁴ SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Do funcionalismo processual, da aurora das luzes às mudanças processuais estruturais e metodológicas do crepúsculo das luzes: a revolução paradigmática do sistema processual e procedimental de controle concentrado de constitucionalidade no STF. **Constituição, Sistemas sociais e hermenêutica**, Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 113-134.

Desse modo, a Audiência Pública revela, também, tal caráter, pois, na sua convocatória, é justificada pelo presidente do Supremo Tribunal Federal para auxiliar no julgamento dos Agravos Regimentais nas Suspensões de Liminares n^{os} 47 e 64, nas Suspensões de Tutela Antecipada n^o 36, 185, 211 e 278, e nas Suspensões de Segurança n^{os} 2361, 2944, 3345 e 3355 (de relatoria da Presidência).

Ainda trata, no mesmo instrumento, da importância da realização da Audiência Pública pelo Supremo Tribunal Federal, em vista dos diversos pedidos de Suspensão de Segurança, Suspensão de Liminar e Suspensão de Tutela Antecipada, que objetivam suspender medidas cautelares que determinam o fornecimento das mais variadas prestações de saúde pelo Sistema Único de Saúde - SUS (fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas de UTI; contratação de servidores de saúde; realização de cirurgias; custeio de tratamentos fora do domicílio e de tratamentos no exterior; entre outros)¹⁷⁵.

Além disso, no discurso de abertura da referida Audiência Pública, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes (Presidente do Supremo Tribunal Federal) relatou um caso de Suspensão de Liminar cujo número é 228, tratou acerca das dificuldades de sopesar o direito dos cidadãos às vagas de Unidade de Tratamento Intensivo e as consequências para a ordem pública da decisão que determina suas instalações. Alegou que

Naqueles autos, a União queria suspender a decisão do TRF da 5^a Região que determinara à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Sobral, a transferência de todos os pacientes necessitados de atendimento em UTIs para hospitais públicos ou particulares que disponham de tais unidades e o início das ações tendentes à instalação e ao funcionamento de 10 leitos de UTIs adultas, 10 leitos de UTIs neonatais e 10 leitos de UTIs pediátricas. A medida destinava-se à população dos 61 municípios que compõem a Macro-Região Administrativa do SUS de Sobral, e baseava-se na Portaria 1.101/2002 do Ministério da Saúde, que fixa o número de leitos por habitantes, e que não estava sendo cumprida na região. Deferiu-se parcialmente o pedido, tão-somente para suspender a execução da multa diária fixada no valor de dez mil reais, mantendo a decisão liminar nos seus demais termos.¹⁷⁶

¹⁷⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Despacho convocatório da Audiência Pública n.º 4**. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf. Acesso em 14.06.09.

¹⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Discurso de abertura da Audiência Pública n.º 4**. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica_MGM.pdf. Acesso: 29.08.09.

Novamente, trata-se de pedido individual, com reflexos diretos na elaboração e na execução de políticas públicas de saúde. Evidencia-se, de outra feita, a importância da audiência pública como um *locus* público de debate e influência direta no controle jurisdicional de políticas públicas de saúde. Não obstante, a Audiência Pública da Saúde, foram previstas na Lei nº 9.868, de 1999, e, depois, referidas também na Lei nº 9.882, de 1999; a primeira trata da ação direta de inconstitucionalidade - ADI e da ação declaratória de constitucionalidade - ADC e a segunda trata da arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF. Notou-se, porém, a necessidade de que as Audiências Públicas se estendessem para outros processos e procedimentos. Logo, inicialmente, o espaço da Audiência Pública deveria ser de debate coletivo e amplo, pois se trataria de processos de caráter coletivo e com reflexos coletivos.

Todavia, com base no artigo 13, inciso XVII, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, além disso, os pedidos de suspensão de segurança, suspensão de liminar e suspensão de tutela antecipada de competência da Presidência, convocou-se a Audiência Pública n.º 4, para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria de Sistema Único de Saúde. Como dito, no caso da saúde, embora ligada aos processos de índole individual, seus reflexos influirão diretamente na elaboração e na condução das políticas públicas de saúde. Desta forma, não se questiona a importância de sua realização, como, também, um espaço privilegiado para os debates fundamentais na questão da saúde, permitindo a ampla participação da comunidade e, propriamente, em curto prazo a abertura do Supremo Tribunal Federal¹⁷⁷.

Tal oitiva popular transforma o Supremo Tribunal Federal num espaço em que todos os agentes sociais têm o direito e possuem o dever de participar ativamente, sem uma necessária supressão das esferas tradicionais de exercício da Jurisdição. Na perspectiva da obra de Rogério Gesta Leal¹⁷⁸ faz-se uma esfera pública esgarçada, reservando-se à comunidade um poder de influenciar de forma direta ou indireta, ao corpo político formal, neste caso, ao Tribunal mais importante do sistema jurídico brasileiro, contribuindo à própria afirmação da legitimidade do Poder Judiciário. Novamente, o despacho convocatório alonga a gama de participantes da Sociedade Civil, desde entidades ou pessoas vinculadas aos

¹⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Presidente do STF decide ação sobre fornecimento de remédios com subsídios da audiência pública sobre saúde.** Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=113461>> Acesso em 11.10.09.

¹⁷⁸ LEAL, Rogério Gesta. Esfera pública e participação social: possíveis dimensões jurídico-políticas dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos no Brasil. **Revista Interesse Público**, ano 10, n.º 48, mar./abr. 2008, p. 53-85, Belo Horizonte: Forum, 2008. p. 62.

ambientes acadêmicos até organizações da sociedade civil, as quais tivessem vinculação com atividade do âmbito sanitário¹⁷⁹.

Além disso, contou com contribuições enviadas pela sociedade civil e disponibilizadas no sítio do Supremo Tribunal Federal, contando com a participação de textos de pessoas interessadas na temática. Desta forma, autoriza uma ampla participação dos mais diversos atores sociais, viabilizando condições, com isso, de efetividade da participação da comunidade, permitindo aos julgadores levar em consideração, a partir de então, em conta as particularidades de diferentes comunidades, seus valores e desigualdades materiais. Sendo o Poder Judiciário um espaço legítimo de deliberação e execução do interesse público, tal instrumento processual, de alguma forma, supre a falibilidade do modelo endógeno de representação política tradicional, como também adota um perfil pós-burocrático¹⁸⁰ diante do alargamento de atores, com vistas à construção da decisão. Isso densifica maiores oportunidades – sob o ponto de vista substantivo – de acesso por parte da população da gestão pública da comunidade, mobilizando os indivíduos; para além disso, mobilizando-os e transformando-os em cidadãos, personificando, através de processos e rotinas que levam em conta as especificidades de cada qual¹⁸¹.

De certa forma, tal espécie de instrumento, pode corroborar um espaço insurgente à comunidade, o qual vilipendia a *intelligentsia* estatal e sua consequente onfaloscopia, na percepção de Michel Maffesolli. A perspectiva da Audiência Pública proporciona uma abertura necessária e condição para a aproximação ou permeabilidade da daqueles fechados

¹⁷⁹ Publique-se o Edital de convocação. Expeçam-se convites aos Excelentíssimos Senhores Ministros deste Supremo Tribunal Federal para, querendo, integrar a mesa e participar da audiência pública. Expeça-se convite ao Excelentíssimo Senhor Presidente do Congresso Nacional. Expeça-se convite ao Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral da República. Expeça-se convite ao Excelentíssimo Senhor Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil. Expeçam-se convites aos representantes dos órgãos e das entidades abaixo relacionados para, querendo, manifestarem interesse em participar da audiência pública, devendo, para tanto, consignar os pontos que pretendem defender e indicar o nome de seu representante: 1. Ministro de Estado do Ministério da Saúde; 2. Advogado-Geral da União; 3. Presidente do Conselho Nacional de Saúde (CNS); 4. Presidente do Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde (CONASS); 5. Presidente do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS); 6. Diretor-Presidente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA); 7. Presidente da Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ); 8. Presidente do Conselho Federal de Medicina (CFM); 9. Presidente da Federação Brasileira da Indústria Farmacêutica (FEBRAFARMA); 10. Presidente da Federação Nacional dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde (FENAESS); 11. Presidente do Instituto de Defesa dos Usuários de Medicamentos (IDUM). BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Despacho convocatório da Audiência Pública n.º 4.** Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf>. Acesso em 14.06.09.

¹⁸⁰ BOLZAN DE MORAIS, José Luiz; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. *Jurisdição constitucional e participação cidadã. Por um processo formal e substancialmente vinculado aos princípios político-constitucionais. Constituição e Processo. A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro.* Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 113-143.

¹⁸¹ LEAL, Rogério Gesta, *op. cit.*, p. 70-71.

dentro do Estado. Ter a permissividade de contribuições e divulgação da participação por meios *heterodoxos* de comunicação abre as portas ao lugar do *estar-junto* no processo, transforma o processo numa espécie de praça pública¹⁸² e o retira da “sonolência dogmática”¹⁸³ em que tem se encontrado.

Nessa linha de raciocínio, o instrumento da Audiência Pública retoma a própria ideia de Estado Democrático de Direito, com base na existência de uma Sociedade Democrática de Direito, democratizando a democracia e autorizando a comunidade à participação como agente decisivo na elaboração dos limites e dos critérios de realização e de concretização de políticas públicas de saúde. Trata-se, como refere Norberto Bobbio, de ductilidade da democracia representativa uma vez que alarga os espaços de participação popular. No caso específico das audiências públicas, o processo abre-se a esses novos atores que, de certo modo, podem ser reconhecidos como portadores de um “mandato” popular para falar no momento da audiência pública, em nome da comunidade. Repensar a forma de gestão pública de forma adequada aos objetivos, finalidades e princípios definidos na Constituição Federal, é inerente ao novo modelo de Estado – assentado pós-Constituição de 1988¹⁸⁴. Da mesma forma, os provimentos judiciais devem ser adequados a esse modelo, bem como, os instrumentos processuais.

Como afirmado por Gesta Leal¹⁸⁵, essa formatação do Estado legitima diversos espaços e atores para efeitos de concretização e controle dos preceitos, dos fundamentos, dos objetivos, dos princípios constitucionais, instituindo instrumentos processuais para tanto, tais como o Mandado de Segurança Coletivo e Individual, os sistemas de Controle de Constitucionalidade Difuso e Concentrado, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, a Ação Civil Pública, a Ação Popular, etc. Alguns mais aproximados e adequados ao controle de Políticas Públicas. Também, não se pode ignorar que o Estado Democrático de Direito aumenta os Poderes Políticos e os compromissos comunitários dos Poderes Estatais adstritos, em última razão, à Constituição e seus objetivos.

¹⁸² MAFFESOLI, Michel. **A República dos Bons Sentimentos**. São Paulo: Iluminuras, 2009. p. 18.

¹⁸³ MAFFESOLI, Michel. **A transfiguração do político. A tribalização do mundo**. Porto Alegre: Sulina, 2005. p. 67.

¹⁸⁴ LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 40-41.

¹⁸⁵ *Idem*, p. 40-50.

CAPÍTULO 2. ENTRE OS LIMITES E AS POSSIBILIDADES DO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O PAPEL DO JULGADOR.

2.1. A aplicação dos princípios constitucionais como abertura ao deferimento de quaisquer demandas individuais

Não há dúvida da contribuição dos princípios constitucionais, como abertura ao ordenamento jurídico, para repensar a atuação (hermenêutica) do Poder Judiciário, sem gerar um extremo engessamento, baseado na concreção desses princípios. Sob a égide da expressão *pós-positivismo*¹⁸⁶ tomam espaço e aceitação, no meio jurídico, correntes dogmáticas de princípios e regras como ponto central dessas produções. Em tempos de *pós-tudo*¹⁸⁷, dá-se início a uma era indeterminada sem se ter muita noção daquilo que foi abandonado. Novas nomenclaturas surgem para determinar a complexa organização social contemporânea. A necessidade da determinação, do sólido, conduz a respostas cada vez mais *pós*¹⁸⁸ e revisões teóricas da ciência moderna¹⁸⁹. Tempos em que as sombras advêm do passado, o qual se pensa não existir mais, aquilo que fora produzido por um período de modernidade torna-se pré-histórico aos olhos das vertentes *pós*.

O olhar da produção científica volta-se ao futuro incerto¹⁹⁰ e desprende-se de sua herança numa tentativa responder as pautas contemporâneas, de limites ao rigor científico

¹⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 2.

¹⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional**, n.º 5, 2001, p. 10.

¹⁸⁸ BAUMAN, Zygmunt. **A ética pós-moderna**. São Paulo: Paulus, 1997. p. 213.

¹⁸⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. São Paulo: Cortez, 2004. p. 13.

¹⁹⁰ Em sentido contrário, há a proteção e defesa do instrumentalismo, atacando sua possível falibilidade, no campo epistemológico. Sustenta-se a sua solidez e seus fundamentos no que diz respeito à prática da

com as perspectivas de uma vida em comunidade. Diferente, o pensamento moderno estruturou-se como o imaginário e o dever do homogêneo, em tempos de *pós-tudo* há uma busca desenfreada pela múltipla escolha, a pós-modernidade, nesse sentido, é o excesso do vazio e o vazio como necessidade forjar novos conteúdos existenciais¹⁹¹.

No entanto, talvez, seja preciso voltar-se às questões simples para compreender o estado da arte, pois são capazes de trazer alguma luz nova à perplexidade¹⁹². Transformações de ciência, da literatura e da arte que têm seu começo a partir do final do século XIX e afetam diretamente ciências naturais e sociais¹⁹³. Os próprios relatos das ciências entram em conflito com seus próprios critérios, revelando-se como fábulas. O estrito fechamento do positivismo jurídico coloca em cheque todo o sistema jurídico frente ao distanciamento gerado em relação ao *verde da vida*¹⁹⁴. A mentalidade racional fica frente a frente ao seu próprio paradoxo, é o seu fim, a paz universal cai na incredulidade.

Esse plexo de fatores influenciou a ciência jurídica no século XX, permitindo a Hans Kelsen, por exemplo, propor uma teoria do Direito que quer única e exclusivamente conhecer apenas o seu objeto. Um conhecimento apenas dirigido ao Direito e que exclua tudo o que não pertença ao seu objeto¹⁹⁵. Tal fechamento, conduziu o Direito a sua instrumentalidade. Com base nisso, a ciência jurídica perfila-se ao utilitarismo do mercado com o postulado do homem racional, em conformidade com a ideia de que a justiça deve estar em consonância com a eficiência econômica. Compete-lhe apenas diminuir os custos de transação e garantir condições para uma resolução convencional do problema das externalidades¹⁹⁶.

Por outro lado, apresenta-se uma dimensão axiológica do direito, consistente na aplicação dos princípios, que representa uma reinserção da moral ao direito. Princípios conteriam relatos de maior abstração não especificando a que conjunto se aplica. Dessa forma, apresenta-se dentro do contexto *pós-tudo* para dar abertura ao Direito, fundado na possibilidade de otimização de direitos fundamentais e sua consequente efetividade¹⁹⁷. Na

investigação, sendo uma metodologia mais sólida do que aparenta ser. D'SPAGNAT, Bernard. **Uma Incerta Realidade: o mundo quântico, o conhecimento e a duração**. Lisboa: Piaget, 1995. p. 71.

¹⁹¹ Na apresentação do Livro de Gilles Lipovetsky, o Prof. Juremir Machado da Silva o faz com base no texto "Vazio e comunicação na era 'pós-tudo'". LIPOVETSKY, Gilles. **A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo**. Barueri: Manole, 2005. p. XIII.

¹⁹² D'SPAGNAT, Bernard, *op. cit.*, p. 15.

¹⁹³ LYOTARD, Jean-Fraçois. **A condição pós-moderna**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006. p. XV.

¹⁹⁴ MAFFESOLI, Michel, *op. cit.*, p. 18.

¹⁹⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 1.

¹⁹⁶ CASTANHEIRA NEVES, António. **O Direito hoje com Que Sentido? O problema actual da autonomia do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. pp. 44-47.

¹⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 292-293.

pós-modernidade, não se buscam leis, quem se situa na pós-modernidade, intenta articular propostas, as quais corporifiquem um modelo de trabalho adequado a uma situação empiricamente verificável¹⁹⁸.

No contexto desse giro teórico e em tempos de controle judicial de políticas públicas de saúde, a dimensão principiológica¹⁹⁹ da Constituição Federal é sustentáculo de decisões, principalmente, em demandas individuais, muitas vezes, sob o abrigo da dignidade da pessoa humana ou do direito à vida, sem uma preocupação da constituição de sentido e do conteúdo desses princípios. Os citados princípios podem servir como álibis ao Poder Judiciário²⁰⁰, sem uma demorada apreciação da necessidade ou não de sua aplicação. Não se nega, nem se poderia negar a importância dos princípios, porém a sua aplicação sem critérios balizadores pode representar apenas um descompromisso entre diferentes Poderes Estatais. Logo, nesse momento, apresentar-se-á um panorama da importância dos princípios, como limitadores da Administração Pública e da constituição de sentido adequado à Constituição, por parte do Poder Judiciário, em demandas vinculadas ao controle judicial de políticas públicas de saúde, bem como, as transformações da administração em vista de tais perspectivas.

2.1.1. A força dos princípios constitucionais como limitação à Administração Pública.

Os princípios constitucionais (jurídicos) não somente têm como destinatário o Poder Judiciário para a concretização de direitos sociais. Aplicar princípios resulta numa dupla face, dentro dos limites da pesquisa: a primeira face é a sua aplicação ao Poder Judiciário como abertura, mas como limitador – como será visto adiante -, a segunda face é servir de limitação à própria Administração Pública. Não se pode olvidar da importância dos princípios constitucionais como limitadores à atuação da Administração Pública. Via de regra, dá-se

¹⁹⁸ GADEA, Carlos A. **Paisagens da Pós-modernidade. Cultura, Política e Sociabilidade na América Latina**. Itajaí: UNIVALI, 2007. p. 27.

¹⁹⁹ DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 1995. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

²⁰⁰ O Prof. Lenio Streck salienta que, o fracasso do positivismo (moderno), não pode ter como resposta um constitucionalismo principiológico a partir do esquema sujeito-objeto, pelo qual se substitui a discricionariedade subjetivista, por um novo tipo de discricionariedade sustentada pelo modelo *mais aberto* do que o velho modelo, abertura essa proporcionada pelos princípios. STRECK, *op. cit.*, 2008, p. 340.

uma extrema importância à aplicação dos princípios por parte do Poder Judiciário, esquecendo-se de sua fundamental importância ao exercício da Administração.

Dito isso, impõe-se repensar o paradigma de Direito Administrativo e eventuais releituras históricas que corporificam a formação jurídica. É impossível não repisar no mito de uma origem milagrosa²⁰¹ do Direito Administrativo, como se de um dia para o outro surgisse o Direito Administrativo e o Estado conquistasse o Direito. Como se sabe, a conquista do Estado pelo Direito, é paulatina, recente e não está, todavia, terminada. Dessa forma, é de fundamental cuidado a percepção de que de um momento para o outro surgem direitos individuais que passam a vincular a Administração Pública. Entretanto, persiste-se na senda de associar o Direito Administrativo ao Estado de Direito e ao princípio da separação dos poderes na França pós-revolução, trata-se de erro histórico ainda reproduzido²⁰². A sistemática, do então novel ramo do direito, era mais propensa ao isolamento da Administração Pública e não submissão ao Parlamento, do que o contrário.

Com efeito, o Direito Administrativo, surgido na França, herda uma série de princípios autoritários advindos da desconfiança ao Antigo Regime, apenas restando, ao poder político e sua organização, o abarcamento de princípios liberais. O contencioso administrativo dá mostras da desconfiança existente perante o Poder Judiciário²⁰³. Inaplicável o princípio da separação dos poderes, como avençado na origem milagrosa, tornando o Executivo subordinado à vontade do Parlamento expressa por meio da lei, diferentemente, a Administração Pública é regulada por normas distintas das jurídico-privadas, oriundas de arestos do Conselho de Estado, mais do que do Parlamento francês. Entretanto, tal dogma errôneo, é reproduzido indiscriminadamente em terras brasileiras. É importante aduzir que o nosso modelo de Administração vem a reboque da colonização portuguesa, somado ao patrimonialismo e centralidade da cultura jurídica brasileira²⁰⁴.

A Revolução Francesa, na análise de García de Enterría, marca profundamente essa limitação dos Poderes Públicos, na medida em que, no direito público estabelece uma nova língua dos direitos. A velha estrutura social foi rompida em um golpe só. Em seu lugar, surge

²⁰¹ WEIL, Prosper, *Op. cit.*, p. 8.

²⁰² OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 271. Na mesma perspectiva BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 11.

²⁰³ SILVA, Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 21.

²⁰⁴ ROSELEEN, Keith. **O Jeito na cultura jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

uma sociedade com uma imagem de fluida, livre e aberta²⁰⁵. Até então, a ordem pública, marcadamente sustentada numa superioridade – que era divina – era por séculos e séculos a única conhecida, intentava mudar para um no qual imperasse a igualdade e a liberdade. Uma estrutura sustentada em leis e em atos. Por isso, desde o seu surgimento, a Revolução Francesa representou uma guerra de palavras, um novo desenvolvimento do léxico. Desenvolve-se uma nova língua do poder que desaguará numa nova língua do Direito.

Desde o primeiro momento da Revolução Francesa, a Assembleia Constituinte proclama-se dona do poder constituinte, o que a permite ditar uma nova Constituição; e do poder legislativo, o que a habilita a criar leis. Isso permite uma reconfiguração das relações sociais, a partir das mudanças com a Lei. A declaração dos Direitos do homem e do Cidadão é cardeal na proclamação de um novo direito, extraindo do mundo das ideias para instalá-lo como existência na ordem social²⁰⁶. No momento em que se diz que os homens são livres e iguais, pretende-se dizer que, deste momento em diante, os homens serão livres... Desta forma, estabelece-se uma nova língua (do Direito ao povo). A presença de direitos como liberdade e igualdade, rompe com o passado feudal e de prebendas. Na seara jurídica, resulta evidente o surgimento de uma nova língua dos direitos subjetivos individuais.

Na fase anterior, o direito era formado por privilégios, era um Direito consuetudinário, no qual imperavam as relações de pessoalidade. O responsável por ditar – dizer o Direito – era o Rei, que justificava seu poder numa predestinação divina. Para se ter ideia, o grande limite da organização pública era o Direito Natural. Estrutura de emolumentos e prebendas eram comuns nesse período. Ao Direito Público só restava tratar da autoridade e do poder do rei (veneração, obediência e fidelidade dos súditos). A fidelidade que se aproxima da chamada *fides* (confiança), isto é, mais que um regime legal (inexistente) as relações numa “possível” organização administrativa, no período pré-revolucionário, davam-se por meio da confiança. Dito de outro modo, o fundo das decisões de poder não eram afetadas por limites jurídicos. Fica remida, tão-somente, pela prudência do príncipe²⁰⁷. O contencioso administrativo surge, a princípio, para limitar a própria administração internamente; isso porque a Administração era responsável pelo seu controle (consequência da separação da Justiça e da Administração).

²⁰⁵ ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Lengua de Los Derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa**. Madrid: Alianza, 1995. p. 26.

²⁰⁶ *Idem*, p. 30.

²⁰⁷ *Idem*, p. 100-101.

Por outro lado, o contencioso visava, também, uma redução da legalidade formal em todo o aparato da atuação da Administração Pública²⁰⁸.

Por sua vez, a Revolução destrói inteiramente essa constituição, em seu lugar, coloca que o poder político é uma autodisposição da sociedade sobre si mesma, por meio de um pacto social corporificado na Lei. Uma lei geral e igualitária, formulada por um poder legislativo. No lugar dos homens (confiança), passam a mandar as leis. Essa ideia esteve presente nos artigos centrais da Declaração de 1789 e encontra seu pleno desenvolvimento na Constituição de 1791²⁰⁹.

Ao tratar do tema, José Murilo de Carvalho demonstra a franca influência desta importação na formação das instituições jurídicas brasileiras, principalmente do Poder Judiciário que era o responsável pela manutenção do poder do rei na Europa, continua a ser um Poder responsável por manter uma elite colonial. Segundo o referido autor, os magistrados foram completos construtores do Estado no Império, principalmente, os da geração coimbrã²¹⁰. Os magistrados (época em que todos os juizes eram nomeados pelo ministro da justiça) circulavam entre os diferentes “cargos públicos”, tendo como ápice de sua carreira (aposentadoria), tornar-se Senador.

Para se ter uma ideia, no período do Império, existia no Brasil o Conselho de Estado (homônimo francês que designa o órgão responsável pela jurisdição administrativa), que representava apenas parte de um clube, como designa José Murilo²¹¹. Começava-se como magistrado (diploma de ensino superior), o próximo passo era tornar-se deputado provincial, depois – com ajuda da família e da imprensa, deputado geral. Da deputação geral, ingressava-se efetivamente no clube e o caminho era o ministério, a Presidência da Província ou o Conselho de Estado. Por fim, a aposentadoria, ou seja, a Senatoria. Nota-se toda a permeabilidade da estrutura Estatal, a qual deveria ser racionalizada, ao patrimonialismo e à pessoalidade. Não se rompe com a estrutura anterior, perpetua-se.

Essa era a principal característica da elite política imperial, qual seja seu estreito relacionamento com a burocracia estatal. Evento típico de países de capitalismo retardatário

²⁰⁸ ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)**. Madrid: Civitas, 1974. p. 19.

²⁰⁹ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Consituente Burguesa. Que é o Terceiro Estado?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 58. Para compreender a ideia de nação e a importância da participação do Terceiro Estado na elaboração da Constituição.

²¹⁰ CARVALHO, José Murilo de. **A Construção da Ordem & Teatro de Sombras**. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, Relume-Dumará, 1996. p. 87.

²¹¹ *Idem*, p. 113.

ou frustrado. Tal relação impediu a superação do paradigma dominante, no Brasil é repisado o passado, o que permite a estruturação e a unificação da elite política. Destarte, dá-se os primeiros delineamentos ao Estado brasileiro, o que influencia diretamente no modo de fazer da Administração Pública brasileira, que é, na maioria das vezes, dissonante ao apresentado pela doutrina do Direito Administrativo.

Dentro desse contexto, invoca-se o princípio da separação dos poderes como uma forma de eximir-se do controle judicial, inclusive, no Brasil, tendo a estrita observância à legalidade como marco²¹². Observe-se que nem a formação do Direito Administrativo pós-revolucionária e, tampouco, a formação do Direito Administrativo brasileiro autorizam a reprodução de tal ideário. Por outro lado, ocorre uma imunização da Administração Pública ao controle jurisdicional, forjando uma verdadeira tradição da imunização ao controle judicial, salvo em termos formais ou tomados pelo absurdo, como o erro manifesto. A aplicação dos princípios constitucionais no Direito Administrativo representa, a partir de meados da metade do século XX, um câmbio paradigmático, passando a exigir uma atuação comprometida do Administrador Público.

O Direito Administrativo nasce no período do Estado Liberal, portanto, impregnado do cunho individualista que dominava as várias ciências humanas. O Estado Social permite uma transformação à seara administrativa, pois tinha como objetivo corrigir a profunda desigualdade social gerada pelo Liberalismo²¹³. Assim, o princípio da legalidade saiu de sua forma rígida e formalista e chegou a uma forma muito mais ampla que se ajusta ao Estado de Direito propriamente dito, visando adaptar-se ao Estado Democrático de Direito²¹⁴.

Nesse sentido, a redemocratização representou uma profunda mudança do sistema jurídico brasileiro, corporificado pela constitucionalização do Direito. Isso é percebido, pois ao conferir constitucionalidade a diversos princípios, estabelece-se programa voltado à realização dos direitos sociais, como a saúde. Para tanto, as políticas públicas de saúde postam-se como fundamentais, dentre elas encontra-se o dever de fornecimento de medicamentos pelo Estado, objeto frequente de demandas judiciais individualizadas²¹⁵.

²¹² LIMBERGER, Têmis. **Atos da Administração Lesivos ao Patrimônio Público: os princípios da legalidade e moralidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 106-107.

²¹³ DI PIETRO, Maria Zanella. O Princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. **Revista Trimestral de Direito Público**. n.º 48, p.63-76, 2004. p.68.

²¹⁴ *Idem*, p. 69.

²¹⁵ BERCOVICI, *Op. cit.*, p. 9. Na obra de Gilberto Bercovici, o texto da Constituição de 1988 conteria as bases de um projeto nacional desenvolvimentista, proporcionando a estruturação do Estado brasileiro visando a superação do subdesenvolvimento, por meio de transformações sociais.

Para isso, fenômeno não exclusivo do Brasil, as novas Constituições, transformam-se em base da estrutura do Direito. Todo o *edifício jurídico* fica assentado nos novos sistemas constitucionais e na afirmação dos princípios. Logo, a ciência jurídica é revista, fazendo a transformação de institutos jurídicos, por um lado, e a criação de outros²¹⁶. É nesse momento também, como afirmado anteriormente, que políticas públicas ganham espaço e passam a desempenhar um papel fundamental não somente no âmbito Direito Administrativo, mas na Ciência Administrativa como um todo. A estrutura da Constituição de 1988 é voltada à transformação da estrutura social, contendo princípios estruturantes para alterar a ordem existente, um programa de ação para a alteração da sociedade.

Com efeito, ganha espaço a necessidade de construção de um Direito Administrativo dinâmico, em prol da concretização dos direitos fundamentais, para tanto, torna-se fundamental, da mesma forma, a observação e a limitação da atividade administrativa por princípios constitucionais. A Constituição declara – nesta perspectiva – os valores supraordinados, inerentes às pessoas, sagrando os direitos fundamentais e, com base nessa declaração, institui valores subordinados, que nela estão positivados, dando os limites ao exercício legítimo da Administração Pública²¹⁷. Assim, os princípios constitucionais indicam um valor ou fim a ser genericamente alcançado, não importando o grau de satisfação a ser atingido. É importante ressaltar que, tais princípios, não têm necessidade de obrigatoria positividade, podem ser expressos explicitamente ou implicitamente pela ordem jurídica positiva, basta que nela se encontre implicitamente. No entanto, a sua positividade não deixa de ser um benefício inegável e desejável, permitindo uma abertura com elevadíssimo cunho didático-pedagógico, ao emprestar nitidez e relevo aos fins e aos valores que porta, com o intuito de dirimir antecipadamente quaisquer celeumas²¹⁸.

Desta forma, esse cariz de princípio jurídico é norteador das relações da Administração Pública, como máximos vetores teleológicos para aplicação adequada das normas. Convém destacar que os princípios possuem eficácia jurídica imediata e direta, entretanto requerem uma mediação concretizadora de regras tendo uma densidade mínima, capaz de dar consistência e legitimação. Torna toda a relação jurídico-administrativa pautada por um conjunto de diretrizes supremas corporificadas pelos princípios, encontra respaldo na

²¹⁶ OLIVEIRA, Fábio. **Por uma teoria dos princípios – O Princípio Constitucional da Razoabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 11.

²¹⁷ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira, *Op. cit.*, p. 83.

²¹⁸ *Idem*, p. 86-87.

sua constituição de sentido²¹⁹ ao ser aplicado (interpretado) pelo Administrador Público. Dessa forma, ao sistema administrativo é função dar cumprimento aos princípios e aos objetivos do Estado Democrático de Direito, servindo como forma de limitação e de controle a tal atividade²²⁰.

O recurso aos princípios foi a fórmula encontrada, na seara do Direito Administrativo, para controlar contenciosamente as normas administrativas na França. Mesmo nos arestos, se não houvesse socorro aos princípios na tarefa administrativa, o Estado de Direito teria desaparecido, esvaziado pelo peso normativo do governo. Esse recurso aos princípios acentua-se quando se buscam soluções que, por seu caráter intervencionista, dificulta o trabalho generalizador e sistematizador da dogmática²²¹. De outra mão, não se pode olvidar que o recurso frequente aos princípios norteadores do Direito Administrativo dificulta a sistematização definitiva das normas administrativas. Assim, o recorrer aos princípios não pode representar uma cláusula aberta à atuação da Administração Pública, representando imprevisibilidade na atuação administrativa.

Aos princípios aplicados ao Direito Administrativo cabe dar ossatura à dogmática, permitindo a limitação e não fórmulas gerais despidas de sentido. Conforme Cabral de Moncada²²², o próprio estado da arte do Direito Administrativo exige o recurso aos princípios, tendo em vista a intensidade da intervenção administrativa em todos os níveis sócio-econômicos, exigindo soluções que vão além da mera vinculação do Administrador Público às normas legislativas. É o próprio exercício feito na elaboração e execução de políticas públicas de saúde, que exigem uma atividade do Administrador que vá além da estrita vinculação à legalidade. Mormente, em se tratando do direito à saúde, o qual exige prestações materiais e redonda em problemas de justiça material, ponto fundamental da Democracia Constitucional, visando ordem social melhor e mais justa – constando como princípio fundamental da atuação estatal.

Sob a ótica do controle da Administração Pública, em capítulo de livro dedicado ao tema, Moreira Neto aborda a importância, ao tratar dos princípios do Direito Administrativo, da sistematização constitucional do Direito Administrativo pátrio, como uma possibilidade de

²¹⁹ FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 24.

²²⁰ *Idem*, p. 25.

²²¹ MONCADA, Luís S. Cabral de. **Estudos de Direito Público**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 376.

²²² *Idem*, p. 377.

ampliação e aperfeiçoamento das estruturas de controle da administração²²³. Muito em função da integração e flexibilidade que os princípios trouxeram ao Direito. Para além de meras indicações valorativas voltadas à hermenêutica, os princípios requisitaram categoria jurídica própria, normatividade dotada de eficiência própria²²⁴. Salienta a importância do estudo, no Brasil, em vista do número de profissionais impregnados do racionalismo, típico, do positivismo jurídico, fascinados pela facilidade – comum às ciências exatas²²⁵ - da expressão matemática dos resultados²²⁶.

Dessa forma, ficou patente, também, a insuficiência do modelo liberal de atuação administrativa. Contudo, pensar em modelo totalmente interventor resultaria num totalitarismo da atuação da Administração Pública. Dito de outro modo, a pauta de princípios como forma de limitação à atuação administrativa afeiçoa-se salutar. A remissão aos princípios autoriza uma reelaboração axiológica e fundamental, em se tratando de políticas públicas, do sentido literal da lei resultando numa aplicação mais consentânea com o critério por trás dela. A remissão ao aspecto axiológico coloca-nos diante de uma questão de método, isto é, como o Administrador Público pode constituir o sentido axiológico adequado da lei²²⁷. É capital, portanto, recorrer-se aos princípios constitucionais como critério de interpretação e aplicação do direito, na perspectiva do Estado intervencionista.

Por outro lado, o paradigma normativista é repetidor, pois se deduz uniformemente a partir das potencialidades da norma, despido de qualquer contribuição constitutiva do intérprete, seja juiz ou agente administrativo. Entretanto, representa – como dito – uma intervenção relativamente autônoma, por meio de critérios objetivos estritamente e reconduzíveis ao sistema normativo. Nessa perspectiva, os princípios são apenas facilitadores de soluções jurídicas, incorrendo em uma maior abstração. Contudo, noções como justo e

²²³ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Sociedade, Estado e Administração Pública: perspectivas do realinhamento constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1995. p. 1995. p. 131.

²²⁴ *Idem*, p. 132.

²²⁵ Se assim ainda é possível fazer essa distinção. Sobre a superação dessa dualidade: SANTOS, Boaventura de Sousa, *op. cit.*

²²⁶ Ainda, Moreira Neto propõe a hierarquização dos princípios constitucionais, postura a qual se faz ressalvas e não se incorpora ao trabalho. NETO, Diogo de Figueiredo Moreira, *op. cit.*, 1995, p. 139.

²²⁷ Utiliza-se a expressão sentido axiológico adequado em oposição ao *sentido axiológico único* travado por Cabral de Moncada, ao questionar a *querela do método* na aplicação (interpretação) dos princípios gerais de direito e sua necessidade no Direito Administrativo. Diz o jurista português. “Parece, portanto, dizer-se que o pensamento jurídico se inclina hoje não para uma metafísica da justiça nem para uma axiomática dos textos positivos, mas sim para uma abertura aos princípios gerais de direito vistos como o lugar apropriado para a partir deles se desenvolver toda a dialética (entendida em sentido aristotélico como percurso esclarecedor de questões controversas ou não axiomáticas) da argumentação jurídica. Sublinha-se assim a importância capital de uma metodologia arrimada aos princípios gerais constitucionais como critério da interpretação e aplicação do direito.” *Idem*, p. 379.

injusto são abandonadas. A ideia de justiça dissolve-se na lei, fica estranho também, tal ideal, à organização administrativa. Porém, esse paradigma se posta em franca oposição ao paradigma transformador da justiça material e social. Opõe-se, da mesma forma, ao *modo de agir* que requer à atuação estatal, em se tratando de políticas públicas.

Todavia, o Direito Administrativo é fundado, na França, na atuação do juiz do contencioso administrativo, as normas mais importantes são enumeradas por esse juiz, isto é, nunca existiu propriamente uma codificação do Direito Administrativo, uma sistematização. Isso vem corroborar a importância do labor do agente administrativo na concreção dos princípios jurídicos aplicados ao Direito Administrativo. Esse ramo, quando do seu surgimento, rechaçou o Código Civil e o direito privado exigindo da própria Administração Pública o trabalho de elaboração do Direito. Nesse contexto, é fundamental o papel dos princípios²²⁸. Na visão de Georges Vedel, o agente público é obrigado não somente à tarefa hermenêutica, em relação aos textos legais, como o juiz da esfera cível, mas também a (re)afirmar os princípios jurídicos, os quais têm o mesmo peso de artigo de lei²²⁹.

Dito isso, possibilita-se vislumbrar a importância fulcral dos princípios no exercício da atividade administrativa na esfera pública. Nessa ordem de ideias, o próprio agir livre do Administrador Público tem seu sentido mitigado, uma vez que tal deixou de sê-lo. Portanto, o agir livre poderá resultar em arbitrariedade. Quer-se dizer que a liberdade só tem seu exercício franqueado com base nos princípios do Direito Administrativo, entrelaçadamente aplicados, ou seja, dentro do conjunto de princípios aplicados a determinado caso é preciso verificar se o ato do agente público está em consonância com os princípios, sob pena de incorrer numa arbitrariedade²³⁰. Tal perspectiva enseja uma releitura dos mais diversos institutos do Direito Administrativo, conquanto o controle por meio da aplicação dos princípios não se torne arbítrio, na medida em que excederia a supressão do discernimento, da inovação criativa e da maleabilidade da Administração²³¹, pressupostos fundamentais ao cumprimento dos objetivos constitucionais fundamentais. Rigidez excessiva não impedirá a Administração Pública de sucumbir, é preciso uma medida em conformidade com o próprio princípio da separação dos poderes.

²²⁸ VEDEL, Georges. **Derecho Administrativo**. Madrid: Aguilar Ediciones, 1980. p. 46.

²²⁹ *Idem*, p. 46. Também: RIVERO, Jean; WALINE, Jean. **Droit Administratif**. Paris: Dalloz, 1998. p. 76.

²³⁰ Na mesma perspectiva da pesquisa: FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 10.

²³¹ *Idem*, p. 11.

De tal limitação não escapam as políticas públicas, ao agente público deverá estar presente a necessidade dessa limitação, nas diferentes fases das políticas públicas, ou seja, em todo o processo. Dentro dessa perspectiva, temos as políticas públicas de saúde, o art. 196 da Constituição Federal de 1988 trata a saúde como direito de todos e dever do Estado, exigindo a sua garantia mediante políticas sociais e econômicas que visem redução das doenças, dentro de parâmetros de acesso igualitário e universal às ações e serviços para sua promoção, por meio de políticas públicas. Como dito, o Administrador Público estabelece para isso uma série de políticas públicas, por exemplo, o fornecimento de medicamentos. Tais políticas tem seu crivo em Leis, como a Lei Orgânica da Saúde (Lei n.º 8080/90) ou a Norma Operacional Básica do Ministério da Saúde (NOB n.º 01/93). Com base nisso, o agente público dispõe de alguns parâmetros para elaborar as políticas públicas de saúde, mormente, a política de fornecimento de medicamentos.

No entanto, isso não exclui uma limitação pautada em restrições por meio dos princípios, tendo em vista a dupla dimensão do direito à saúde. Dito de outro modo, o direito à saúde é, ao mesmo tempo, um direito de defesa, porque impede ingerências indevidas do Estado e de terceiros na saúde do titular; bem como, impõe a realização de políticas públicas que busquem a efetivação do direito à saúde para a coletividade²³². Com base nesse último aspecto, o particular torna-se credor de prestações materiais que tocam acerca da saúde, como o fornecimento de medicamentos e o atendimento médico hospitalar ou mesmo a realização de exames de mais variada natureza.

Não obstante, esses programas de ação da Administração Pública, traduz, dentro das limitações impostas pelas regras e princípios constitucionais, o dever de planejamento da ação estatal²³³. Isso significa dizer que é dever do agente público, na conjugação dos fatores elencados, lançar um olhar de prognose, ou seja, além do administrar o presente, incorporar os efeitos de longo prazo do agir do poder, em matéria de políticas públicas de saúde. Também implica, não somente o planejamento temporal, em dimensão distinta da cotidiana, mas um modo de apreensão holístico dos fatos, uma síntese global dos fatos sociais²³⁴. É desta forma que o Administrador Público dá concreção aos desígnios constitucionais e sentido aos

²³² SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde. **Revista Interesse Público**. São Paulo, Notadez, n.º12, p. 98, 2001. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, *op. cit.*, p. 5-6.

²³³ VALLE, Vanice Lírio do. Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno. **Revista Interesse Público**, São Paulo, Notadez, n.º 48, mar./abr., p. 87-109. p. 97.

²³⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **Para viver a democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 109.

princípios que corporificam a Administração do Público, o que é necessário, principalmente, em matéria de proteção dos direitos sociais, como é o caso do direito à saúde.

Diante dessas considerações, é que se pode pensar nas limitações com base em princípios, na temática das políticas públicas. É preciso ir além da política pública como o ato administrativo que cria ou que dá execução, torna-se fundamental a compreensão do global, ou seja, dos elementos mais abrangentes que compõem as políticas públicas de saúde, para que se possa dar sentido aos parâmetros constitucionais tanto em regramentos, como em princípios, os quais devem pautar a atuação da Administração Pública. Por outro lado, o Estado-Administração terá que apresentar os elementos que conformam a sua escolha e os resultados que, por meio de tais escolhas, pretende alcançar. Desta forma, presta-se reverência a uma série de parâmetros postos ao atuar da Administração Pública²³⁵, subordinados, em última instância, às finalidades constitucionalmente elencadas ao Estado. As ações de implementação e os indicadores de avaliação servirão de parâmetros à verificação da adequação da política pública.

Ao ser pensada a política pública como um processo – ou seja, que demanda uma projeção no tempo por parte da Administração Pública, que implicará prazo de maturação até atingir os efeitos desejados – é conveniente, em atenção à limitação principiológica-constitucional da Administração Pública, a explicitação das diferentes etapas de elaboração e, por conseguinte, de execução para uma maior sindicância, sem que fique ao alvedrio arbitrário do agente público. É preciso pensar as políticas públicas com os olhos voltados à sua eficiência²³⁶, para isso é necessária a atuação do administrador público, dito de outro modo, é preciso políticas públicas. Dessa forma, nesse campo, há uma necessária complementação entre o agir estatal, as políticas públicas e o princípio da eficiência, servindo este último como balizador²³⁷.

²³⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 267-268.

²³⁶ A eficiência aqui esposada não pode ser confundida com a neoliberal, isto é, simplesmente referida à eficiência econômica. A eficiência tratada nesse trabalho é, no mesmo sentido, cunhada por Moreira Neto: “Em suma: a *globalização* também pôs em marcha um conceito novo e expandido de *eficiência política*, em que a *organização do poder*, fosse qual fosse e na dimensão que tivesse, bem como as *funções* a serem desempenhadas, se deveriam se adequar *subsidiariamente* às novas demandas, na medida em que, com isso, se iria reduzindo paulatinamente, como resultado da informação, a velha, desconcertante, inexplicável, mas dócil *tolerância cultural com a ineficiência do setor público*. [...] E é neste sentido que se pode conceber um novo Direito Administrativo, sucintamente, como um *direito disciplinador de interesses transindividuais* [...]” NETO, Diogo de Figueiredo Moreira, *op. cit.*, p. 109-110.

²³⁷ VALLE, Vanice Lírio do, *op. cit.*, p. 99.

Como notado por Juarez Freitas, em pleno século XXI, é condenável a impune desvinculação das políticas públicas – consequentemente da Administração Pública – tornando aceitável a inércia do agente público perante decisões que, em última instância, violam os princípios constitucionais, vilipendiam os objetivos de determinada política públicas ou mesmo não atenta às destinações específicas dadas pela Constituição Federal ao Administrador Público, na composição do orçamento do ente-federativo. Não se pode dar abrigo a justificativas como se tratar de ato político, sob pena de violarmos o direito fundamental à boa administração. Ou, conforme Juarez Freitas, o direito fundamental à boa administração, “não se trata – gize-se bem – de realizar um controle direto ou substitutivo das políticas públicas, porém de sindicá-las, assumidamente, a juridicidade da implementação, ou não, do direito fundamental à boa administração”.²³⁸

O controle por meio dos princípios, na perspectiva cunhada por uma boa administração, faz as estratégias do agente público mais transparentes, criativas e concatenadas com os fins constitucionais. Assim, supera-se, como dito anteriormente, os caminhos sinuosos da administração personalista ou voltada às vantagens indevidas junto aos órgãos administrativos estatais, herança ainda do período em que se importou (ou melhor, recebeu-se sem direito a renúncia²³⁹) os primeiros traços daquilo que viria a ser a Administração Pública. Os direitos expressos em cada ordem constitucional, bem como, os princípios subjacentes são orientadores das estruturas formais de ação da Administração Pública. A presença de um direito fundamental à boa administração, no contexto brasileiro, está contido na própria principiologia orientadora da administração, presente no art. 37, *caput*, da Constituição da República.

Ao administrador caberá desempenhar as suas funções de forma exemplar, sem excessos ou omissões. Por isso, é dever da Administração Pública observar a cogência da totalidade dos princípios que a regem²⁴⁰. Tal desempenho estende-se às políticas públicas de saúde, devendo ser observados não somente os princípios constitucionais voltados à atuação da administração, mas também eventuais remissões constitucionais no relativo à matéria do direito fundamental à saúde.

²³⁸ FREITAS, Juarez, *op. cit.*, 2009, p. 13.

²³⁹ FREITAS, Juarez, *op. cit.*, 2009, p. 44.

²⁴⁰ FREITAS, Juarez, *op. cit.*, 2009, p. 43.

Consoante, há a substituição da lei pela Constituição como cerne das condutas dos agentes públicos. De uma reserva de lei passamos a uma reserva vertical da Constituição²⁴¹. Desta forma, a Administração Pública deverá ser eficaz, eficiente, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade, respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas²⁴². No caso das políticas públicas, o princípio da eficiência assume papel fulcral, sendo critério de densificação e objetivação. Como dito, sendo necessário o acompanhamento da política pública como um processo para se notar a concreção ou não de tal princípio. Para tanto, será fundamental o respeito aos deveres constitucionais e à motivação em todo o processo de elaboração e execução de uma política pública.

Ainda, em se tratando das políticas públicas de saúde, será saliente a limitação por parte do princípio da publicidade²⁴³. A publicidade deve aqui ser compreendida como a abertura aos cidadãos, aos procedimentos decisórios das políticas públicas de saúde, em outras palavras, maior transparência. Principalmente, em procedimentos para a incorporação de novos medicamentos ou tratamentos na lista do Sistema Único de Saúde (SUS), necessidade notada pelo Ministro da Saúde, José Gomes Temporão, manifestada em sua fala na Audiência Pública n.º 4 do Supremo Tribunal Federal e assumida na forma de compromisso:

Segundo compromisso: quanto à incorporação de novas tecnologias, insumos e medicamentos, propomos o fortalecimento da Comissão de Incorporação de Tecnologias do Ministério da Saúde, ampliando sua composição, agilizando suas decisões e tornando seu funcionamento mais transparente.

Da mesma forma, na fala de encerramento da audiência pública da saúde, promovida pelo Supremo Tribunal Federal, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes enfatizou a importância da transparência e da prestação de informações por parte da Administração Pública. É óbvio que a prestação de informações precisas e completas sobre enfermidade e tratamento, objeto da demanda judicial, é imprescindível para a adequada apreciação judicial da matéria. Nesse sentido, parece evidente que as partes precisam colaborar com o Poder Judiciário e levar todos

²⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 836.

²⁴² FREITAS, Juarez, *op. cit.*, 2009, p. 13.

²⁴³ FREITAS, Juarez, *op. cit.*, 2009, p. 46.

os dados técnicos e científicos envolvidos²⁴⁴. Observe-se como a aplicação do princípio da publicidade, em matéria de políticas públicas, é por um lado, imposição à Administração Pública (direito do cidadão de ter acesso aos processos decisórios) e, por outro lado, permite ao Poder Judiciário acesso às informações necessárias para saber acerca da formulação das políticas públicas de saúde.

Em vista de pedidos judiciais que envolvem, muitas vezes, fornecimento de medicamentos de alto custo ou ainda não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), sobre o custeio de tratamentos no exterior, sobre a realização de técnicas cirúrgicas ainda não desenvolvidas pelo SUS, sobre a patente de medicamentos²⁴⁵; o conhecimento e o acesso às informações que fundamentam a decisão do órgão administrativo seja para admitir seja para negar a incorporação de determinado medicamento (tratamento), são cruciais para o Poder Judiciário, para poder constituir um sentido adequado à constituição das políticas públicas de saúde. Essa visão só reforça a preeminência da limitação do *fazer políticas públicas de saúde*, por meio da principiologia constitucional e do Judiciário.

Não se pode olvidar, que o Estado Democrático de Direito estrutura-se como uma ordem de domínio legitimada pelo povo²⁴⁶, destarte, o Estado tem uma Constituição limitadora do poder (império do direito) e com o poder democraticamente legítimo. Autoriza-se o agigantamento do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas, passando a intervir em relação aos atos da Administração Pública, que corporificam as políticas públicas, visando à realização dos direitos sociais. No entanto, se há um aumento da intervenção judicial, essa ordem legitimada pelo povo, impôs à própria administração novos limites ao seu exercício, tendo na dianteira, os princípios constitucionais voltados à Administração Pública.

Corolário desse modelo estatal, o princípio da participação – intrinsecamente ligado ao princípio da publicidade – é um estratagema valioso à edificação democrática e substancialmente legítima da Administração Pública²⁴⁷. Disso, impõe-se ao agente público a observação aos limites pela Constituição da República, no tocante às políticas públicas de saúde, por conseguinte, resultará numa limitação por parte dos cidadãos do nascedouro, isto é,

²⁴⁴ MENDES, Gilmar. **Discurso de encerramento da Audiência Pública n.º 4**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Encerramento_da_Aud_Pub_Min_GM.pdf> Acesso: 10.11.09.

²⁴⁵ Do Supremo Tribunal Federal, entre outros, Agravos Regimentais nas Suspensões Liminares n.ºs 47 e 64, os Agravos Regimentais nas Suspensões de Tutela Antecipada n.ºs 36, 185, 211 e 278. E os Agravos Regimentais nas Suspensões de Segurança n.ºs 2.361, 2.944, 3.345 e 3.355. O próprio Ministro Gilmar Mendes relata acerca desses processos, na fala de encerramento.

²⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *op. cit.*, 1999, p. 28.

²⁴⁷ FREITAS, Juarez, *op. cit.*, 2009, p. 46. Trata de tal princípio como consequência do direito fundamental à boa administração.

das escolhas públicas. É a administração controlada socialmente, baseada no crescimento da participação social e visando à efetividade dos direitos sociais. Dessa forma, para ultrapassar a acepção meramente formal da democracia é imprescindível fortalecer a fiscalização participativa da gestão pública²⁴⁸.

Além disso, como se poderá observar adiante, em tópico específico, o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, também, ganharam espaço forte como limitadores à atuação do agente público. Por vezes, a concreção de tais princípios, apresentam-se, em verdade, mas útil ao Poder Judiciário na revisão, principalmente, de questões voltadas à aplicação de recursos em políticas públicas. Entretanto, deve servir, igualmente, como uma limitação ao agente público, por meio da reconstituição de sentido na formulação das políticas públicas, com o fim de evitar um total desarrazoamento de suas decisões. Para tanto, ao agente público caberá fazer escolhas que sejam motivadas por critérios de experiência (da Administração Pública), para não se perder o sentido dado à política pública de saúde, respeitando os parâmetros constitucionais.

Portanto, o estudo desse necessário despontar dos princípios no Direito Administrativo, em tempos de pós-positivismo, leva à conclusão de que o desenvolvimento de políticas públicas supõe a efetividade de diversos objetivos traçados pela Constituição para a realização de direitos fundamentais. Para essa concreção de metas, diretrizes e objetivos, os princípios da Administração Pública (princípios constitucionais) são fundamentais e possuem caráter vinculante ao agente público. Servem como instrumento de garantia ao cidadão da gradual implementação de políticas públicas de saúde, por exemplo, constitucionalmente adequadas. Acresça-se ainda que, servirão como balizadores para a verificação de uma boa administração e da adequação da política pública de saúde, pelo Poder Judiciário. Também, no andamento das políticas públicas, a aplicação de proporcionalidade e razoabilidade serão fulcrais como travejamento da escolha pública do administrador.

²⁴⁸ *Idem*, p. 47. LEAL, Rogério Gesta, *op. cit.*, 2007, p. 97.

2.1.2. O juiz e o Estado Democrático de Direito: um ator da transformação social, em favor do controle judicial das políticas públicas de saúde, em nome da coletividade.

Por um lado, a aparição, dos princípios constitucionais, baliza, em tempos de *pós-tudo*, pós-positivismo e neoconstitucionalismo²⁴⁹, a atividade hermenêutica do Administrador Público, auxiliando a reescrever os cânones do Direito Administrativo. Por outro, maior papel (ou de mesma importância) é a presença dos princípios constitucionais para a hermenêutica jurídica. Contudo, é preciso constituir sentido aos princípios, pois não basta eleger um princípio como justificador de uma decisão que defere ou nega determinado tratamento ou medicamento, na esfera judicial, refletindo diretamente na composição das políticas públicas de saúde, é preciso um processo hermenêutico que constituirá o sentido ao princípio, no caso.

Sem dúvida e, como asseverado outrora, a falência do Estado Social transferiu ao Poder Judiciário, com o Estado Democrático de Direito, o papel de transformador da realidade social, ou seja, como protagonista; mas são necessários limites a esse julgador. É preciso constituir sentido aos princípios, sendo a hermenêutica jurídica fundamental a essa atividade.

Contudo, o tratamento dado à hermenêutica implica superação da literatura tradicional em relação ao tema. Ou seja, a proposta aqui esposada é de superação da perspectiva aventada de funcionalismo, utilitarismo e individualismo, por uma atuação conjunta, sustentada em um novo modelo antropológico-cultural²⁵⁰ próprio da modernidade. Funcionalismo, sobretudo sistêmico e tecnológico, o qual parece ser condizente com as sociedades contemporâneas e com as dimensões culturais atuais. Os fracassos humanos oriundos dessa perspectiva totalitária e cientificista, impõe uma forte reprovação a racionalidade de resultados inumanos e pelo vazio que gera à humanidade. Essa razão totalitária deu foros científicos ao Direito e tomou conta da prática judicial.

²⁴⁹ SANCHÍS, Luis Pietro. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003. p. 103.

²⁵⁰ O professor Castanheira Neves questiona se o funcionalismo do direito, sobretudo tecnológico e sistêmico, não estaria mais de acordo com as sociedades contemporâneas e com as dimensões culturais atuais, na sua perspectiva pela ciência e a convocação da perspectiva tecnológica desta. Também, Jean-François Lyotard coloca o saber como algo produzido para ser vendido, deixa de ser para si mesmo seu próprio fim, na pós-modernidade os conhecimentos são postos em circulação segundo as redes da moeda. Os conhecimentos tornam-se créditos com vistas a otimizar as *performances* de um programa. No constitucionalismo, essa leitura atinge diretamente o projeto de constituição dirigente, pensado, agora, sob a ótica de um constitucionalismo moralmente reflexivo. CASTANHEIRA NEVES, António, *op. cit.*, p. 48. LYOTARD, Jean-François, *Op. cit.*, p. 5 e 7. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. Ano 4, n.º 15, abril-junho 1996, pp. 7-17.

Com efeito, ao homem-julgador-hermeneuta propõe-se o auto-questionamento de sua prática, compreendido a partir da assimilação de si próprio, na sua existência histórica, dando sentido e matéria às suas decisões. Tais práticas, são expressadas por Ovídio Baptista²⁵¹, como apenas um repisar do compromisso iluminista, determinante da separação entre direito e fatos, segundo ele, tal distinção é desacertada, frente a quem sempre foi advogado forense, é mais fácil aceitar os pleitos sobre os fatos²⁵². Esse compromisso, ainda, dá sentido a uma prática judicial firmemente individualista, funcionalista e instrumentalista, descontextualizando o intérprete.

É esse novo sentido à prática judicial, que compreende a existência jurídico-comunitária. Prática a implicar fundamento axiológico crítico, transcendendo o homem a um sentido materialmente vinculante em que assuma o projeto responsabilizante de sua própria humanidade²⁵³. A hermenêutica pode ser o caminho do rompimento ao princípio de individuação, promovendo ao intérprete a condição de ator da transformação da realidade social.

Nesse sentido, a hermenêutica jurídica, enquanto modo-de-fazer-direito-cotidianamente, ainda se funda na ideia de que é possível atingir a verdade, a essência da lei, a correta mensagem do legislador, a fiel mensagem do legislador²⁵⁴. Soluções como interpretar o texto na sua literalidade, são encontradas sem dificuldade, nesse modelo. Mesmo depois de reiteradas críticas aduzindo que o método lógico-gramatical é apenas o início do processo interpretativo, ponto de partida do intérprete²⁵⁵. A polêmica da mensagem do legislador, ou doutrina subjetivista e vontade da lei (doutrina objetivista) são sem importância, embora seja possível a nítida distinção das duas correntes. Estão arraigadas no plano das práticas cotidianas dos juristas, presentes em quaisquer textos jurídicos.

Costumeiramente, apresenta-se a interpretação do direito, como atividade de mera compreensão do significado das normas jurídicas. Ao intérprete cabe identificar o sentido da

²⁵¹ SILVA, Ovídio Araújo da, *op. cit.*, 2009, p. 20.

²⁵² *Idem*, p. 19.

²⁵³ CASTANHEIRA NEVES, António, *op. cit.*, p. 49-50.

²⁵⁴ Essa perspectiva de encontrar a mensagem do legislador por meio da interpretação, é lugar comum no ensinar jurídico, quando os professores de posse dos códigos intentam aproximar-se da fiel mensagem do legislador. Mais do que propriamente uma hermenêutica clássica bettiana, parece avizinhar-se de uma hermenêutica bíblica, diz Bleicher “Quaisquer passos, cujo sentido não fosse imediatamente explícito, poderiam ser compreendidos recorrendo aos seguintes processos: interpretação gramatical, referência ao contexto proporcionado pela experiência efectivamente vívida do Cristianismo e, acima de tudo, a consideração de um passo à luz da intenção e da forma do todo”. BLEICHER, Josef, *op. cit.*, p.25.

²⁵⁵ JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 1992. p.242.

norma²⁵⁶. Dito isso, resta a contumaz afirmação que só há necessidade de interpretar, quando o sentido da norma não fosse claro. Essas afirmações, conduzem a dizer que o processo hermenêutico tem um caráter reprodutivo, diferentemente, deveria ter um caráter produtivo. As palavras das leis não são estanques, a sua plurivocidade é marca fundamental. No entanto, há uma crença (ainda) no legislador como portador de verdades apofânticas, por isso a constante luta pelo sentido correto da norma²⁵⁷.

Em obra clássica acerca da hermenêutica jurídica, de autoria de Carlos Maximiliano²⁵⁸, o entendimento da interpretação estava sustentado na possibilidade de encontrar um sentido verdadeiro de uma expressão presente na lei, fixar um sentido de uma norma, descobrindo os valores consagrados pelo legislador. Ou seja, uma hermenêutica que regulamenta a atividade do intérprete, as quais dizem respeito ao objeto quanto ao sujeito da interpretação²⁵⁹.

A despeito disso, a perspectiva é apresentar uma hermenêutica de ruptura com as concepções metafísico-essencialista-ontológicas acerca da interpretação, pensadas a partir da refutação do esquema sujeito-objeto. Esse modo de pensar (sujeito-objeto) sofre influência da hermenêutica de cunho objetivista de Emilio Betti²⁶⁰, buscando resolver a tensão entre a segurança jurídica (positivistas) e o ideal de correção da decisão (Escola do Direito Livre)²⁶¹, propõe fornecer argumentos a favor da possibilidade do compreender como forma metódica e disciplinada da compreensão, sua teoria da interpretação circunscreve-se à relação entre a mente que apreende o objeto.

Reserva a possibilidade de compreender a interpretação das objetivações da mente. Com base nesse arcabouço teórico, doutrina e julgadores brasileiros ainda trabalham na perspectiva de extrair o *sentido exato da norma, o exclusivo conteúdo da lei, o verdadeiro significado* etc. Tal inspiração parte de que é possível desenvolver metodológica e disciplinadamente uma compreensão da interpretação como fruto de um processo, tendo como fundo uma abordagem objetivista.

²⁵⁶ GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, 2006, p. 25.

²⁵⁷ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 26. “[...] improdutivo se revela qualquer critério de subsunção mecânica assim como o dogma da automática vinculatividade das normas jurídicas (princípios ou regras) [...]”

²⁵⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Interpretação do Direito**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965. p. 13.

²⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz, *op. cit.*, 2008, p. 92.

²⁶⁰ BETTI, Emílio. **A interpretação das leis e dos Atos Jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

²⁶¹ PESSOA, Leonel Cesarino. **A Teoria da Interpretação Jurídica de Emílio Betti**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002. p. 25

Tal concepção implica participação do sujeito interpretante, um objeto com formas significativas (características da mente que a criou)²⁶² e a mente de outro sujeito, isso leva à conclusão que a interpretação é um processo reprodutivo, na tentativa de traduzir para sua própria linguagem, objetificações da mente, por meio de realidade análoga a qual gerou um forma significativa²⁶³. Nesse sentido, a interpretação em Betti busca reconstruir o que o autor quis dizer sobre algo. Outrossim, a dogmática jurídica busca na interpretação a realização do sentido atribuído pelo criador. Ao legislador cabe dar sentido, pois seria possível buscar o valor dos criadores da norma, o que justifica dizer que a lei deve expressar a vontade do legislador.

Nesta perspectiva, é preciso salientar que a interpretação não consiste numa atividade do tipo cognoscitivo. Em outras palavras, interpretar, em que pese a teorização bettiana, não é averiguar o significado objetivo dos textos normativos e a intenção subjetiva de seus autores. Tampouco, pode-se afirmar que os textos possuem um sentido próprio, apreensível pelo intérprete. Essas teorizações são próprias do *mito* da certeza do direito²⁶⁴.

Muito embora, o ainda reverberado pela hermenêutica jurídica tradicional seria que a atividade interpretativa teria início sempre que nos deparamos com formas perceptíveis, por meio das quais outra mente, que se objetivou nelas, dirige-se à compreensão. Destarte, o objetivo da interpretação é compreender o significado destas formas descobrir a mensagem que nos querem transmitir. Em suma, a interpretação é uma atividade que tem por objetivo chegar à compreensão²⁶⁵.

Nesse espaço de busca da mensagem do legislador, é que se permitiria a objetificação da interpretação. Essa visão autoriza a acreditar na essência das coisas, como se o julgador fosse capaz de extrair uma a uma a essência das palavras ao interpretar a norma jurídica. Remonta-se à obra *Crátilo*, de Platão, na qual a personagem Crátilo crê que se conhecem os nomes, conhecem-se também as coisas, o que equivale a dizer que, quando se conhece a

²⁶² *Idem*, p. 53. É o caso em que o aplicador deve buscar os interesses que estão por trás da aplicação de uma norma jurídica.

²⁶³ STRECK, Lenio Luiz, *op. cit.*, p. 104.

²⁶⁴ LEITES, Henrique Moreira. **Discricionariedade Administrativa: Uma aproximação hermenêutico-constitucional**. Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS). p. 18.

²⁶⁵ BLEICHER, Josef, *op. cit.*, p. 48.

natureza do nome, conhece-se também a natureza da coisa, visto ser da mesma natureza que esta²⁶⁶.

Para esse paradigma hermenêutico, a linguagem (ainda) é tratada como uma terceira coisa, interpõe-se entre o sujeito e o objeto, contribuição da metafísica platônica-aristotélica e da filosofia que se seguiu a estes. A tarefa da linguagem seria a “expressão adequada da ordem objetiva das coisas”²⁶⁷. Da mesma forma, tanto metafísica clássica quanto metafísica moderna sustentam teses acerca da interpretação jurídica de que é possível desvendar o sentido e o alcance da norma, corporificando a crise da hermenêutica jurídica,

Por isso, a contribuição da hermenêutica permeia a questão de uma re-significação da razão jurídica que, com efeito, passa pela linguagem, mas como possibilidade de direcionar um novo paradigma. Desta forma, será possível a abertura do próprio Direito Administrativo para as questões hermenêuticas, em que o conhecimento não mais é visto como uma mera relação sujeito-objeto. O julgador deve passar a ser como “um sujeito capaz da linguagem”, ultrapassando-se o caráter previamente da razão monológica da Ciência Jurídica, calcada em significações de autoridade.

Qual seria a mensagem do legislador (constituente) em relação ao art. 196 da Constituição de 1988²⁶⁸? Qual princípio pode-se extrair, a partir do citado artigo, para encontrarmos a resposta que justifica a utilização de um argumento econômico para o não fornecimento de medicamento? Busca-se uma reconstrução da vontade do legislador, como se fosse possível, para justificar o descaso com a realização de uma Constituição compromissária.

Entretanto, para superar esse paradigma, é preciso deixar-se permear pela linguagem, porque não há conhecimento que não se dê a partir de uma atitude oracional, portanto não há conhecimento direto. Do choque entre o pensamento metafísico-essencialista e o pensamento antimetafísico surge o chamado *linguistic turn*²⁶⁹, que representa a constituição de uma razão linguística como condição de possibilidade para o rompimento com a filosofia da consciência.

²⁶⁶ PLATÃO. **Crátilo**. Prefácio e notas pelo Padre Dias Palmeira, Lisboa: Livraria Sá da Costa, 1994. p. CI. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1997. p. 19.

²⁶⁷ *Idem*, p.19.

²⁶⁸ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm> acesso: 10.01.2009.

²⁶⁹ Termo cunhado por Richard Rorty. RORTY, Richard. **The Linguistic Turn: Essays in philosophical method**. Chicago: University of Chicago Press, 1992.

É representado em várias frentes, sendo a mais importante a pragmática analítica, capitaneada por Ludwig Wittgenstein, na sua obra *Investigações Filosóficas*²⁷⁰.

Nessa obra, Wittgenstein supera-se²⁷¹, ao criticar a teoria objetivista da linguagem, afirma que somente se teria o mundo, na linguagem. A designação, em Wittgenstein, é uma ligação entre ato espiritual e um som físico. Em oposição à teoria objetivista que entrevia uma isomorfia entre linguagem e realidade, vislumbra-se ser impossível identificar significação sem o contexto sócio-prático²⁷². Com Wittgenstein e, posteriormente, Heidegger surge os críticos mais veementes da filosofia da consciência. Caráter designativo (essência) da linguagem é a “metafísica clássica” (para conhecimento verdadeiro é preciso desvendar a essência das coisas, posteriormente comunicada pela linguagem).

Dentro da concepção ontológica, a linguagem tinha por função exprimir o mundo real, como se houvesse um mundo-em-si. Essa visão de mundo é comum ao Direito, onde signo jurídico revela sua essência, há um significado em si. Busca-se linguagem perfeita e ideal (*Tractatus*). A grande mudança com a filosofia de Wittgenstein foi o abandono do essencialismo e de que não existe um mundo-em-si independente da linguagem, pois só temos o mundo da linguagem, passando a ser tido como uma possibilidade ao conhecimento. As coisas do mundo, portanto, só nos são dadas através da mediação linguística²⁷³.

A linguagem deixa de ser um instrumento de comunicação do conhecimento, pois não há mundo independente da linguagem. Dito de outra forma, a linguagem torna-se condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento. É abandonado o mito da exatidão entre as palavras e o mundo. Finalmente, com o desenvolvimento da filosofia da linguagem ordinária (Austin e Searle), a linguagem passou a tentar ser compreendida a partir de seu contexto sócio-histórico, ou seja, a explicitar o contexto intersubjetivo que gera o sentido.

Portanto, o *linguistic turn* proporcionou a libertação do filosofar das teorias da consciência, superando-se a dicotomia do esquema sujeito-objeto. Na hermenêutica reflete-se com o fim da submissão do intérprete às essências (Betti)²⁷⁴. O intérprete deve passar a ser

²⁷⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Coleção os Pensadores, São Paulo: Nova Cultural, 2000.

²⁷¹ Supera o primeiro Wittgenstein, da obra *Tractatus Logico-philosophicus*, de 1921, que defende a tese de que o mundo é a totalidade dos fatos, não das coisas. A linguagem figura o mundo sobre o qual ela fala e a respeito do qual nos informa, tem função designativo-instrumentalista-comunicativa. Em suma, há um ajuste entre as palavras e as coisas. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de, *op. cit.*, p. 96.

²⁷² Daí a própria noção de “jogos de linguagem” para salientar que o falar da língua é uma parte de uma atividade ou de uma forma de vida. WITTGENSTEIN, Ludwig, *op. cit.*, p. 35.

²⁷³ OHLWEILER, Leonel, *op. cit.*, p. 85.

²⁷⁴ “Aplicar não é ajustar uma generalidade já dada antecipadamente para desembaraçar em seguida os fios de uma situação particular. Diante de um texto, por exemplo, o intérprete não procura aplicar um critério geral a um

visto como “um sujeito capaz da linguagem”. Dessa forma, recusa-se a concepção metafísica do direito, não havendo mais um significante primeiro... Passa-se a relação sujeito-sujeito, com o fim do arbítrio do sujeito, fim da descrição (atividade subjetiva) do jurista tradicional – inserido no paradigma epistemológico da filosofia da consciência.

Para tanto, é preciso ter que a pergunta pelo sentido do texto jurídico é uma pergunta pelo modo como esse sentido se dá, qual seja, pelo intérprete que compreende esse sentido. Daí a afirmação que a hermenêutica é existência, é vida²⁷⁵. A hermenêutica torna o fenômeno constitucional visível, a Constituição vincula (não metafisicamente), passa a ser o *topos* hermenêutico que conformará a interpretação do restante do sistema jurídico. A condição de Estado Democrático de Direito (regulação social e resgate de promessas da modernidade) deverá ser levada em consideração pelo intérprete.

O positivismo não superara a metafísica clássica (regra designa várias coisas individuais) e, tampouco, metafísica moderna (ultrapassar literalidade do texto). Só se pode distinguir a regra do princípio em um plano apofântico.

O conteúdo da Constituição emana das diversas intersubjetividades, constituídas e constituintes das diferentes situações hermenêuticas em que se inserem os intérpretes. A norma revela-se com a atribuição de sentido ao texto. Desta forma, o processo intelectual de interpretação opera a inserção do texto na vida. A norma é o texto aplicado, concretizado²⁷⁶. Essa resposta propiciada pela hermenêutica deverá, a toda evidência, estar justificada (a fundamentação exigida pela Constituição implica a obrigação de justificar) no plano da argumentação racional, o que demonstra que, se a hermenêutica não pode ser confundida com teoria da argumentação, não prescinde, entretanto, de uma argumentação adequada (vetor de racionalidade de segundo nível, que funciona no nível lógico-apofântico). Mais do que fundamentar uma decisão, é necessário justificar (explicitar) o que foi fundamentado.

Importa justificar a decisão. A resposta constitucionalmente adequada²⁷⁷ pressupõe uma sustentação argumentativa, trabalhando com uma justificação do mundo prático. Para

caso particular: ele se interessa, ao contrário, pelo significado fundamentalmente original do escrito de que se ocupa.” GADAMER, Hans-Georg, *op. cit.*, 2006, p. 57.

²⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz, *op. cit.*, 2008, p. 311.

²⁷⁶ GRAU, Eros. **Ensaio sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 84.

²⁷⁷ “Uma interpretação é correta quando desaparece, ou seja, quando fica ‘objetivada’ através dos ‘existenciais positivos’, em que não mais nos perguntamos sobre como compreendemos algo ou por que interpretamos dessa maneira e não de outra: simplesmente, o sentido se deu (manifestou-se), do mesmo modo como nos movemos no mundo através de ‘nossos acertos cotidianos’, conformados pelo nosso modo prático de ser no mundo. [...] A resposta correta à luz da hermenêutica (filosófica) será a ‘resposta hermeneuticamente correta’ para aquele caso, que exsurge na síntese da *applicatio*.” STRECK, Lenio Luiz. **Decisionismo e discricionariedade em tempos pós-positivistas: o solipsismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da Constituição no Brasil**. In:

isso, é preciso compreender²⁷⁸, que é algo existencial. A compreensão do ser é uma determinação do ser no mundo. Nesse sentido, o direito é ato (não é algo que permaneça inalterado), não é um objeto que possa ser conhecido, independentemente do sujeito. O texto constitucional está ancorado na história e na cultura, sendo a linguagem, a condição de possibilidade para apreender o sentido do texto. Por outro lado, o momento inicial da hermenêutica é a pré-compreensão, há um projetar do texto (aparecendo um primeiro sentido), que é relacionado a determinadas expectativas correlacionadas a algum sentido determinado²⁷⁹.

O filósofo Hans-Georg Gadamer ao tratar das pré-compreensões dos textos, admite que a tarefa hermenêutica seja feita com base nas pré-compreensões do hermeneuta. Ela é o conjunto de expectativas e preconceitos que o intérprete possui a respeito de determinado tema. Segundo Gadamer, não se pode olvidar da regra hermenêutica de compreender o todo desde o individual e o individual desde o todo²⁸⁰. Naturalmente, o processo de construção do sentido está dirigido por uma expectativa de sentido do contexto que o precedia, todavia, a expectativa corrige-se se o texto o exige²⁸¹.

Aquele que compreende está sujeito a erro de opiniões prévias que não se comprovam nas coisas em si mesmas. Desta forma, a compreensão intenta, explicando de forma breve, a elaboração de projetos corretos e adequados às coisas. A compreensão só alcança suas possibilidades quando as opiniões prévias (pré-conceitos) não são arbitrarias²⁸². Entretanto, isso não significa que intérprete deverá abandonar todas as suas opiniões prévias em relação ao texto²⁸³, mas deve estar disposto a deixar-se dizer algo do texto. Importa que o intérprete assumira suas próprias antecipações de sentido, para que o texto coloque-se em confronto a sua

NUNES, José Antonio Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Direito e o Futuro – O Futuro do Direito**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 106.

²⁷⁸ “A *compreensão* escapa ao âmbito da ciência. A *compreensão* respeita ao *ser no mundo (Dasein)*. E o *ser no mundo* é um ente que não se limita a colocar-se entre os outros entes; é, ao contrário, um ente que se caracteriza onticamente pelo privilégio de, em seu ser – isto é, *sendo* -, estar em jogo seu próprio ser.” GRAU, Eros, *op. cit.*, p. 110-111.

²⁷⁹ *Idem*, p.113. Também, STRECK, Lenio Luiz, *op. cit.* In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. **Teoria do Direito Neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2008. p. 310.

²⁸⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y Método**. V. I, Salamanca: Sígueme, 2005. p. 360.

²⁸¹ *Idem*, p. 361.

²⁸² Caso contrário, é o que Heidegger chama de compreensão inautêntica. Isto é, na interpretação, a compreensão tornou-se algo de diferente. BLEICHER, *op. cit.*, p. 142.

²⁸³ GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, p. 114.

objetividade com as próprias opiniões prévias²⁸⁴. A esse movimento circular (Gadamer) é dado o nome de *círculo hermenêutico*.

Ao intérprete cabe travar um diálogo com o texto e, quando ele projeta sua compreensão, abrindo-se para o texto, não intenta reconstruir a vontade do legislador. De outra forma, permite ao texto *ter voz*, autorizando a afirmação dele (texto) diante da situação na qual se projeta a interpretação²⁸⁵.

Então, cabe ao julgador, justificar a fundamentação da sua decisão, ou seja, fundamentar a fundamentação. Assim, será possível alcançar a resposta correta (que não é a resposta definitiva). Guiando-se pela integridade e coerência do direito, suspendendo-se os pré-juízos advindos da tradição, aproxima-se da resposta adequada à Constituição. Compreender não ocorre por dedução, o novo paradigma constitucional é comprometido com a ruptura do paradigma da filosofia, superando as respostas de cunho individualista, como as da análise econômica do direito ou baseadas tão-somente em fatores econômicos ou livre do arbítrio judicial.

O juiz (ainda) se encontra preso a essa tradição²⁸⁶ objetificante da atividade hermenêutica. Ao deferir quaisquer demandas, sem uma constituição de sentido à aplicação de determinado princípio, o juiz torna-se mero reproduzidor da tradição liberal-individualista. De tal sorte, o Direito Administrativo foi conduzido a um viés excessivamente formalista, sob a necessidade de haver um controle racional do exercício do poder, caindo no pensamento metafísico²⁸⁷.

É preciso um distanciamento temporal do hermeneuta, com a finalidade de filtrar as pré-compreensões. Ressalve-se que a tradição exerce papel positivo – em que pese os preconceitos comprometerem o verdadeiro reconhecimento – pois sem compreensão prévia de si (preconceito) e sem disposição para autocrítica (autocompreensão), a compreensão histórica não seria possível. Por meio dos outros, adquire-se um conhecimento verdadeiro de nós mesmos²⁸⁸. Somente esse distanciamento poderá fornecer critérios seguros. É o que Gadamer chama de história efetual, ou seja, fazer-se consciente de uma situação, incluir sua própria historicidade. “O verdadeiro objeto histórico não é um objeto, senão que a unidade de um e de

²⁸⁴ GADAMER, Hans-Georg, *op. cit.*, p. 363. GADAMER, Hans-Georg, *op. cit.*, 2006, p. 58. Sobre a imbricação sujeito-objeto e a revolta paradigmática (círculo hermenêutico): FREITAS, Juarez, *op. cit.*, 2004, p. 67.

²⁸⁵ GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, p. 111.

²⁸⁶ “Comunidade de prejuízos fundamentais e sustentadores”. GADAMER, Hans-Georg, *op. cit.*, p. 365.

²⁸⁷ Na leitura Heideggeriana a metafísica constitui-se no pensamento que não soube manter-se na transcendência constitutiva do *Dasein*. VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Lisboa: Edições 70, 1989. p. 63.

²⁸⁸ GADAMER, Hans-Georg, *op. cit.*, 2006, p.13.

outro, uma relação em que a realidade da história persiste igual que a realidade do compreender histórico”²⁸⁹.

Esse novo paradigma hermenêutico conduzirá os julgadores para que não abandonem as promessas da modernidade (razão social) e seu legado, em função de uma razão de mercado (razão individualista), para que não se olvide de toda a dívida social e o simulacro de Estado Social no Brasil²⁹⁰. Em outras palavras, a resposta hermenêutica, em tempos de pós-positivismo, representa a resposta de um intérprete historicizado, o qual não pode abandonar, no fechamento de seus horizontes, as conquistas da Constituição. O intérprete reproduzidor não consegue vislumbrar a real possibilidade de rompimento com a imagem totalizada do processo hermenêutico.

No chamado Estado Social cumpre à hermenêutica jurídica, ao intérprete, ao Poder Judiciário, um espaço de controle da execução das políticas públicas de fornecimento de medicamentos, tendo como horizonte hermenêutico as promessas da Constituição Federal de 1988. No Estado de Direito, de cunho liberal, havia uma preocupação estrita em garantir a liberdade dos cidadãos, sendo que a hermenêutica tinha uma *orientação de bloqueio*, fulcrada na legalidade.

No entanto, há de ser considerada a passagem para o Estado Social, havendo necessidade de serem criadas novas categorias cognitivas por parte do intérprete, caminhando-se para a chamada hermenêutica de *legitimação das aspirações sociais*, conforme já referido anteriormente. O controle jurisdicional está a exigir a sua inserção crescente no campo do Direito Constitucional em que “*as combinações entre o interesse público e o interesse privado, entre os direitos individuais, coletivos e difusos, entre as regras e aplicabilidade imediata, restrita e dependente e uma infinidade de outras situações inéditas, irão consolidar a nova imagem do juiz: o sujeito ativo do processo político*”.²⁹¹

Destarte, não causa espanto a ineficácia de diversas normas da Constituição Federal de 1988. Não cabendo à prática judiciária sonegar a aplicação de direitos individuais, coletivos e sociais. Portanto, indubitável que a hermenêutica deve ser um instrumento de transformação social. A Constituição passa a ser vislumbrada como um texto necessitado de interpretação e impregnado de direitos não concretizados. O juiz, dentro desta concepção, assume-se como

²⁸⁹ GADAMER, Hans-Georg, *op. cit.*, p. 370. Sobre o compreender histórico e o hermeneuta, na perspectiva *gadameriana*: COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 42.

²⁹⁰ BUARQUE, Cristovam, *op. cit.*

²⁹¹ OHLWEILER, Leonel. **Direito Administrativo em perspectiva: os termos indeterminados à luz da hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 122-123.

agente criador, pois a linguagem é ação, e a estruturação hermenêutica das sentenças ocorre pelo desvelamento das possibilidades significativas das normas jurídicas, orientadas por *standards* democráticos.

A Administração Pública deve fundar-se para instituir um Estado Democrático de Direito, o que reflete diretamente no controle judicial de políticas públicas, não havendo ato administrativo sem ponderação, dentro do jogo democrático, o qual é condição de possibilidade para assegurar a efetivação de direitos sociais²⁹². No cumprimento de seu papel hermenêutico, o intérprete deve evitar adotar concepções objetificadoras acerca do controle das políticas públicas de saúde e à aplicação dos princípios constitucionais, tanto para o deferimento quanto ao indeferimento de demandas.

Contrariar tal visão seria opor-se ao processo de constitucionalização da Administração Pública, visitado anteriormente. Além disso, a Constituição de 1988 revigora as possibilidades de um Direito Administrativo, compreendido a partir de normas constitucionais. Portanto, reafirma a tese sobre a importância do controle jurisdicional de políticas públicas, como forma de assegurar aos cidadãos, direitos individuais e sociais, além de diversas garantias fundamentais.

Como se pode observar, há uma especial atenção na Constituição de 1988 à conformação constitucional da Administração Pública, estabelecendo e positivando princípios a serem obedecidos pela Administração Pública Direta e Indireta. É a Administração e, por via oblíqua, quando da omissão do agente público, o Poder Judiciário que deve intervir configurando a realização de políticas públicas nas mais diversas áreas. Contudo, essa materialização coloca à prova o papel hermenêutico do julgador, necessitando a superação de um paradigma hermenêutico calcado em diretrizes liberal-individualistas. Somente um Poder Judiciário comprometido com o olhar constitucional às práticas administrativas, em termos de políticas públicas, será possível avançar na questão da constitucionalização²⁹³.

Dessa forma, o fenômeno da constitucionalização exige dos juízes a condição de verdadeiros garantidores da sujeição aos princípios constitucionais e à ordem constitucional como um todo, por parte dos poderes públicos administrativos, conduzindo-os a uma verdadeira capacitação constitucional. Dito de outra forma, é a *função pedagógica* do controle jurisdicional das políticas públicas de saúde, porque recoloca, ou melhor, deve recolocar as

²⁹² OHLWEILER, Leonel. A ontologização do direito administrativo: o exemplo da dignidade humana como elemento hermenêutico. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, vol. 1, p. 145-174, n. 5. p. 169.

²⁹³ OHLWEILER, Leonel. Constitucionalismo democrático e direito administrativo: frustrações e perspectivas. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, vol. 1, p. 314-336, n. 6. p. 325.

práticas administrativas de acordo com o quadro constitucional. Para isso, entretanto, cabe ao Poder Judiciário uma nova postura ao exercer o controle, além da própria concepção da separação dos poderes, deverá suspender alguns de seus pré-juízos em função da concreção de princípios constitucionais.

Destarte, prima-se pela força vinculante da Constituição da República. Não se pode olvidar o papel transformador da Constituição, no Direito Administrativo e, portanto, no controle judicial de políticas públicas, assim, instigou à recusa de concepções tradicionais, permitindo o reconhecimento de novos institutos. A jurisprudência assume, como no caso das políticas públicas de saúde, papel dirigente. Neste contexto, segundo Hartmut Maurer, as normas constitucionais são impulsos jurídico-constitucionais fundamentais, valendo para o Poder Estatal, em todas suas manifestações e em todas suas apresentações²⁹⁴.

Na postura tradicional dos intérpretes, a hermenêutica tornar-se-á um mero instrumento para um Estado que, por sua vez, é apenas um gerente dos vícios sociais, autorizando importações teóricas descontextualizadas, ou melhor, incompatíveis com o horizonte de sentido brasileiro. Como Canotilho, ao tratar de um Estado responsável por controlar e fiar as prestações de serviços de interesse geral por entidades privadas. Esse chamado “Estado-garantidor”²⁹⁵ tem alma de “Estado Social” e corpo de empresa, diminuindo a intervenção estatal.

Tal formatação de Estado seria capaz de garantir a sociabilidade a favor dos utentes e garante o equilíbrio econômico das empresas. Dessa feita, formula-se um Estado, completamente, adaptado (articulado) à liberalização da economia²⁹⁶. Por consequência, o Estado para custear a despesa social, ou a sustentabilidade do modelo social, endivida-se, desafiando a sua manutenção (crise fiscal)²⁹⁷. Entretanto, em países periféricos, como dito

²⁹⁴ MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. São Paulo: Manole, 2006. p. 21-22.

²⁹⁵ Esse formado de Estado é formulado pelo Prof. Joaquim José Gomes Canotilho, baseado na realidade europeia de realização de Estado Social (fruto de lutas e movimentos sociais) que, agora, ganha nova roupagem com a sedimentação da União Europeia, mais liberalizado e menos centralizado. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **O Estado Garantidor. Claros e Escuros de um Conceito**. In: AVELÃS NUNES, António José; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coords.). **O direito e o futuro – o futuro e o direito**. Coimbra: Almedina, 2008. pp. 571-576. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. a. 19, n. 67, 2008, p. 15-68.

²⁹⁶ Questão atual e intrínseca é até que ponto se pode afirmar esse paradigma, com a atual crise do mercado, a qual exige uma intensa intervenção estatal, principalmente, no tocante à sustentabilidade das instituições financeiras. O “Estado- empresa” é colocado em xeque, mesmo em se tratando de países centrais (desenvolvidos).

²⁹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da

anteriormente, a situação é mais delicada, por atingir um modelo de Estado que não foi realizado (Estado Social).

O reflexo da tentativa de cunhar um novo sentido ao Estado, mais liberalizado, apenas empresa, tem reflexos diretos no controle judicial de políticas públicas. A negação de direitos sociais, com base em argumentos econômicos passa a ser pauta interpretativa. A metodologia mais segura à garantia dos direitos passa a ser a de recortar o núcleo duro da subjetivação dos direitos sociais. O juiz deverá observar os padrões técnicos e humanos definidos em códigos de boas práticas, a introduzir em seus procedimentos metódicos de concretização, os esquemas reguladores e de direção de outros campos do saber (economia, por exemplo). Estabelecem-se novos níveis de concretização de direitos, uma tentativa de justificar a própria ineficácia da Constituição da República. Surgem dimensões e limites jurídico-funcionais ao julgador.

Entretanto, em um país com um problema gravíssimo de distribuição de renda, não se pode ficar ao alvedrio da existência de *caixas recheadas de dinheiro*, por parte do Estado, para que se efetive o direito social à saúde. Se essa for a condicionante à realização dos direitos presentes na Constituição, a eficácia dela será reduzida a zero²⁹⁸.

Nessa perspectiva, a Constituição assume a função de integração da comunidade (sujeito-sujeito) na formação da consciência política. O texto constitucional não deve (pode) ser esquecido pelo julgador, a linguagem será condição de possibilidade à transformação social. Dentro dessa perspectiva, o direito é transformador, pois os textos constitucionais possibilitam o resgate das chamadas “promessas da modernidade”, o Poder Judiciário deve ser um espaço de garantia da realização, de políticas públicas de saúde.

Para tanto, a hermenêutica jurídica, configurada nesse plexo linguístico, com vetusta influência da hermenêutica filosófica, permite ao intérprete, dentro do horizonte de sentido constitucional, buscar a resposta hermenêuticamente adequada. Tal, não significa uma abertura ao relativismo, pois não há uma abertura desligada dos questionamentos. Assim, a questão da aplicação dos princípios constitucionais, não implica total permissividade ao intérprete sobrepor seus preconceitos²⁹⁹. Toda a possibilidade voluntarista ou decisionista do Poder Judiciário é combatida, nessa perspectiva.

“constituição social”). **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. a. 19, n. 67, 2008, p. 15-68. p. 26. ROSANVALLON, Pierre, *op. cit.*, p. 7- 8. MORAIS, José Luiz Bolzan de, *op. cit.*, p. 43.

²⁹⁸ Crítica à importação da *reserva do possível* pelos julgadores brasileiros. KRELL, Andreas Joachim, *op. cit.*, p. 54.

²⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz, *op. cit.*, 2007, p. 165. Quanto à crítica ao ativismo judicial, a Nova Crítica do Direito: STRECK, Lenio Luiz, *op. cit.*, 2007, p. 169.

Ainda, acerca da resposta constitucionalmente adequada³⁰⁰, parece (ainda) salutar e inevitável a discricionariedade judicial. Entretanto, o exercício dessa discricionariedade não pode ser confundido, na perspectiva do trabalho, com arbitrariedade³⁰¹. Os princípios constitucionais como orientação à decisão do julgador servirão como abertura, desde que dentro do horizonte da Constituição³⁰².

Em relação à resposta correta importante contribuição a de Dworkin³⁰³, para ele – em resposta às objeções aos críticos – diz que não há uma resposta, mas respostas³⁰⁴, os juízes frequentemente *errarão*, de modo que não se justifica apresentar uma resposta correta. Cabe ao juiz, sim, procurar decisões qualitativamente melhores, calcadas em nexos argumentativos os quais sejam adequados à materialidade da Constituição³⁰⁵. Isso leva a crer que, em termos controle de políticas públicas, o juiz ao responder as demandas tem um elenco possível de decisões corretas³⁰⁶.

Além disso, consciência histórica e *aplicatio* são fulcrais para a compreensão dessa perspectiva hermenêutica. Segundo a primeira, qualquer atividade jurisdicional deve ter em conta que concretizar a Constituição exige a capacidade de adquirir a consciência da nossa determinação histórica, isto é, do estar em determinada comunidade, marcada pelo caráter histórico-cultural. Do outro lado, a aplicação hermenêutica funda-se no saber da singularidade, coloca em primeiro plano um *ethos* de que compreender é autocompreensão³⁰⁷. Nessa linha, a hermenêutica não é instrumento para desvelar os limites ao controle de políticas públicas, mas processo de aprendizagem, capaz de permitir ao juiz o sentir da comunidade, em face da visão meramente individualista.

De tal sorte que a Constituição deve ser vista – pelo Poder Judiciário – como o resultado de um modo de ser histórico, social e político de uma dada comunidade, capaz de

³⁰⁰ STRECK, Lenio Luiz, *op. cit.*, 2007, p. 365.

³⁰¹ Sobre a confusão entre discricionariedade e arbitrariedade: FREITAS, Juarez, *op. cit.*, p. 40.

³⁰² Ovídio Baptista faz interessante crítica, fundado em Kaufmann, alega que a pretensão da redução da discricionariedade a zero seria um retorno ao iluminismo (razão). Ou seja, um retorno à metafísica moderna. SILVA, Ovídio Araujo Baptista da, *op. cit.*, p. 21.

³⁰³ Referência importante, mas sem perder de vista o seu viés liberal (individualista), colocando os direitos individuais (a realização) acima dos objetivos sociais, mesmo que seu pensamento represente um liberalismo progressista. Tais considerações são encontradas na apresentação do livro de Dworkin, na versão espanhola, Levando os direitos a sério; todavia, servem a todas as obras referidas na pesquisa. DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, 1995, p. 7 e p. 22.

³⁰⁴ DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, 1995, p. 396.

³⁰⁵ DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, 1995, p. 397-398. DWORKIN, Ronald, *op. cit.*, 2005, p. 211.

³⁰⁶ GRAU, Eros Roberto, *op. cit.*, 2006, p. 120. FREITAS, Juarez, *op. cit.*, 2004, p. 70.

³⁰⁷ OHLWEILER, Leonel. Administração Pública e filosofia política contemporânea: algumas projeções do constitucionalismo comunitário. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, vol. 1, p. 263-286, n. 4. p. 275-276.

refletir aquilo que foi eleito como bem comum, incumbindo às instituições a responsabilidade pelo *existir do texto constitucional*. Deixa-se de refletir a proposta liberal-individualista, mencionada e levanta-se o pertencimento à comunidade de intérpretes da Constituição³⁰⁸.

O juiz, como ator da transformação social, não pode continuar além da história, a reproduzir preconceitos sem nenhuma adequação hermenêutica. Seguir nessa senda de buscar a justificação de uma decisão, com base em ementas ou princípios, sem sua adequada fundamentação, dá ensejo a um Estado de exceção hermenêutico. Em outras palavras, dá poderes ao intérprete de decidir da forma que melhor lhe aprouver. Não pode haver abertura ao arbítrio estatal, a formulação de política pública é uma formulação de política comprometida com o horizonte de sentido constitucional Constituição.

No horizonte de sentido das indicações valorativas da Constituição, o caráter prático do processo de compreensão merece destaque, tendo em vista que o texto constitucional abarca uma diversidade de possibilidades à realização de uma sociedade democrática, exigindo do aplicador uma postura que volte essas novas concepções às releituras doutrinárias do Direito Administrativo, reexaminando postulados clássicos.

Portanto, o novo paradigma de hermenêutica está posto, adequado às necessidades de uma Constituição (ainda) dirigente como a Constituição da República Federativa do Brasil, hermenêutica que refuta o esquema sujeito-objeto, em prol da intersubjetividade, oriunda de um giro na filosofia. Com base nessa composição, é possível eliminar discursos predadores como da hermenêutica tradicional, que deferem quaisquer demandas, sem uma fundamentação apurada, apenas remetam a um princípio, sem ao menos dar sentido; do controle judicial de políticas públicas de saúde, como o fornecimento gratuito de medicamentos e de tratamentos pelo Poder Público.

³⁰⁸ *Idem*, p. 279.

2.2. A superação do senso comum teórico e a (re)significação do controle judicial das políticas públicas de saúde.

Nesta etapa da pesquisa, pretende-se romper com alguns modelos estabelecidos acerca do controle de políticas públicas e, com base nisso, buscar-se-á uma nova significação ao controle de políticas públicas, consoante as necessidades da Constituição e, por conseguinte, adequado ao Estado Democrático de Direito. No entanto, será necessário apresentar o modelo estabelecido do controle e os caminhos possíveis a partir de uma releitura constitucionalizada do Direito Administrativo, apresentando o modelo de Administração Pública dirigente, fundamental para a realização de políticas públicas de saúde. De outra parte, cabe verificar se há e até que ponto há uma inserção dos novos moldes da Administração Pública – visando o direito social à saúde – no controle judicial de políticas públicas.

Com efeito, é preciso examinar a abertura do Supremo Tribunal Federal, nos últimos dois anos, a critérios constitucionalmente adequados, observando que espécie de medidas são adotadas e, com base em tais medidas, quais critérios poderiam ser observados. Diante desse panorama, não se pode descuidar dos reflexos e da contribuição dada pela Audiência Pública n.º 4, realizada em 2009, pelo Supremo Tribunal Federal, versando acerca do direito à saúde, o que de certa forma conduziu os trabalhos da Audiência a circundarem questões vinculadas aos limites do controle judicial (por meio de contribuições de especialistas que, adiante, serão colacionadas). Essa Audiência foi uma oportunidade ímpar de manifestação da comunidade. Embora sucedida em 2009, quando a presente pesquisa estava em fase de elaboração, a análise das intervenções dos especialistas e de suas consequências no Supremo Tribunal Federal, são essenciais para a elaboração dos limites constitucionalmente adequados ao controle.

Não se pode olvidar, a crítica ao poder discricionário da Administração Pública, em termos de políticas públicas, bem como, sua eventual restrição, com base numa perspectiva interventora da administração. Isso porque, ainda, insiste-se que no tocante ao exercício da discricionariedade administrativa, é vedado o controle judicial do mérito (oportunidade e conveniência) da escolha realizada pelo agente público, limitando-se aos aspectos formais do ato administrativo. Algo que se afeiçoa desarrazoado em face da proteção dos direitos fundamentais e da necessidade da intervenção do Judiciário, quando houver omissão por parte da administração ou no caso de exorbitância no exercício do poder discricionário. Também,

com grande influência, em se tratando de políticas públicas de saúde, em face de sua relevância, como um processo, que efetiva o direito social à saúde, sendo urgente repensar de tais limitações ao controle judicial.

Por fim, o estudo de decisões do Supremo Tribunal Federal e da Audiência Pública n.º4 revelará que, no caso da política pública de fornecimento de medicamentos, quando é feito o controle de políticas públicas de saúde, é preconizado na sua forma individualizada, isto é, protege o direito à saúde de apenas um cidadão e não da coletividade. Há uma exacerbada atenção às demandas individuais e um sistemático desprezo às demandas coletivas, foro privilegiado para o debate das necessidades de determinada comunidade, nas políticas públicas de saúde. O caso da saúde é acentuado, devido a sua importância para uma determinada comunidade, porque se não houver adequado equacionamento de uma política pública de saúde – tanto do ponto de vista financeiro quanto do ponto de vista social – poderá comprometer a saúde de toda a comunidade violando, destarte, o direito social à saúde.

Esses parâmetros ao debate são representados, como consequência própria do que se pode chamar modelo *standarizado* de políticas públicas de saúde, vociferado pelo chamado *senso comum teórico*³⁰⁹, ou seja, uma formação do ponto de vista teórico, que repete discursos consagrados (canonizados), no campo simbólico da academia, sem uma reflexão mais apurada voltada a uma re-significação que possibilite a construção de um controle judicial adequado, dentro de parâmetros que não o enalteçam demasiadamente individual e possibilite, por outro lado, a elaboração de uma política pública de fornecimento de medicamentos voltada à coletividade, otimizando os escassos recursos disponibilizados pela Administração Pública. É o próprio desiderato de uma Administração dirigente, como se propõe a Constituição Federal de 1988, que o controle judicial de políticas públicas de saúde não se traduza em demandas individuais, visando o acesso a medicamentos (tratamentos) que não constem em listas fornecidas pelo Sistema Único de Saúde. Deve-se atentar à possibilidade de controle que estabeleça a efetivação de políticas públicas para a coletividade.

³⁰⁹ WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**. V. I, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. p.14.

2.2.1. Contra a totemização do Direito Administrativo: a superação e a reafirmação do poder discricionário (juridicamente vinculado) nas políticas públicas. A relação entre Administração Pública dirigente e discricionariedade.

Quando uma sociedade organizada cultua um objeto (animal ou vegetal) como se fosse um Deus, estamos diante do totemismo. Segundo Freud³¹⁰, o totem seria um antepassado comum do clã, da mesma forma, que um espírito guardião do clã, que envia oráculos e é perigoso aos outros. Como forma de compensar, os integrantes do clã estão na obrigação sagrada (sujeita a sanções automáticas) de não matar nem destruir seu totem e evitar comer sua carne (ou tirar proveito dele de outras maneiras). De tempos em tempos, há a celebração do totem por parte expressiva do clã, utilizando-se de rituais que imitem os movimentos e os atributos de seu totem, em danças cerimoniais. O caráter totêmico é inerente, não apenas a algum animal ou entidade individual, mas a todos os indivíduos de uma determinada classe, de determinada organização social³¹¹.

A ideia é da perpetuação no tempo do totem, sem rompimento com ele pelo clã. Metaforicamente, o Direito Administrativo ganhou ares de totemizado, pois há uma adoração aos limites tradicionais, tanto do ponto de vista doutrinário quanto jurisprudencial, no tocante ao controle judicial da Administração Pública e, de tal sorte, das políticas públicas que devem seguir sendo adoradas. Em que pese aquele argumento justificador encontre-se ancorado em Direito Administrativo de tradição não interventora, em um período pós-revolucionário no qual a Administração tentou manter, em parte, a estrutura do *ancien regimen*³¹², contudo, não se está mais a falar de não intervenção do Poder Judiciário. Em tempos de Estado Democrático de Direito³¹³, é da dinâmica estatal, essa intervenção como afirmação da legitimidade do Poder Judiciário. A Administração Pública não é mais aquela que não deveria intervir, agora intervém e democraticamente, noções como serviços públicos e constitucionalização do Direito Administrativo são fortemente reforçadas e deveriam dar novos tons jurisprudenciais e doutrinários.

³¹⁰ FREUD, Sigmund. **Totem y Tabú**. V. VIII, Buenos Aires: Santiago Rueda, 1953. p. 9-10.

³¹¹ *Idem*, p. 11.

³¹² ENTERRÍA, Eduardo García de. **Democracia, Jueces y Control de La Administracion**. Madrid: Civitas, 1997. p. 35.

³¹³ MORAIS, José Luis. *Crise do Estado, Constituição e Democracia Política: a "realização" da ordem constitucional em "países periféricos"*. In: STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paula; CULLETON, Alfredo Santiago. **20 anos de Constituição: os Direitos Humanos entre a norma e a política**. São Leopoldo: Oikos, 2009. p. 78.

O Estado Liberal tratava, exclusivamente, de garantir desenvolvimento social e econômico, com o mínimo de interferência, contudo não surge sem pressupostos, é um ímpeto de transformação social e teórica, objetivando a limitação do Poder Estatal. O esboço desse primeiro momento de limitação constitucional ao Estado surge com a Revolução Francesa. A compreensão deste período de limitações aos diferentes Poderes é fundamental à constituição de sentido do controle judicial de políticas públicas no Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, da lacuna que há entre a prática ainda liberal-individualista e as necessidades do Estado contemporâneo.

Porém, quer-se a transformação paradigmática da atuação da Administração Pública, rompendo com a *totemização* do Direito Administrativo. Para isso, é preciso revisitar, no caso das políticas públicas de saúde, conceitos como discricionariedade administrativa, sem que com isso, vede-se a liberdade do agente público de decidir, criando-se uma administração plenamente vinculada. Pelo contrário, a noção de discricionariedade administrativa é saudável para a atividade do agente público, mas é preciso estar limitada, ou melhor, ter alguns parâmetros mínimos ao seu exercício, como uma garantia democrática.

A oponibilidade ao controle judicial, em relação à oportunidade e à conveniência, estava ligada, em primeiro lugar, ao ato administrativo e não a políticas públicas³¹⁴. As políticas públicas reforçam a administração como atividade prestadora e constitutiva. Vai-se além da mera aplicação da lei, para ensejar a concretização dos objetivos estatais. O ato administrativo não tem que determinar, autoritariamente, o direito aplicável ao particular, mas também a persecução de interesses públicos³¹⁵ por meio de políticas públicas. Dentro do Estado Democrático de Direito, a Administração Pública ultrapassa o modelo patrimonialista, burocrático, calcado em uma visão *objetificante* do Direito Administrativo³¹⁶, portanto em prol de uma Administração dirigente.

Partir da ideia de Administração dirigente significa, necessariamente, revisitar a obra de Canotilho e, para além disso, retomar a expressão *constituição dirigente (dirigende*

³¹⁴ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. Atualização Gustavo Binenbojm, Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 179-181.

³¹⁵ SILVA, Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 100.

³¹⁶ FILHO, Luis Mário Pimenta. **A administração pública dirigente e compromissária e o acontecer dos direitos sociais: uma análise a partir de fenomenologia hermenêutica**. Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2006, disponível em <http://bdt.d.unisinos.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=273> Acesso em: 21.11.2009.

Verfassung), inicialmente cunhada por Peter Lerche³¹⁷, em 1961. Para Lerche, as constituições modernas se caracterizariam por possuir uma série de diretrizes constitucionais, que serviriam como imposições ao legislador. Tais diretrizes, ele denomina *constituição dirigente*, no âmbito da constituição dirigente é que poderia ocorrer a discricionariedade material do legislador³¹⁸.

Logo, a preocupação de Lerche é em relação às normas que vinculam o legislador, chegando à conclusão de que as diretrizes permanentes (constituição dirigente) possibilitariam a discricionariedade material do legislador. No entanto, a proposta de Canotilho³¹⁹ é mais ampla, objetiva a reconstrução da Teoria da Constituição por meio de uma Teoria Material da Constituição, estabelecendo um fundamento constitucional para a política³²⁰. Nessa visão, a Constituição não é só garantia do existente, mas programa para o futuro, isto é, um programa de alteração da sociedade³²¹. No Brasil, a dimensão dirigente está presente na Constituição da República de 1988, embora não proponha uma transição ao socialismo, determina um vasto programa de políticas públicas inclusivas e distributivas, por meio de cláusulas transformadoras.

A própria ordem econômica na Constituição positiva tarefas e políticas a serem realizadas no domínio econômico, para atingirem certos objetivos, rejeita-se o mito da autorregulação do mercado. Há um programa para a alteração da sociedade, ligando essa concepção de Canotilho de Constituição à defesa da mudança da realidade pelo direito. Corporifica-se o jurídico para a mudança social³²². Nesse sentido, a Administração Pública torna-se uma Administração dirigente, pois se assume como estrutura fundamental para materializar as mudanças sociais, isto é, materializar o Estado Democrático de Direito. Para tanto, assume uma configuração voltada a atividades no plano social, como, por exemplo, com políticas públicas de saúde - assistência farmacêutica, tratamentos médicos, leitos hospitalares. Assim, há uma gradual constitucionalização das competências administrativas no

³¹⁷ LERCHE, Peter. *Übermass und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit*. Goldbach: Keip Verlag, 1999 *apud* BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 61.

³¹⁸ BERCOVICI, Gilberto. Ainda faz sentido a constituição dirigente? *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, vol. 1, n. 6, p. 149-162, 2008. p. 150.

³¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 27.

³²⁰ BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 142, p. 35-51, abr.-jun, 1999, p. 39-40.

³²¹ BERCOVICI, Gilberto, *op. cit.*, 2008, p. 151.

³²² BERCOVICI, Gilberto, *op. cit.*, 2005, p. 35.

ordenamento jurídico, transformando a Administração Pública e permitindo a construção de sentidos capazes de dotar o texto constitucional de maior efetividade³²³.

Como lembrado por Gilberto Bercovici, a base do Direito Administrativo é o Direito Constitucional e só pode ser o Direito Constitucional, sendo incorreto aceitar conceitos e princípios pré-constitucionais somente por estarem consolidados na doutrina do Direito Administrativo, afinal é o Direito Constitucional que deve estabelecer os parâmetros ao Direito Administrativo³²⁴. Por derradeiro, corrobora a necessidade da revisão da tradição não-intervencionista do Judiciário, na esfera da Administração Pública, especialmente, no controle judicial da discricionariedade administrativa.

Nesse contexto, a Administração Pública passa então a desempenhar uma função favorável aos particulares. Também, o ato da Administração Pública, em matéria de políticas públicas, combina aspectos genéricos e individuais, pauta-se em atos genéricos (políticas públicas), extravasando os conceitos tradicionais, estruturas próprias da multilateralidade da Administração Pública, favorecendo a revalorização do procedimento administrativo, para maior proteção dos direitos fundamentais³²⁵. O próprio repensar dos limites do controle das políticas públicas, bem como, a superação da dualidade discricionariedade e vinculação³²⁶, enseja novas linhas à Administração e seus atos. De tal maneira, o enfoque nas políticas públicas destaca o papel dela na determinação e conformação das leis e das decisões políticas a serem executadas. Logo, a exigência da intervenção³²⁷ torna-se uma necessidade.

A política pública, dentro desse entrecho, constitui-se no caminho possível à realização dos direitos fundamentais, como o direito à saúde. No entanto, em que pese o controle judicial, a política pública não é apenas a edição de um ato da administração pública. É preciso compreender que a política pública constitui-se num processo em

³²³ OHLWEILER, Leonel, *op. cit.*, 2008, p. 325-327.

³²⁴ BERCOVICI, Gilberto, *op. cit.*, p. 59.

³²⁵ ALFONSO, Luciano Parejo. **Estado Social y Administracion Publica**. Madrid: Civitas, 1983. p. 30. ALFONSO, Luciano Parejo (et. al.). **Manual de Derecho Administrativo**. Barcelona: Ariel, 1990.

³²⁶ FREITAS, Juarez, *op. cit.*, 2004, p. 222. Não há plena vinculação, tampouco, plena discricionariedade. Ambos devem ser devidamente motivados. Também a favor da superação do dogma da impossibilidade da revisão judicial: LIMBERGER, Têmis. *Políticas Públicas e o direito à saúde: a busca da decisão adequada constitucionalmente*. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 58. LIMBERGER, Têmis; SOARES, Hector Cury. *Políticas Públicas e o direito à saúde: desafios do Poder Judiciário no século XXI*. In: **XVII Congresso Nacional do CONPEDI** (Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito), 2009, Maringá. Anais do CONPEDI, 2009. p. 2007-2026.

³²⁷ FREITAS, Juarez, *op. cit.*, 2004, p. 84. Propõe a questão da intervenção estatal para além do dualismo: Estado mínimo *versus* Estado máximo. Para o autor, o maior mal do Estado contemporâneo não reside em seu tamanho, mas na qualidade e na proporção do seu agir, pela defesa do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

desenvolvimento³²⁸, envolvendo sua configuração, implementação e avaliação. Creditar ao Poder Judiciário a sindicância, em matéria de políticas públicas, envolveria toda a complexidade, o que demandaria um juízo político do judiciário, pois exigiria o conhecimento global do julgador, passando por todos os atos desse processo, da elaboração à execução.

Para se ter ideia, o *fazer* políticas públicas compreende uma série de estágios, resumidos da seguinte forma, inspirado em Theodoulou: a) reconhecimento do problema e identificação das temáticas envolvidas naquela mesma área de atuação, em outros segmentos da Administração Pública, que possam contribuir para favorecer ou bloquear as soluções; b) inserção do tema na agenda de ação do poder público; c) formulação da política pública a ser concretizada, traduzindo-se concretamente as ações; d) adoção da política pública, não só edição de ato, mobilização de órgãos e adoção de medidas necessárias; e) implementação da política, envolvendo ações concretas por parte dos órgãos administrativos envolvidos; f) análise da avaliação da política pública executada, à vista dos parâmetros que originalmente pautaram a sua concepção³²⁹.

Com essas etapas, ilustra-se o quão é importante uma postura de uma Administração Pública dirigente e, por outro lado, o quanto é incipiente, na seara jurídica, o tratamento dado às políticas públicas e, de como, em verdade, não há controle judicial de políticas públicas, mas dos atos da administração que são firmados em cada uma dessas etapas, pois a política pública estrutura-se como um processo complexo, não se podendo afirmar que o controle de determinado ato administrativo, na prática de uma política pública, e a posterior intervenção do Poder Judiciário significará o controle dessa política. Eventuais decisões judiciais terão reflexos, sem sombra de dúvida, no andamento da política pública³³⁰, mesmo assim, o controle, sob a ótica judicial é ainda em relação a um ato administrativo em matéria de políticas públicas.

Portanto, ao Poder Judiciário não caberá um juízo político, mas, meramente, jurídico acerca do ato da administração em matéria de políticas públicas, verificando a sua consonância com os dispositivos constitucionais³³¹ atinentes, com os princípios³³²

³²⁸ THEODOULOU, Stella; CAHN, Matthew A. **Public Policy. The essential readings**. EUA: Prince Hall, 1995. p. 2 *apud* VALLE, Vanice Lírio do. Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno. **Revista Interesse Público**, São Paulo, Notadez, n.º 48, p. 87-109, mar./abr. p. 92.

³²⁹ *Idem*, p. 93. SILVA, Almiro Regis do Couto. Problemas Jurídicos do Planejamento. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, v. 27, n.º 57, p. 133-148, 2003. p. 137.

³³⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de, *op. cit.*, 2009, p. 77, p. 78-79.

³³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 836.

constitucionais e, em suma, com a verificação do direito fundamental à boa administração³³³. É condenável a impune desvinculação das políticas públicas, tornando aceitável a inércia do agente público perante decisões que, em última instância, violam os princípios constitucionais, vilipendiam os objetivos de determinada política pública, ou mesmo, não atenta às destinações específicas dadas pela Constituição Federal ao Administrador Público, na composição do orçamento do ente-federativo³³⁴.

Em contrapartida, isso não implicará uma desvinculação por parte do Administrador, do ponto de vista discricionário. Há, e não é possível *dentro do fazer da Administração Pública* excluir a figura do ato administrativo discricionário. A própria complexidade social inclina-se a uma forma de administração que tenha uma abertura política às escolhas do agente público. Não existe vinculação total, tampouco, há discricionariedade como arbitrariedade. É preciso salientar que o encargo da Administração dirigente faz jus a uma superação da discricionariedade, no primeiro momento. Isto é, o rompimento dos moldes tradicionais da discricionariedade administrativa.

Em um segundo momento, próprio desse novo molde de Administração, reinsere-se a discricionariedade para a superação da dualidade com a vinculação e para a reafirmação da discricionariedade (juridicamente vinculada³³⁵), no caso das políticas públicas. Inexiste pura discricionariedade ou pura vinculação, tudo não passa de uma questão de intensidade³³⁶. Tanto o ato discricionário quanto ato vinculado devem ser devidamente motivados, em que pese a carga política³³⁷ do ato em políticas públicas, não pode prosperar escolha que não seja

³³² MONCADA, Luís S. Cabral de. **Estudos de Direito Público**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 376. RIVERO, Jean; WALINE, Jean. **Droit Administratif**. Paris: Dalloz, 1998. p. 76. ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2003. BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. OLIVEIRA, Fábio. **Por uma teoria dos princípios – O Princípio Constitucional da Razoabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. FREITAS, Juarez, *op. cit.*, 2004, p. 225.

³³³ FREITAS, Juarez **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 10.

³³⁴ FREITAS, Juarez, *op. cit.*, 2009, p. 13.

³³⁵ Expressão de Hartmut Maurer. Segundo o autor não existe poder discricionário livre, mas juridicamente vinculado, elenca algumas vinculações (vícios) a partir do direito alemão: a) não uso do poder discricionário; b) excesso do poder discricionário; c) uso defeituoso do poder discricionário; d) infração contra direitos fundamentais e princípios administrativos gerais. MAURER, Hartmut. **Elementos de Direito Administrativo Alemão**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 49-51. MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. Barueri: Manole, 2006. p. 148-152.

³³⁶ *Idem*, p. 39.

³³⁷ Mesmo atos com caráter político, caso de aplicação da teoria de atos de governo, possuem planos subjetivos e objetivos de concreção, ficando a carga objetiva limitada, em certas zonas, pela Constituição e seus princípios. CORREIA, José Manuel Sérulo. **Legalidade Contratual e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003. p. 281.

juridicamente motivada³³⁸. Ainda Freitas alega que “[...] dada a subordinação dos agentes públicos ao Direito, a *discricionariedade resulta invariavelmente vinculada aos princípios constitutivos do sistema e aos direitos fundamentais*”³³⁹. Na mesma perspectiva, Andreas Krell posiciona-se pela superação da discricionariedade, enquanto uma forma de livre escolha do Administrador, tratar-se-ia de resquício da monarquia (França)³⁴⁰.

Certo é que a liberdade para juízos de conveniência e oportunidade, não pode ser confundida com arbitrariedade. A escolha só será justificada dentro de um quadro constitucional que autorize, não é uma liberdade limitada pela lei, mas liberdade de atuação limitada pelo Direito³⁴¹. De tal sorte que, na elaboração e no cumprimento das políticas públicas, deverão declinar as razões aceitáveis para a tomada da decisão. Não se trata de uma única resposta correta, mas a melhor escolha administrativa, condicionada e aberta a revisões. Contudo, isso não implica e não pode ser confundido com o excesso de controle, ou seja, uma negação da discricionariedade, principalmente, em se tratando de políticas públicas.

Pelo próprio caráter transdisciplinar das políticas públicas e da sensível necessidade diuturna da saúde pública, o espaço de conformação do agente deve ser mais *alargado*, o que não significará desvinculação ao Direito, mormente, aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais.

Sem sombra de dúvida – e é preciso recordar – a tradição do Direito Administrativo brasileiro, que coloca a vedação do controle judicial da discricionariedade administrativa com naturalidade e, ainda, aplica conceitos advindos, estritamente, dos atos administrativos, à matéria complexa como as políticas públicas e todo seu processo, ou melhor, seu entendimento enquanto processo. Somente isso, por si só, implica um grande giro na doutrina e jurisprudência, e, propriamente, um novo aporte doutrinário, condizente com a complexidade do tema e atento aos novos parâmetros, isto é, ao novo paradigma constitucionalista voltado à Administração Pública. Dentro desse contexto, erige um Direito Administrativo que não apenas projeta o indivíduo, mas busca e está a serviço da satisfação social, rompendo com a dinâmica da legalidade (autoridade e liberdade). A legalidade deve

³³⁸ FREITAS, Juarez, *op. cit.*, 2004, p. 216-217. Alega que o mérito pode até não ser diretamente controlável, mas o demérito o sempre será, conforme a perspectiva exposta.

³³⁹ *Idem*, p. 221. BINENBOJM, Gustavo, *op. cit.*, p.205.

³⁴⁰ KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental: o controle dos conceitos jurídicos e a competência dos órgãos ambientais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 17-18.

³⁴¹ Limitações não mais circunscritas à legalidade, mas os parâmetros são a proteção e implementação dos direitos fundamentais. Ganha força a expressão *bloco de legalidade*. CHAPUS, René. **Droit Administratif General**. Paris: Montchrestien, 1997. p. 908.

consubstanciar a garantia de fins públicos, na implementação de políticas públicas, a despeito da proteção do interesse privado³⁴².

Destarte, é preciso compreender que o entendimento na doutrina e na jurisprudência brasileiras veda o controle jurisdicional do mérito do ato administrativo discricionário, está sustentado, em parte, na separação rígida dos poderes³⁴³, não cabendo, em Estado de Direito, a intervenção do Poder Judiciário, nos atos de livre oportunidade e conveniência do Poder Executivo. Essa leitura considera a importação para o Brasil, de forma atemporalizada, do modelo consolidado na França no final do século XVIII, início do século XIX³⁴⁴. Assim, o fundo, o qual serve de base a esse entendimento, são as formações teóricas oriundas do Conselho de Estado francês, dentre elas, a teoria do desvio de poder, sendo típica essa formação com base nas decisões do Conselho de Estado, pois o Direito Administrativo tem, em sua origem liberal, marcada origem pretoriana (jurisprudencial)³⁴⁵.

Na visão que tolhe o controle, ao Judiciário caberá verificar se o ato encontra-se vinculado ao seu fim, isto é, somente serão anulados os atos contrários ao interesse público ou ao objeto específico previsto na norma³⁴⁶. Todavia, essa teoria não resolve o problema decorrente da discricionariedade administrativa, principalmente, em tempos de pós-positivismo e dos princípios constitucionais da Administração Pública. Além disso, a perspectiva de que oportunidade e conveniência fiquem imunes ao controle judicial, poderá gerar, em inúmeros casos, violação aos direitos fundamentais. Em se tratando de temática sensível e pouco abordada, no viés jurídico, como as políticas públicas, em especial, políticas públicas de saúde, urge a releitura no âmbito da discricionariedade.

Do ponto de vista histórico, o surgimento da discricionariedade administrativa estaria vinculada à expressão da soberania do monarca, o exercício do poder discricionário confundia-se com o arbítrio. A vontade do rei era a lei suprema, o poder do rei para administrar era quase ilimitado, até porque não existia uma divisão de poderes autônomos para separar as funções estatais. Após isso, os juristas do reino elaboravam a teoria da coroa, na qual a coroa era uma espécie de instituição da qual o rei era apenas curador, desta forma, limitando o poder do soberano que deveria obedecer algumas leis fundamentais.

³⁴² GRAU, Eros, *op. cit.*, 2005, p. 264-265.

³⁴³ SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da, *op. cit.*, p. 19.

³⁴⁴ CORREIA, José Manuel Sérvulo, *op. cit.*, p. 57.

³⁴⁵ GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. **Da justiça administrativa em Portugal: Sua origem e evolução**. Lisboa: Universidade Católica, 1994. p. 315-316.

³⁴⁶ LIMBERGER, Têmis, *op. cit.*, 1998, p. 68.

Contudo, essas limitações ao poder estatal ainda eram poucas, em termos de proteção aos direitos dos súditos. O Estado ainda era o rei, representante de Deus e que agia tanto através de normas gerais (leis) como por atos singulares (atos administrativos) ou por sentenças, se necessário, incongruentes com a própria lei (jurisdição).³⁴⁷ Próprio de um regime administrativo, surgido na Revolução Francesa, foi a imposição de limites aos órgãos estatais. Além disso, a produção legislativa aumentou abruptamente, no início do século XIX, em vários parlamentos europeus e americanos. A vontade soberana do Rei, na edição de leis, foi substituída pelo parlamento, consubstanciado na vontade geral do povo.

Uma consequência fora a dinâmica própria do Estado de Direito, ou seja, a separação dos poderes e a defesa dos direitos individuais. Nas palavras de Canotilho, “o princípio básico do Estado de Direito é o da eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos com a conseqüente garantia dos indivíduos perante esses poderes.”³⁴⁸ Nesses termos, a Administração Pública passa a ser regulamentada tanto quanto possível e controlada plenamente pelos tribunais.

No entanto, a lei (*lato sensu*) não conseguiria socorrer a Administração em todas as hipóteses. Essa imagem de Estado de Direito só existiria em mundo onírico, despidido de todas as variações de cunho comportamental. Ressurge a necessidade de margem de discricionariedade ao Estado, visando atender múltiplas demandas de uma sociedade industrializada. Como demonstra Almiro do Couto e Silva, a noção de que Administração Pública é meramente aplicadora das leis é tão anacrônica e ultrapassada, quanto à de que o direito seria apenas um limite para o administrador. Por certo, não prescinde a Administração Pública de uma base ou autorização legal para agir, mas, no exercício da competência legalmente definida, têm os agentes públicos, se, visualizando o Estado globalmente, um dilatado campo de liberdade para desempenhar a função formadora, que é hoje universalmente reconhecida ao Poder Público.³⁴⁹

Em outras palavras, o período pós-revolucionário, dá azo à reabertura da discricionariedade administrativa, contudo, pouco a pouco, passou a ser limitada pelo Conselho de Estado, como referenciado. Disso, releituras à brasileira, consagradas, como Seabra Fagundes retomam o controle dos atos administrativos cingidos aos elementos formais

³⁴⁷ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade Administrativa – No Estado Constitucional de Direito**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 40.

³⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *op. cit.*, 1999, p. 9.

³⁴⁹ SILVA, Almiro do Couto e. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 179/180, jan./jun., 1990, p. 53.

do ato administrativo³⁵⁰. Dessa concepção, ao agente público cabe uma ingerência subjetiva em relação à oportunidade e à conveniência, tratando-se de competência livre do administrador, ou seja, sem controle jurisdicional³⁵¹. Permite-se ao Poder Judiciário a sindicância apenas nos elementos formais ao ato administrativo discricionário.

Entretanto, próprio do Estado Democrático de Direito, conforme Juarez Freitas é o acolhimento do princípio da ampla sindicabilidade, suscitando um controle amplo da Administração Pública. Há a necessidade de rever o controle do poder discricionário da administração, sendo o agente público livre apenas para pretender o melhor, no entanto, essa postura pode sucumbir diante de flagrante dolo ou culpa, no descumprimento das diretrizes que devem reger a administração. Dito de outra forma, há uma flagrante restrição àquilo que a Administração pode dizer, pode escolher, não há possibilidade, no exercício do poder discricionário, de que a administração possa agir de maneira ilimitada³⁵².

Com o controle de atos da Administração Pública em matéria de políticas públicas, não se pode dar abrigo a justificativas como se tratar de ato político³⁵³, as quais trataram do controle jurisdicional da Administração Pública, fruto da tradição liberal do pensar do ato administrativo. Vale frisar que a abstenção do controle em relação à oportunidade e conveniência estava ligado, em primeiro lugar, ao ato administrativo e não a políticas públicas³⁵⁴. Todavia, é próprio que o poder discricionário e os atos administrativos, bem como, seus limites sejam objeto de revisão; por outro lado, a presença das políticas públicas, por si mesmas, já denotam uma inovação no campo jurídico, distinguindo-se de atos e categorias jurídicas tradicionais. Resta evidenciado que o ato administrativo discricionário no Estado contemporâneo dá margem de liberdade ao administrador, pois aplicar a lei definindo quando e qual a consequência, é ineficaz frente à complexidade da organização social. Contudo é vinculado à mesma dinâmica estatal a limitação sob o ponto de vista constitucional desses atos, devendo não só estar arraigados à fundamentação, mas, também, albergados à Constituição.

³⁵⁰ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. Atualização Gustavo Binenbojm, Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 33.

³⁵¹ LIMBERGER, Têmis, *op. cit.*, 1998, p. 68.

³⁵² FREITAS, Juarez, *op. cit.*, 2004, p. 71.

³⁵³ SILVA, Almiro Regis do Couto e. *Notas sobre o Conceito de Ato Administrativo*. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (coord.). **Direito Administrativo. Estudos em Homenagem a Diogo Figueiredo Moreira Neto**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 275-276. ENTERRÍA, Eduardo García de, *op. cit.*, 1974, p. 69-70. O ato político é apenas uma reminiscência da razão de Estado e do poder desta para se desobrigar-se da Justiça, o que é incompatível com o Estado de Direito (p. 70).

³⁵⁴ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. Atualização Gustavo Binenbojm, Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 179-181.

A utilização do instrumental e dos cânones de outro modelo estatal para o atual discurso de um Estado Democrático de Direito, o qual propõe políticas públicas, visando a efetivação de direitos sociais, mostra-se anacrônica. Com as políticas públicas, há um aumento da complexidade das formas de atuação da autoridade administrativa³⁵⁵, sendo inviável a manutenção dos limites da atuação discricionária, a qual veda o controle do mérito. Sem dúvida, deve existir um espaço para a atuação da Administração Pública, espaço para encontrar respostas constitucionalmente adequadas, mas compromissada com os princípios constitucionais, isto é, *discricionariedade vinculada juridicamente*.

Se, por um lado, não permite uma plena sindicabilidade da discricionariedade administrativa, de outra mão, garante a revisão de decisões em desacordo com os parâmetros constitucionais. Nesse contexto, sofrem forte carga as políticas públicas, pois não há uma forma própria reconhecível pelo sistema jurídico, embora sejam objetos da Administração Pública, a dificuldade de sua categorização no Direito Administrativo³⁵⁶, ou mesmo, de sua categorização jurídica³⁵⁷. Certo mesmo é que, em função de um Estado dirigente e, por conseguinte, de uma Administração dirigente, as políticas públicas constituíram-se na forma precípua de ação estatal co-substanciais ao Estado, na tentativa de realizar os objetivos firmados pela Constituição. Destarte, a exteriorização da política pública não tem um padrão, em que pese arraigada às novas formas (genéricas) de comunicação da Administração Pública, jurídico uniforme, visivelmente apreensível, enquanto categoria jurídica.

A materialização das políticas públicas se dá, por meio, de uma série de atos administrativos, em geral, classificados como discricionários, pois a eleição de determinada política pública de saúde, seria um juízo político, tese refutada anteriormente. Não obstante tais caracteres, há a vinculatividade dos instrumentos de expressão das políticas – tornando-as exigíveis judicialmente aos entes estatais – e, portanto, a justiciabilidade dessas mesmas políticas, ou seja, a possibilidade de exigir em juízo o seu cumprimento. Ou mais, requer a melhor eleição, qual seja a escolha constitucionalmente adequada, em políticas públicas. Sob tal ótica, a ação (inclui casos de omissão) do Estado se faz vinculada a direitos previamente estabelecidos ou metas compatíveis com os princípios e objetivos constitucionais, de tal

³⁵⁵ SILVA, Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da, *op. cit.*, p. 135-136.

³⁵⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari, *op. cit.*, 2002. p. 256-257. BUCCI, Maria Paula Dallari. As Políticas Públicas e o Direito Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, v. 13, p.134-144, 1996. p. 136.

³⁵⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

maneira que, ainda que aqueles que serão beneficiados não tenham um direito, a provisão desse benefício serve ao alcance de um objetivo de determinada comunidade³⁵⁸.

Logo, mesmo no exercício do poder discricionário em matéria de políticas públicas, levantada toda a dificuldade de transpô-la ao campo jurídico, há a possibilidade de revisão por meio do Poder Judiciário. Como exposto em outra momento, a presença do Judiciário torna-se fundamental em democracias de países de modernidade tardia, cumpre o papel de afirmar e realizar os direitos fundamentais. Porém, entende-se que é preciso a manutenção de um espaço de discricionariedade à atuação da Administração Pública, não existindo uma limitação plena ao agente público.

Nos influxos pós-positivistas, neoconstitucionalistas³⁵⁹, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ganham espaço e pretendem dar novas luzes à discricionariedade. Entende Fábio de Oliveira que o princípio da razoabilidade ataca, ou melhor, redimensiona “uma questão tabu do juspositivismo reinante há tempos no Direito”, qual seja a discricionariedade³⁶⁰.

O princípio da razoabilidade ou proporcionalidade imporiam a aferição da discricionariedade, embora do ponto de vista jurisprudencial e doutrinário exista uma indisposição para o controle meritório dos atos discricionários. Conforme Luís Roberto Barroso “trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como medida através da qual a norma deve ser interpretada no caso concreto”³⁶¹. Mesmo nas políticas públicas é instrumento fundamental para o controle da discricionariedade do agente público³⁶². Vale salientar que a existência de possibilidade de opção discricionária não torna imune o administrador, da utilização de parâmetros no exercício de sua atividade, uma vez que sua atribuição não significa um “cheque em branco”

³⁵⁸ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. *Dimensão jurídica das políticas públicas*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 54.

³⁵⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. **Revista de Direito Administrativo**. n.º 240, p. 83-104, abr./jun, 2005. p. 90. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**. n.º 240, p. 1-42, abr./jun, 2005. p. 32-33.

³⁶⁰ OLIVEIRA, Fábio de, *op. cit.*, p. 127. O autor preocupa-se com discricionariedade administrativa e judicial, mas parte da doutrina do Direito Administrativo. Aqui, o tratamento dado é a discricionariedade administrativa.

³⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 315.

³⁶² BARCELLOS, Ana Paula de, *op. cit.*, p. 98.

ou a possibilidade de opções desarrazoadas, personalíssimas, preconceituosas e, sobretudo, ofensivas aos vetores axiológicos do ordenamento jurídico³⁶³.

No caso das políticas públicas de saúde, cabe verificar, em primeiro lugar, se o Estado está investindo os parâmetros mínimos de recursos públicos, como no caso da previsão dos parágrafos do Art. 198 da Constituição Federal. Com isso, basta apurar a quanto correspondem os percentuais referidos na Constituição, em matéria de saúde, conferindo a arrecadação dos impostos (tributos) referidos nos dispositivos constitucionais, verificando se os referidos recursos estão sendo investidos em políticas públicas vinculadas aos fins postos no texto constitucional³⁶⁴. Em segundo lugar, é examinar se o valor investido ou disponibilizado é suficiente para produzir o resultado (constitucionalmente) esperado, ou seja, as metas definidas. As metas terão prioridade.

Por fim, a proporcionalidade (razoabilidade) da medida adotada pelo agente público, reduz decisivamente o chamado “mérito administrativo”. Assim, o Administrador participa ativamente do processo hermenêutico, devendo adotar a medida ótima no exercício da discricionariedade, justificando o reexame judicial a partir da desproporcionalidade do objeto do ato administrativo discricionário³⁶⁵. Justifica-se o controle judicial dessa espécie de ato, principalmente na valoração dos motivos adotados pela administração e na proporcionalidade da medida. Em última análise, a proteção dos direitos fundamentais permite uma articulação complexa entre os dados fornecidos pela interpretação e a realidade circundante³⁶⁶.

Os conceitos de razoabilidade e proporcionalidade³⁶⁷ possuem distinções. No Direito Administrativo de polícia prussiano, no século XIX, surgiu o princípio da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeit*) que se estendeu para todo o Direito Administrativo como técnica para controlar o poder de polícia da Administração Pública, não obstante, possua oscilações terminológicas no direito germânico, como proibição de excesso³⁶⁸.

³⁶³ COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 50. Em termos infraconstitucionais, a lei nº 9784/94 representou notável avanço da submissão da administração aos direitos e princípios fundamentais no exercício da discricionariedade. O legislador pretendeu vincular expressamente os órgãos da administração direta e indireta a diversos princípios decorrentes do regime do Estado de Direito, conforme o art. 2º da lei mencionada: “A administração obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

³⁶⁴ BARCELLOS, Ana Paula de, *op. cit.*, p. 96.

³⁶⁵ MAURER, Hartmut, *op. cit.*, 2001, p. 52.

³⁶⁶ SICCA, Gerson dos Santos. **Discricionariedade Administrativa: Conceitos Indeterminados e Aplicação**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 261.

³⁶⁷ FREITAS, Juarez, *op. cit.*, 2004, p. 245-246.

³⁶⁸ SOUSA, António Francisco de. Os “Conceitos Legais Indeterminados” no Direito Alemão. **Revista de Direito Administrativo**, n. 166, p. 276-291, out./dez. 1986.

Por sua vez, o princípio da razoabilidade decorre de referência do direito norte-americano, como adequação dos valores eleitos pelos legisladores como fundamento de diferenciação frente aos padrões valorativos da Constituição. A razoabilidade empregada exige a relação de normas gerais com as individualidades do caso concreto; também, como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo real ao qual elas fazem referência, seja clamando a existência de suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir³⁶⁹. Esse controle deve ser voltado ao Administrador Público, verificando a razoabilidade e ou proporcionalidade de suas escolhas, por meio das justificações do ponto de vista fático e do ponto de vista constitucional.

Assim, no caso das políticas públicas, a escolha por determinado medicamento, por exemplo, para integrar uma lista, deve ser feita com base em uma análise científica criteriosa que permita dizer que, para aquela região, para aquele caso, o remédio ou tratamento é o mais eficiente e, ainda, justificar, dentro do ordenamento constitucional, se a disponibilização de determinado valor ou recurso é autorizada ou autorizável. Do contrário é saliente, que passe ao Poder Judiciário, também com base em critérios científicos, daí a necessidade de demandas comunitárias, as quais permitem debater amplamente políticas públicas, decidir acerca do deferimento ou não do remédio ou medicamento.

Nesse contexto, a aplicação da proporcionalidade e da razoabilidade são fulcrais à efetivação do direito social à saúde, incrementando o controle da discricionariedade dos atos administrativos em políticas públicas de saúde, busca-se fortalecer a aferição dos juízos discricionários através de pautas cada vez mais seguras.

Sob a ótica doutrinária a aplicação da proporcionalidade estaria vinculada a um conflito de princípios. Nessa esteira, Robert Alexy, apresenta uma regra de sopesamento entre diferentes princípios, observa-se a aplicação de proporcionalidade como um procedimento racional de balanceamento de dois princípios, sob a égide da máxima da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, a exigência de sopesamento com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito. Conforme o jurista alemão decorreria da natureza dos princípios, a dedução da proporcionalidade³⁷⁰. Ao apresentar o postulado da proporcionalidade, Humberto Ávila considera apenas situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos

³⁶⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação de princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 103.

³⁷⁰ ALEXY, Robert, *op. cit.*, p. 117.

empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?)³⁷¹.

Não obstante, vista a aplicação e a importância da proporcionalidade e da razoabilidade no controle de políticas públicas, além da obrigação de motivar como declaração fundamental – essencial para o controle da atividade do agente público, no sistema de direitos fundamentais sociais -, é preciso sublinhar que a necessidade de controle da Administração Pública se faz mais sensível, em se tratando de políticas públicas. A condição das políticas públicas, no caso da pesquisa, de saúde como desiderato fundamental para uma mudança na tradição do Direito Administrativo, conduzindo-o para um modelo prestador e limitado do ponto de vista constitucional, sendo preciso, no Estado Democrático de Direito – mormente a condição de país de modernidade tardia do Brasil – o controle amplo das políticas públicas, tanto, pela própria administração quanto por parte do Poder Judiciário.

Tal perspectiva corrobora a Administração dirigente que sai da inércia ou da intervenção sem limitações, para uma necessária intervenção limitada do ponto de vista constitucional. Nessa linha de raciocínio, a Administração Pública supera a discricionariedade administrativa no sentido constituído (ainda) no período liberal e entrega-se à discricionariedade vinculada a aspectos constitucionais que, todavia, não implica grau zero de escolha, principalmente em decorrência da complexidade da abordagem de políticas públicas na esfera jurídica.

³⁷¹ ÁVILA, Humberto Bergmann, *op. cit.*, p. 112-113. Por questões metodológicas, não se ocupará aqui de distinguir questões vinculadas à terminologia da proporcionalidade, enquanto *princípio*, *máxima*, *regra* ou *postulado*. Não que se entenda por uma questão mezinha, pelo contrário. No entanto, tais comentários não auxiliariam a responder o problema proposto para a dissertação. Portanto, cabe salientar que há tal diferenciação. Robert Alexy dá um tratamento, Humberto Ávila faz sua crítica, baseado não só no jurista alemão, mas em seus seguidores também. No Brasil, Virgílio Afonso da Silva sintetiza o debate. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.p. 168-169. No mesmo sentido, não se fará maiores distinções em relação à razoabilidade. O princípio da razoabilidade é amplamente invocado pela doutrina brasileira, tendo como origem o direito norte-americano, fundado no *due process of law* substantivo. STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 184-185. Além da imprecisão conceitual na aplicação tanto da proporcionalidade quanto da razoabilidade, há o debate se o princípio da proporcionalidade é princípio ou postulado normativo aplicativo, para tanto utilizam-se diferentes fundamentos normativos. Contudo, para nossos fins metodológicos, equivalem-se as expressões princípio – ou postulado – da proporcionalidade e princípio – ou postulado – da razoabilidade.

Por outro lado, permite-se uma superação da dicotomia discricionariedade e vinculação, pois a perspectiva de vinculação direta à lei é substituída à vinculação à Constituição, como proteção própria aos direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, o direito à saúde, a verificação da proporcionalidade dos atos em matéria de políticas públicas e sua verificação pelo Poder Judiciário. O exercício axiológico da discricionariedade é juízo limitado e condicionado de mérito sobre a conveniência e oportunidade da medida pública, devendo obediência aos princípios constitucionais³⁷², bem como, toda a atividade administrativa.

Portanto, a afirmação dos direitos sociais em um Estado Democrático de Direito, como a presença de políticas públicas – enquanto ações estatais voltadas à efetivação desses direitos – tem como condição uma necessária releitura, entre reaberturas e fechamentos, da Administração Pública, em contexto de pós-positivismo, de um constitucionalismo contemporâneo que incorpora novos caracteres. Tendo como base tais pressupostos, coloca-se como fundamental a efetiva verificação dos limites traçados do ponto de vista jurisprudencial e como a Audiência Pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal, considerada como foro privilegiado ao debate comunitário, é capaz de refletir nas transformações jurisprudenciais.

2.2.2. Os limites e os critérios ao controle judicial das políticas públicas de saúde no caso do fornecimento de medicamentos. A Audiência Pública n.º 4 e algumas decisões do Supremo Tribunal Federal (2007-2009).

Do ponto de vista metodológico, a opção por um enfoque dogmático permite uma abordagem em três níveis: analítica, empírica e normativa. A analítica, vista nas páginas precedentes, buscou a revisão dos principais conceitos que envolvem a presente pesquisa e que são elementares ao objeto de pesquisa, tal metodologia é inspirada na obra de Virgílio Afonso da Silva³⁷³. Em segundo lugar, normativamente busca fornecer uma resposta adequada ao problema de pesquisa. Nesse momento, resta a dimensão empírica, ela substanciada, sobretudo, a partir do exame da aplicação do direito na visão do Supremo Tribunal Federal (STF), tendo como marco temporal o período de 2 (dois) anos, em virtude

³⁷² OLIVEIRA, Fábio de, *op. cit.*, p. 147.

³⁷³ SILVA, Virgílio Afonso da, *op. cit.*, p. 41.

das limitações temporais ao término do trabalho. Aqui será especialmente importante analisar de que maneira o STF estipulou limites ao controle de políticas públicas de saúde e qual a fundamentação utilizada, se há um efetivo controle de políticas públicas ou dos atos administrativos que materializam essas políticas. Também, em vista da recente Audiência Pública realizada no STF, intentar-se-á a sua análise e seus reflexos, ou possíveis reflexos em decisões, tendo em vista – como dito anteriormente – que ela surge exatamente para dirimir e esclarecer processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

Não se pode olvidar que, em função do fôlego do trabalho (e objetivos) e do número de decisões relativas à temática, apenas algumas decisões serão pontuadas no decorrer da pesquisa. A massificação de decisões, mesmo no STF, e a utilização incidental na pesquisa, permitem tal pontuação à redação do trabalho, dados e decisões que, ao longo do texto, foram, em parte, apresentados.

2.2.2.1. Acórdãos e Decisões do Supremo Tribunal Federal no período de 2007-2009, mudanças sob a ótica do Estado Democrático de Direito.

Quando do início da pesquisa, salientou-se, por motivos de ordem metodológica, a importância de realização de uma pesquisa, no campo do direito, que contemplasse a análise empírica. Com isso, a proposta inicial era que a análise de algumas decisões, dentro do período contemplado, permeasse todo o corpo do trabalho. No entanto, durante o período de elaboração, notou-se, em função da complexidade do tema versado, a necessidade de fazer uma análise, ou melhor, uma apresentação, em seção própria. Da mesma forma, no tocante à Audiência Pública n.º 4, de ordem do Presidente do Supremo Tribunal Federal, exatamente, para esclarecer questões vinculadas ao Sistema de Saúde. Cabe salientar que, o motivo fundante estava vinculado às políticas públicas de saúde e o controle judicial de tais políticas, portanto, tecer considerações acerca de tal Audiência Pública, encontra espaço adequado na presente pesquisa.

Ademais, busca-se apresentar algumas decisões paradigmáticas no tema do controle de políticas públicas de saúde, as quais permitam uma visão global dos limites estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal. Também, é preciso salientar que o período compreendido da pesquisa, através do sítio do STF, é de 1º janeiro de 2007 até 1º de janeiro de 2009, por estarem em fase de elaboração, as decisões de 2009 ficaram fora da pesquisa.

Entretanto, a Audiência Pública de 2009, bem como, os primeiros casos decididos com base nos debates da audiência, encontram-se na pesquisa. Ainda, conforme os termos eleitos para pesquisa, há escasso número de decisões por parte de um órgão colegiado do Supremo Tribunal Federal, de forma predominante aparecem as decisões monocráticas e as decisões da Presidência. Isso implica as decisões, majoritariamente, versam acerca de demandas individuais, nas quais o autor intenta que o Judiciário defira o pedido de determinado medicamento ou tratamento de saúde. A escolha por casos é em função da massificação das respostas do Supremo Tribunal Federal, visto que as decisões da Presidência compreendem, em sua totalidade, um período de Presidência da Ministra Ellen Gracie e outro do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, ambos com fundamentações semelhantes a pedidos similares, mas sem esquecer que, no caso das políticas públicas de saúde, é preciso fazer a leitura de caso a caso.

Em relação às decisões colegiadas, entre início de 2007 até o início de 2009, foram encontradas 7 (sete) decisões colegiadas, neste caso, decisões das turmas do Supremo Tribunal Federal. No Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 616.551-3, de relatoria do Ministro Eros Roberto Grau, a segunda turma entende que no caso do pedido de medicamentos postulado por paciente que comprovadamente é hipossuficiente, isto é, não tem condições de arcar com os valores dos medicamentos, cumprirá o fornecimento pelo ente estatal. Não surge, na decisão, a questão de ser ou não um medicamento constante na lista disponibilizada pelo Sistema Único de Saúde, tampouco, se é medicamento abalizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), consta tão-somente como fundamento central, a hipossuficiência do requerente³⁷⁴.

No período de 2007, há o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º534.908-0, Relatoria do Ministro Cezar Peluso, Segunda Turma, no qual a decisão sustenta-se em argumento formal e reafirma a necessidade de medicamentos a pessoas comprovadamente carentes, no caso, era um medicamento contra o vírus HIV³⁷⁵. No entanto, o Recurso Extraordinário n.º 566.471³⁷⁶, firmou a repercussão geral que questiona se a situação

³⁷⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 616.551-3**. Min. Rel. Eros Roberto Grau, Segunda Turma, julgado em 23.10.2007. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 648.971**. Min. Rel. Eros Roberto Grau, Segunda Turma, julgado em 04.09.2007.

³⁷⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 534.908-0**. Min. Rel. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 11.12.2008.

³⁷⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n.º 566.471**. Min. Rel. Marco Aurélio, julgado em 07.12.2007. SAÚDE – ASSISTÊNCIA - MEDICAMENTO DE

individual pode, devido ao alto custo, colocar em risco as prestações da saúde como um todo. Tratava-se de remédio de elevado dispêndio patrimonial, para o SUS, não previsto na lista dos ofertados na rede pública e imprescindível para o paciente. Desta forma, embora a hipossuficiência apareça como um dos critérios, não se afeiçoa ilimitada, tendo em vista que, ao final de 2007, o STF passou a admitir recursos extraordinários que tratassem de medicamentos – ou tratamento – de alto custo para o SUS. Isso não resulta num limite, mas significou a abertura para que o tribunal passasse a analisar a questão do custo do medicamento, não ficando somente adstrito a questões de hipossuficiência.

Nesses casos, o direito à saúde é colocado como corolário do direito à vida, representando prerrogativa jurídica indisponível. Não obstante, o Supremo Tribunal Federal começou, gradualmente, a aceitar Recursos Extraordinários, que tratassem do custo do medicamento (ou tratamento), e eventuais reflexos do deferimento da demanda individual frente à coletividade. A partir de tal permissividade, o Supremo Tribunal Federal passou a se manifestar em questões diversas e afilivas envolvendo falta de leitos, medicamentos fora da lista, tratamentos de alto valor, enfim toda a casuística com a complexidade nesta área em que a vida da pessoa está em jogo, permitindo o acesso para o debate de tais demandas. Uma série de Suspensões de Tutelas Antecipadas tornou-se objeto de manifestação do Supremo Tribunal Federal.

Na Suspensão de Tutela Antecipada nº 198, Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes³⁷⁷, em 22.12.2008, ajuizada pelo Estado de Minas Gerais, contra decisão do Desembargador Federal Souza Prudente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Relator do Agravo de Instrumento no 2007.01.00.043356-3/MG, que deferiu, em parte, a antecipação de tutela mandamental postulada na inicial para determinar à União, ao Estado de Minas Gerais e ao Município de Belo Horizonte, o fornecimento do medicamento denominado ELAPRASE (Idursulfase) em favor de menor. O pedido de suspensão fundamentou-se, em síntese, em argumentos: de lesão à saúde e à segurança públicas, uma vez que o medicamento é importado e não foi registrado na ANVISA, sendo proibida a sua comercialização no país; de grave lesão à economia pública diante do elevado custo anual do tratamento (aproximadamente R\$ 2.600.000,00), da violação ao princípio da reserva do possível, da ingerência do Poder Judiciário no exercício das funções do Poder Executivo e da afronta ao

ALTO CUSTO – FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controversa sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo.

³⁷⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Suspensão de Tutela Antecipada n.º 198**. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, julgado em 22/12/2008.

planejamento orçamentário, e de possibilidade de ocorrência do denominado 'efeito multiplicador', em razão do crescimento de demandas judiciais contra a União para o fornecimento de medicamentos, comprometendo a viabilidade do Sistema Único de Saúde.

Na fundamentação da decisão, o Relator tece considerações acerca da Reserva do possível e sua aplicabilidade. Além disso, passa a fazer considerações sobre a aplicação da teoria do custo dos direitos, bem como, seus adeptos no Brasil, como

Embora os direitos sociais, assim como os direitos e liberdades individuais, impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivos), quanto direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização. A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis.³⁷⁸

Nessa linha de raciocínio, se há a disponibilização de determinado valor para políticas públicas, o Estado não pode se omitir na realização da política. A denominada “judicialização do direito à saúde” ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os aplicadores 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 perante os elaboradores e 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, considerou o Relator. Após discorrer, longamente, acerca da teoria da argumentação e da contribuição contemporânea do constitucionalismo sedimenta:

Em outras palavras, ao determinar o fornecimento de um serviço de saúde (internação hospitalar, cirurgia, medicamentos, etc.), o julgador precisa assegurar-se de que o Sistema de Saúde possui condições de arcar não só com as despesas da parte, mas também com as despesas de todos os outros cidadãos que se encontrem em situação idêntica.³⁷⁹

³⁷⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Suspensão de Tutela Antecipada n.º 198**. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, julgado em 22/12/2008.

³⁷⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Suspensão de Tutela Antecipada n.º 198**. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, julgado em 22.12.2008.

Por fim, a decisão que determinou ao Estado o fornecimento do medicamento, se suspensa, poderá acarretar dano irreparável para o menor. Assim, não é possível vislumbrar grave ofensa à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas ao ensejar a adoção da medida excepcional de suspensão de tutela antecipada.

Tais decisões, e todas que se seguiram de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, calcaram-se na mesma fundamentação. Ou seja, de um ponto no qual somente a hipossuficiência bastava ao deferimento, começa o Supremo Tribunal Federal a levar em conta as condições para o Estado fornecer ou não, então passa a intervir diretamente em políticas públicas de saúde, de forma a buscar limites e critérios, no caso das políticas públicas de saúde.

Outra importante decisão, mencionada no início da pesquisa, é de lavra da Ministra Ellen Gracie, o Estado do Rio Grande do Norte requeria a suspensão da execução da liminar concedida pela desembargadora relatora do Mandado de Segurança nº 2006.006795-0, em trâmite no TJ/RN, que determinou ao ente federado o fornecimento de medicamentos de alto custo e não constantes na lista de medicamentos excepcionais do Ministério da Saúde. A Ministra considerou que:

[...] a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas³⁸⁰.

Em outro caso, Suspensão de Tutela Antecipada nº 223³⁸¹, foi enfrentada problemática de paciente, que não tem alternativas viáveis de sobrevivência, então coloca sua expectativa em fármacos experimentais. O caso tinha especificidades próprias, pois envolvia a responsabilidade do estado de Pernambuco, pois o autor do pedido tinha sido vítima de

³⁸⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Suspensão de Segurança nº3073**. Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 09.02.07.

³⁸¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Suspensão de Segurança nº223**. Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 18.03.08.

assalto em via pública, restando incapaz de respirar sem um respirador mecânico. Nesta localidade, a segurança pública era insuficiente. O pedido realizado pelo estado de Pernambuco foi deferido, pois o procedimento pretendido pelos familiares do impetrante e desenvolvido por um grupo de pesquisadores da Universidade de Yale – EUA, para implantação de um Marcapasso Diafragmático Muscular (MDM), conforme informações e laudos médicos apresentados pelo Secretário Executivo de Vigilância e Saúde do Estado de Pernambuco, “encontra-se em fase experimental e ainda não foi aprovado pelo FDA – órgão americano que regulamenta o uso de drogas, equipamentos e materiais na área médica”. Ainda, há que se considerar, finalmente, que a decisão objeto do presente pedido de contracautela representa grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto permite a realização de cirurgia de alto custo, não contemplada no Sistema Único de Saúde, sem qualquer instauração de procedimento administrativo ou avaliação médica credenciada para tanto.

No pedido de suspensão de liminar nº 228/CE³⁸², foi analisado o caso do direito dos cidadãos às vagas de Unidade de Tratamento Intensivo - UTI. A questão envolvia a suspensão da decisão do TRF da 5ª Região, que determinara à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Sobral, a transferência de todos os pacientes necessitados de atendimento em UTIs para hospitais públicos ou particulares, que disponham de tais unidades e o início das ações, visando a implementação de 10 leitos de UTIs adultas, 10 leitos de UTIs pediátricas e 10 leitos de UTIs neonatais. Tal medida baseava-se na Portaria nº 1.101/2002 do Ministério da Saúde, que fixa o número de leitos por habitantes e não estava sendo obedecida, na região de Sobral, que congrega 61 municípios. O pedido foi deferido parcialmente, suspendendo-se, apenas, a multa diária fixada no valor de R\$ 10.000,00. Por fim, no pleito de suspensão de tutela nº 268³⁸³, indeferiu-se o pedido do município de Igrejinha- RS para que fosse suspensa a decisão que determinara o fornecimento do medicamento, constante na lista do SUS, em falta na farmácia do município, à pessoa portadora de leucemia.

Desta forma, o entendimento, pelo STF, de que a simples comprovação da hipossuficiência bastaria ao deferimento deu azo a centenas de decisões por todo o país, nos mais diversos, tribunais – isso se verifica com a diversidade de estados que buscam reverter essas decisões no Supremo Tribunal Federal – deferindo todo e qualquer tipo de tratamento.

³⁸² BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Suspensão de Segurança nº228**. Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 17.06.08.

³⁸³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Suspensão de Segurança nº268**. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, julgado em 22.10.08.

Além disso, o argumento do direito à vida e da dignidade da pessoa humana são recorrentes em sede de primeiro grau. Não obstante, o aprofundamento do debate no campo das políticas públicas de saúde, como forma de realização de direitos sociais, bem como, a inserção de debates como o custo do direito ou qual espécie de medicamento deve ser fornecido (incluindo portarias e listas de medicamentos – tratamentos) permite, de forma incipiente, o estabelecimento de limites e de critérios.

Passa-se de uma não permissividade de ingerência do Poder Judiciário nas políticas públicas à necessária intervenção, em dois momentos: de forma ilimitada (prejudicando a realização de políticas públicas de saúde) e de forma limitada (aproximando-se do fazer da Administração Pública e buscando um sentido constitucionalmente adequado ao direito à saúde). Porém, não se pode olvidar que, por exemplo, e como retratado anteriormente, questões de cunho processual acerca dos meios processuais adequados ao controle de políticas públicas de saúde (individual e coletivo) foram deixadas à margem pelo Supremo Tribunal Federal. Também, limites e critérios uniformes, sem excluir o caso concreto, foram esquecidos. Por isso, na tentativa de buscar uma regulação, foi realizada a Audiência Pública n.º 4.

2.2.2.2. A Audiência Pública n.º 4 e seus primeiros reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

A Audiência Pública n.º 4 foi convocada, pelo Ministro Presidente Gilmar Ferreira Mendes, em 5 de março de 2009, com base no o art. 13, inciso XVII, e com base no art. 363, III, ambos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. A convocação pesou os diversos pedidos de Suspensão de Segurança, Suspensão de Liminar e Suspensão de Tutela Antecipada em trâmite no âmbito desta Presidência. Em tais pedidos, Estado ou Município pretendiam suspender medidas cautelares que determinam o fornecimento das mais variadas prestações de saúde pelo Sistema Único de Saúde - SUS (fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas de UTI; contratação de servidores de saúde; realização de cirurgias; custeio de tratamentos fora do domicílio e de tratamentos no exterior). Nas diversas alegações sempre era recorrente as de lesão à ordem, à segurança, à economia e à saúde públicas, corporificando outro motivo à convocação. Por

fim, a própria repercussão geral e o interesse público relevante das questões suscitadas consubstanciaram a realização da Audiência Pública.

Enquanto um foro privilegiado para debater as questões ligadas às políticas públicas, aproximando-se de uma perspectiva comunitária de jurisdição, a Audiência Pública buscou englobar o maior número de pessoas representantes do setor da saúde, para tanto, buscou ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade, em matéria de Sistema Único de Saúde, objetivando esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde, o que é salutar para transformar o processo numa instância de participação da coletividade (comunidade) e não apenas de indivíduos.

Além disso, ainda no despacho convocatório, houve uma limitação quanto às matérias específicas a serem tratadas durante a Audiência Pública: 1) Responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde; 2) Obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; 3) Obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes; 4) Obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; 5) Obrigação do Estado de fornecer medicamento não licitado e não previsto nas listas do SUS; 6) Fraudes ao Sistema Único de Saúde.

Além disso, há processos que justificaram a convocatória do Ministro Gilmar Ferreira Mendes para auxiliar na decisão dos Agravos Regimentais nas Suspensões de Liminares números 47 e 64, nas Suspensões de Tutela Antecipada números 36, 185, 211 e 278, e nas Suspensões de Segurança números 2361, 2944, 3345 e 3355. Portanto, as atenções da Audiência Pública ficaram voltadas à obrigação do Estado de fornecer medicamento, seja não prescrito por médico do SUS ou não previsto na política pública ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou medicamento não previsto na lista do SUS, além de fraudes realizadas com a indústria dos medicamentos³⁸⁴.

Ela foi realizada entre os dias 27 de abril e 7 de maio de 2009, contou com presença de diversos especialistas, sem contar com as contribuições da sociedade civil para sua realização.

³⁸⁴ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Despacho convocatório da Audiência Pública n.º 4**. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf. Acesso em 14.06.09.

No próprio sítio do Supremo Tribunal Federal foram disponibilizados diversos estudos (artigos acadêmicos ou reflexões), repertório jurisprudencial, seleção de bibliografia para a temática das políticas públicas de saúde, transcrição das falas dos especialistas e vídeos das falas dos especialistas³⁸⁵. Para os limites da pesquisa, analisaram-se as falas dos especialistas, mormente, no tocante ao controle de políticas públicas de saúde voltadas ao fornecimento de medicamentos e, eventuais, reflexos nas decisões do Supremo Tribunal, além dos limites e dos critérios sugeridos ou abordados pelos especialistas.

Na abertura do evento, o Ministro Presidente Gilmar Ferreira Mendes³⁸⁶ reforçou a necessidade de haver uma repartição de competência entre os entes federativos, para fins de responsabilização quanto ao fornecimento de medicamentos ou tratamentos. Em que pese a NOB 01/96, que estipula, do ponto de vista da organização administrativa, as responsabilidades e as divisões entre os entes federativos, bem como, formas de repasse de verbas e da fiscalização; é necessária a repartição pelo legislador a fim de regular as competências oriundas da Emenda Constitucional n.º 29, de forma que permita ao Judiciário a quem incumbir a responsabilidade pelo fornecimento gratuito de medicamentos aos hipossuficientes.

Após o discurso de abertura, o então Procurador-Geral da República Antonio Fernando Barros e Silva de Souza³⁸⁷ fez sua intervenção, em nome do Ministério Público Federal (MPF). Salientou que o MPF defende que há três situações em relação às políticas públicas de saúde, em que seria necessária e cabível a demanda individual: não execução, execução inadequada e inexistência de políticas públicas de saúde, as quais permitiriam a intervenção. Embora a intervenção inadequada não refletiria de imediato, o constante deferimento de demandas individuais em casos não abarcados por essas possibilidades, geraria prejuízos mediatamente.

Afirmou que à elaboração de políticas públicas de saúde há a participação da comunidade, SUS e conselhos de saúde, não podendo haver a intervenção do Poder Judiciário sob a égide de um direito individual à saúde. Defendeu a limitação e os critérios à intervenção

³⁸⁵ Informações disponíveis em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude> Acesso em: 28.11.2009.

³⁸⁶ Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica_MGM.pdf Acesso em: 28.11.2009.

³⁸⁷ Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Dr._Antonio_Fernando_Barros_e_Silva_de_Souza_ProcuradorGeral_da_Republica_.pdf Acesso em: 28.11.2009.

do Judiciário, com base numa decisão jurídica (com base em técnicas médicas e econômicas), quando houver políticas públicas de saúde, no caso de medicamentos fora da lista. Ainda, nesse caso, é importante a observância do registro do medicamento e a tutela da ANVISA, não podendo ser invocada a descentralização para o indeferimento de um medicamento. Para deferir o medicamento deve ser registrado nos moldes da legislação brasileira.

Por outro lado, Leonardo Lorea Mattar³⁸⁸, representando a Defensoria Pública da União, alegou que, sem sombra de dúvida, em função dos recursos e que ao administrador público cabe a feitura de escolhas trágicas, contudo, salientou o efeito pedagógico das decisões judiciais, pois a afirmação pelo Poder Judiciário faria a Administração Pública ajustar-se na elaboração e execução de políticas públicas de saúde. Representando o Ministério da Saúde, Alberto Beltrame³⁸⁹ aproveitou para dizer que a tarefa da Administração Pública é formular e programar políticas sociais, que não há uma *frieza* na atividade do SUS, mas há escassez de recursos, ou melhor, recursos limitados. De tal forma que não se pode confundir um desejo individual a determinado medicamento ou tratamento com um direito coletivo à saúde. A saúde deve ser tratada como bem público, ao invés de bem de consumo, pois os limites financeiros impõem a eleição de prioridades. Conforme o representante do Ministério da Saúde, não há como incorporar todos os medicamentos requeridos nas demandas individuais, somente são possíveis aqueles que não são experimentais, além de uma atenção especial à relação custo/benefício e custo/utilidade. A incorporação de novos medicamentos não pode se curvar às pressões de corporações, indústrias farmacêuticas e interesses mercantis. Por fim, aduz que custear remédio experimental coloca em risco o próprio direito à vida, em função dos possíveis resultados.

Por sua vez, do representante do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Flavio Pansiere³⁹⁰, é possível resumir sua intervenção de que não haveria como o Judiciário limitar à garantia do direito à vida, assim, se fundados por protocolos clínicos deve-se efetivar a todos o acesso a essa prestação do direito à saúde. O Ministro Carlos Alberto

³⁸⁸ Disponível em <
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Dr._Leonardo_Lorea_Mattar_De_fensor_Publico_Geral_da_Uniao.pdf> Acesso em: 28.11.2009.

³⁸⁹ Disponível em <
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Alberto_Beltrami_Secretario_de_Atencao_a_Saude_.pdf> Acesso em: 28.11.2009.

³⁹⁰ Disponível em <
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Flavio_Pansiere_membro_da_Co_missao_de_Estudos_Constitucionais_da_OAB_.pdf> Acesso em: 28.11.2009.

Menezes Direito³⁹¹ salientou a importância de realizar uma aproximação do Poder Executivo ao Poder Judiciário, como há no Rio de Janeiro, no sentido de constituírem uma agenda comum a traçar limites adequados. O representante da Associação dos Magistrados do Brasil, Marcos Salles³⁹², avaliou que as transformações na Constituição legitimam a atividade do Judiciário, desta forma, possuem legitimidade democrática meritória, tendo autorização para controlar políticas públicas, desde que dentro de parâmetros mínimos de controle social.

Por fim, Ingo Wolfgang Sarlet³⁹³, na condição de professor da PUC-RS e representante do meio acadêmico, disse que é preciso distinguir o direito à saúde em duas dimensões: individual e coletiva, também, ter cautela em relação ao *free rider effect*, isto é, conseguir no Judiciário aquilo que não conseguiria da Administração Pública. A exigência do esgotamento da via administrativa, para o ingresso do pedido frente ao Poder Judiciário seria, segundo ele, uma catástrofe.

Para Sarlet “O problema é quem decide com quais critérios”, o que retoma o debate acerca da reserva do possível. Se por um lado não é possível fechar as portas às demandas individuais, principalmente, nos casos em que o tratamento (mesmo que experimental) for de comprovada eficiência àquele caso. Todavia, considera o controle judicial e também preventivo do orçamento, como um todo da sua execução, é um controle que o Judiciário pode fazer, mas também é necessário que quem o provoque invista mais intensamente nessa perspectiva; assim como o controle das informações sobre a execução do orçamento, são medidas que podem ser aperfeiçoadas e podem levar a uma melhor coordenação do sistema como um todo e minimização inclusive dos efeitos individuais.

O presidente do Conselho Nacional de Saúde, Francisco Batista Júnior³⁹⁴, salientou que os dispositivos constitucionais que tratam do direito à saúde, enfatizam a necessidade da participação da comunidade nos processos decisórios na gestão da saúde. O Presidente do

³⁹¹ Disponível em <
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Min._Menezrs_Direito.pdf>
 Acesso em: 28.11.2009.

³⁹² Disponível em <
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Marcos_Salles__assessor_especial_da_Presidencia_da_Associacao_dos_Magistrados_Brasileiros_.pdf> Acesso em: 28.11.2009.

³⁹³ Disponível em <
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Ingo_Sarlet__titular_da_PUC_.pdf>
 Acesso em: 28.11.2009.

³⁹⁴ Disponível em <
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Francisco_Batista_Junior__Presidente_do_Conselho_Nacional_de_Saude_.pdf> Acesso em: 28.11.2009.

Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde, Antônio Carlos Figueiredo Nardi³⁹⁵, afirmou que as decisões de cunho individual têm um custo altíssimo à Administração Pública, que deveria, também, existir uma priorização ao tratamento preventivo. Outra importante intervenção, a qual é importante trazer à lume, é do subprocurador-geral do Estado do Rio de Janeiro, Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas³⁹⁶, pois retrata as atividades integradas entre Poder Executivo e Poder Judiciário, informando acerca da pertinência do medicamento. Tais atividades tratam de temas como os medicamentos sem licitação e o respeito à repartição de competências entre os entes federativos. Por sua vez, a representante da FIOCRUZ, Maria Helena Barros de Oliveira³⁹⁷, aduziu a importância da criação de espaços de consenso entre Poder Executivo e Poder Judiciário, na questão das políticas públicas de saúde e que não se pode reduzir o conceito de saúde aos medicamentos, simplificando, o debate das políticas públicas.

O Defensor Público Chefe da União Substituto, André da Silva Ordacgy³⁹⁸, retomou o debate entre tutela coletiva e tutela individual, ressaltando a importância da tutela coletiva como meio constitucionalmente adequado ao controle de políticas públicas de saúde, da mesma forma, a necessidade da redução do aparato burocrático por parte da Administração Pública. Os debates que se seguiram, nas sessões seguintes, permitiram o aprofundamento dos debates, demonstrando a dificuldade de lidar com controle judicial de políticas públicas. Por exemplo, o presidente do Conselho Nacional de Secretários de Saúde, Osmar Terra, explicou o funcionamento da assistência farmacêutica, explicando que os medicamentos em caráter experimental (em função da sua natureza) estão excluídos da lista, constando apenas os básicos, os estratégicos e os de dispensação excepcional, havendo todo um procedimento criterioso à inclusão de um medicamento na lista.

Tema recorrente nas contribuições que se seguiram, foi a questão da finitude do orçamento dos entes federativos e a impossibilidade de inserir todos os medicamentos e tratamentos nas listas. De igual modo, a dualidade cidadão e consumidor foram debatidos,

³⁹⁵ Disponível em <
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Antonio_Carlos_Figueiredo_Nardi_Presidente_do_Conselho_Nacional_de_Secretarios_Municipais_de_Saude_.pdf> Acesso em: 28.11.2009.

³⁹⁶ Disponível em <
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Rodrigo_Tostes_de_Alencar_Mascarenhas_Subprocurador_Geral_do_Estado_do_Rio_de_Janeiro_.pdf> Acesso em: 28.11.2009.

³⁹⁷ Disponível em <
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sra._Maria_Helena_Barro_de_Oliveira_Representante_da_Fundacao_Oswaldo_Cruz_FIOCRUZ_.pdf> Acesso em: 28.11.2009.

³⁹⁸ Disponível em <
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Andre_da_Silva_Ordacgy_Defensor_Publico_da_Uniao_.pdf> Acesso em: 28.11.2009.

afirmando que à administração cabe satisfazer o cidadão (público) e não o consumidor (privado), o cidadão é o titular de um direito à saúde, sendo preciso um sentido constitucional adequado ao fornecimento de medicamentos, com efeito, exigindo a limitação, pela valorização das listas; ou mesmo, a rejeição de medicamentos experimentais, pois o seu deferimento pelo Poder Judiciário refletiria em violar o direito à vida.

Ademais, houve o esclarecimento em relação ao registro de medicamentos na ANVISA, existindo três classes, inovadores, genéricos e similares. À ANVISA cabe verificar a eficácia e a segurança do medicamento, enquanto ao SUS cabe verificar a efetividade e a eficiência do medicamento, explicando o porquê do medicamento ter registro na ANVISA e não constar na lista de medicamentos. Depois de feita a recomendação ao Ministro da Saúde acerca da incorporação do medicamento, a decisão final advém de debate entre o ministério e os gestores do SUS, dito de outra forma, até a incorporação do medicamento à lista do SUS, há um longo debate acerca da sua necessidade ou não.

Na fala do Juiz de primeiro grau, André de Carvalho Mendonça³⁹⁹, ficou patente a necessidade de uma ação coletiva em se tratando de medicamento não constante na lista, pois, em certas circunstâncias, o juiz fica premido pela necessidade de deferir uma tutela individual (em que pese o custo e o caráter do medicamento), porque seria um caso de *vida ou morte*. Em intervenção, em nome do Colégio Nacional de Procuradores do Estado, do Distrito Federal e Territórios, Luís Roberto Barroso⁴⁰⁰, tentou traçar limites e alguns critérios, que merece citação

[...]a judicialização individual favorece, como regra geral, quem tem mais informação, mais esclarecimento, mais acesso, seja advogado, seja a Defensoria Pública. Eu acho que a judicialização e o atendimento de casos individuais, onde deve haver uma política coletiva, uma política pública, favorece a captura do sistema pela classe média ou pelo menos favorece aqueles que não estão na base mais modesta do sistema. Mas, sobretudo, essa transformação da ação individual em uma ação coletiva permite que se realize a ideia de universalização e a ideia de igualdade. Vai-se realizar e se atender aquele direito para todo mundo, ou não, mas não se vai criar um modelo em que o atendimento passa a ser lotérico - depende de ter informação, depende de cair em um determinado juízo. Portanto, uma política pública, não o atendimento a varejo de prestações individuais.

³⁹⁹ Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Juiz_Federal_Jorge.pdf> Acesso em: 28.11.2009.

⁴⁰⁰ Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf> Acesso em: 28.11.2009.

As demandas individuais, nessa perspectiva, devem versar acerca de medicamentos constantes nas listas, em relação aos medicamentos fora da lista, no caso de demandas individuais. Ao Juiz caberia notificar ao Ministério Público para que transforme a demanda individual em demanda coletiva, *locus* adequado ao debate acerca da formulação de políticas públicas de saúde. Por fim, cabe colacionar, as considerações do representante do Instituto de defesa dos usuários de medicamentos, Antônio Barbosa da Silva⁴⁰¹, que frisou a necessidade de maior participação popular na política de medicamentos, ressaltando que, em muitos casos, não há o mínimo, isto é, o cumprimento de listas de medicamentos.

Aqui, buscou-se apresentar as principais intervenções na Audiência Pública. A mesma deu a oportunidade de escutar advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores, representantes de Organizações Não Governamentais e usuários do Sistema Único de Saúde. O acesso a essa pluralidade de visões em permanente diálogo, permite ao Supremo Tribunal Federal contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica. Com efeito, possibilitou o aperfeiçoamento do controle judicial de políticas públicas, ao permitir que a comunidade aproxime-se do Poder Judiciário⁴⁰².

Concluir acerca dos reflexos, de forma unívoca, acerca da Audiência Pública nas decisões do Supremo Tribunal Federal seria precipitado, contudo os primeiros resultados, em função da Audiência Pública, já podem ser vislumbrados. O STF tende a estabelecer limites e critérios. Com base nas informações coletadas na audiência pública, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes decidiu nas Suspensões de Tutela Antecipada n.º 175 e 178, formuladas pela União e pelo Município de Fortaleza para suspender o fornecimento do medicamento *Zavesca*, foi a primeira vez que o STF utilizou os subsídios da Audiência para fixar orientações sobre a questão. Além dessas, na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 244, que tratava do medicamento *Naglazyme*, foram utilizados argumentos extraídos da Audiência Pública.

⁴⁰¹ Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Antonio_da_Silva.pdf> Acesso em: 28.11.2009.

⁴⁰² SUPTITZ, Carolina Elisa. **O instrumento jurisdicional da audiência pública e os movimentos de sincronia e anacronia com relação à comunidade contemporânea**. Dissertação de Mestrado, apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), 2009.

Para o Ministro Mendes, após a audiência pública é preciso repensar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil, devido ao número de agentes da sociedade envolvidos. Após isso, passou a discorrer sobre pontos fundamentais das demandas. Conforme a decisão, o primeiro limite é a existência ou não de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Dentro de tal limitação, o critério é que o Judiciário não cria políticas públicas ao deferir prestação de saúde abrangida pela política pública, apenas determina cumprimento. Logo, a existência de um direito subjetivo a determinada política pública de saúde é evidente.

Se a prestação não estiver entre as políticas, é preciso verificar se é decorrente de omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecer ou de uma vedação legal à sua dispensação (segundo limite). Como critérios, expõe a necessidade de verificar o registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), além de examinar as razões que levaram o SUS a não fornecer a prestação de saúde.

Outro limite é que o SUS não pode financiar qualquer tratamento, pois poderia gerar o atendimento médico de parcela necessitada da população. Dessa forma, o terceiro critério que o paciente que desejar tratamento diverso deverá comprovar é a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. Por fim, excetua os limites e os critérios, no caso de, por razões específicas do organismo, o requerente comprove que o tratamento do SUS não é eficaz. Por derradeiro, pode-se observar que a Audiência Pública, como espaço comunitário, dá seus primeiros e tímidos resultados na temática do controle judicial das políticas públicas de saúde.

2.2.2.3. Critérios e Limites ao Controle Judicial de Políticas Públicas de Saúde.

Diante das decisões do Supremo Tribunal Federal e da síntese da Audiência Pública n.º 4, resta estabelecer, de forma sucinta, alguns limites e critérios ao controle judicial de políticas públicas de saúde. Quando se está a elaborar limites, deve-se pensar no acesso ou não ao Poder Judiciário, ou seja, as condições prévias para alcançar a tutela judicial. Por outro lado, os critérios, dentro do debate judicial, seriam em que condições o Poder Judiciário deve exercer seu controle. Isso não implica ignorar os diferentes casos, com suas peculiaridades, mas apenas dar limites à questão fulcral como a saúde. Exceções e casos que não se sujeitam a tais limites, critérios haverá e deverão seguir a existir, no entanto, é preciso de parâmetros constitucionais mínimos, para que não se vilipendie o direito social à saúde, isto é, o direito da coletividade à saúde.

Alguns limites precisam ficar consignados, em primeiro lugar, em relação à via processual adequada constitucionalmente. Reafirma-se, *para fins da realização da dimensão comunitária (coletiva) do processo que, em casos que envolvam medicamentos não contemplados pela lista disponibilizada pelo SUS, seja, preferencialmente, utilizada a Ação Civil Pública*⁴⁰³. Contudo, tal ação deverá ter uma comunidade no seu polo ativo, não caberá apenas a um indivíduo. No caso de ingresso de demanda individual para obter medicamento não constante em lista do SUS, deve o juiz intimar o Ministério Público para que promova ação coletiva. Promovida a ação, deverá ter como critério, o Poder Judiciário, a análise dos motivos para não constar tal medicamento nas listas. Cabe ao Judiciário verificar: a) se é omissão administrativa; b) omissão legislativa; c) dos motivos da Administração Pública. Outro critério fundamental é se o remédio possui a tutela da ANVISA e, se não foi feito o registro, quais os motivos justificadores da agência⁴⁰⁴.

Desta forma, será um dos momentos de aplicação do princípio da proporcionalidade, verificando se a decisão da agência reguladora ou da Administração Pública foi adequada. Além disso, devem ser observadas duas perspectivas inerentes ao direito à saúde, na ordem constitucional de 1988: o direito à saúde constitui simultaneamente um direito de defesa (impedindo ingerências do Estado, terceiros e garantindo a cada um o direito à saúde),

⁴⁰³ Novamente, conforme a Lei n.º 11.448 de 2007, a Defensoria Pública passou a figurar no rol de legitimados para propor Ação Civil Pública.

⁴⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>> Acesso em: 29.11.09.

igualmente, há o direito à saúde da coletividade, o qual impõe ao Estado a realização de políticas públicas de saúde, tais como tratamentos e fornecimentos de medicamentos⁴⁰⁵. Destarte, é preciso conjugar no controle judicial essas duas visões, pois devem estar amoldadas aos permissivos constitucionais, como à execução de receitas e despesas públicas. Isto é, não se pode perder de vista o orçamento do ente federativo destinado às políticas públicas. Para tanto, há duas situações, o respeito às diretrizes orçamentárias constitucionais e o caso de desrespeito a essas diretrizes, no caso da saúde pública. Tais parâmetros permitem limitar as ações públicas às possibilidades de execução das políticas públicas de saúde⁴⁰⁶.

*O desrespeito às diretrizes orçamentárias, também, poderá ensejar uma ação (individual)*⁴⁰⁷ ao fornecimento do medicamento constante em lista e não fornecido; ao fornecimento de medicamento não presente em lista, desde que registrado pela ANVISA. No caso das políticas públicas estarem adequadas aos limites da lei orçamentária, constitucionalmente, previsto à saúde pública, será preciso recorrer à ação coletiva para modificar eventual medicamento ou tratamento. *Quanto ao medicamento não previsto em lista*⁴⁰⁸ é preciso ponderar que, não há, como dito na audiência pública, como fornecer todos os medicamentos, devido à escassez de recursos. Logo, quanto aos medicamentos (tratamentos) não previstos na lista, *o Poder Judiciário poderá deferir, numa demanda individual, excepcionalmente, um medicamento não previsto, mas com registro pela ANVISA e sem registro, no caso de peritos judiciais atestarem o medicamento, desde que comprovadas as circunstâncias pessoais do requerente, não havendo alternativa*. De outro modo, os tratamentos experimentais (sem registro) não devem ser deferidos nem por ação individual, nem por demanda coletiva, por colocar em xeque o próprio direito à vida – ou mesmo servir de manobra à indústria farmacêutica.

Contudo, o medicamento não previsto em lista e com registro, poderá ser objeto de ação coletiva visando modificar a lista do SUS, sem perder de vista as necessidades da região – ao qual o medicamento deve ser fornecido – e o custo frente a medicamentos similares ou

⁴⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, 2001.

⁴⁰⁶ LEAL, Rogério Gesta, *op. cit.*, 2006, p. 69.

⁴⁰⁷ O orçamento deve servir de base a atividade administrativa prestacional, desde que dentro dos limites estipulados constitucionalmente. TORRES, Silvia Faber. *Direitos Prestacionais, Reserva do Possível e Ponderação: breves considerações e críticas*. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. **Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 784.

⁴⁰⁸ Do contrário, com estímulo ao ativismo judicial, teremos sob a ótica da *macrojustiça* uma série de escolhas individuais racionais que produzem um resultado coletivo irracional. AMARAL, Gustavo, *op. cit.*, p. 179. LIMBERGER, Têmis. O dogma da discricionariedade administrativa: a tensão instaurada entre os poderes Judiciário e Executivo devido às políticas públicas de saúde. **Revista Interesse Público**, ano 11, n.º57, p. 77-98, set./out. 2009. p. 95-96.

que causem o mesmo efeito. Ainda em relação aos medicamentos constantes na lista, deverá inserir no debate judicial a questão dos custos dos direitos, não é uma inimiga ou artifício ideológico, para denegar pedidos, analisar o custo e o benefício é converter o Direito num poderoso instrumento de transformação social, diferente da mera instrumentalização econômica do Direito, como apresentado anteriormente⁴⁰⁹.

Aqui é preciso ter consciência de que qualquer direito representa um custo ao Estado – seja positivo ou negativo – sendo condição à realização do direito à saúde conjugar tal aspecto, considerando a própria condição de modernidade tardia do Brasil. Não se descartam medidas de cunho social, todavia, permite-se que essas medidas sejam adequadamente refletidas e corretamente implementadas, otimizando as escolhas públicas em um cenário de escassez de recursos⁴¹⁰. Dentro da perspectiva de escassez, deve haver um *estímulo à via administrativa*⁴¹¹, proporcionando uma aproximação entre Poder Executivo e Poder Judiciário, de tal sorte, não se pode perder de vista que compõem os dois compõem o Estado. A separação em poderes (funções) buscava a descentralização do Poder. Isso autorizou a Administração a ter uma organização própria, sem perder de vista que tanto Judiciário quanto Executivo, compusessem o Estado.

Cerca de 2/3 (dois terços) das ações sobre medicamentos, referem-se aos fármacos de uso contínuo, a exames e da compreensão ampla, em matéria de medicamentos, nos quais estão compreendidos fraldas, leite, complementos alimentares, etc⁴¹². Então, fora dos casos emergenciais, banaliza-se o direito fundamental de acesso ao Judiciário, comprometendo os casos em que a vida está realmente em perigo.

A Administração Pública, de outra mão, é uma estrutura burocrática enorme, que torna a busca do medicamento ou do tratamento de saúde uma verdadeira “via crucis” fazendo com que a pessoa que dele necessita se veja em um emaranhado de repartição de competências entre os entes da federação com relação às responsabilidades que cada um tem. As alternativas administrativas não existem em todos os estados e o recurso ao Poder Judiciário também é um longo caminho. Então, quando o cidadão já está fragilizado com a enfermidade enfrentar todos estes percalços, fazer movimentar toda esta estrutura burocrática é algo

⁴⁰⁹ GALDINO, Flávio, *op. cit.*, p. 252.

⁴¹⁰ *Idem*, p. 271.

⁴¹¹ Estimulando a revisão do próprio modelo *hospitocêntrico* da saúde no Brasil. AMARAL, Gustavo, *op. cit.*, p. 182.

⁴¹² MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. **A responsabilidade dos entes da federação e financiamento do SUS.** Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em 8/7/2009.

penoso⁴¹³. De tal sorte, é preciso uma urgente aproximação entre Poder Judiciário e Poder Executivo, a exemplo do que ocorre no estado do Rio de Janeiro, como relatado anteriormente.

Por outro lado, em se tratando da *reserva do possível, somente pode ser invocada se houver comprovação cabal de que os recursos destinados às políticas públicas de saúde estão sendo devidamente disponibilizados de forma proporcional aos problemas encontrados pelos agentes públicos e de forma eficiente*, a fim de que haja plena capacidade do exercício de um direito, em menor tempo possível. Diferente de ser um limite à concretização de políticas públicas de saúde, a reserva do possível deve ser pensada como obrigação ao Poder Público reservar o total de recursos disponíveis pelo orçamento às políticas públicas de saúde⁴¹⁴. É preciso que a Administração Pública construa critérios razoáveis e ponderados para escalonar minimamente o atendimento cada vez mais massivo de fornecimento de medicamentos e de tratamentos à população carente. Tal tem sido a risco exposto à vida que a intervenção do Poder Judiciário torna-se eminente, merecendo critérios e limites⁴¹⁵. Daí surge a importância da restrição da discricionariedade e da aplicação da proporcionalidade.

Portanto, em caso de *judicialização das políticas públicas de saúde, em ação coletiva, visando alterar as listas de medicamentos, o Judiciário deve determinar que a Administração forneça medicamentos de eficácia clínica*. Ademais, o Judiciário deve optar por substâncias disponíveis no Brasil e por fornecedores situados no território nacional. Por fim, dentre os medicamentos de eficácia comprovada, deve privilegiar aqueles de menor custo, como os genéricos⁴¹⁶. Além disso, caberá ao Poder Judiciário uma ação integrada junto ao Poder Executivo, em prol da transparência da Administração Pública e do melhor conhecimento da motivação dos atos que deram azo à escolha de determinado medicamento, a despeito de outro.

Por derradeiro, é necessária a intervenção do Poder Judiciário, no Brasil, para a realização do direito social à saúde, no entanto, limites e critérios são iminentes para que o controle não obste a atividade administrativa. A saúde, pela própria sensibilidade do tema,

⁴¹³ LIMBERGER, Têmis; SOARES, Hector Cury. **As Políticas Públicas, a Democracia e a Burocracia: caminhos e (des)caminhos do Poder Judiciário em busca dos critérios para efetividade do direito à saúde**. Trabalho Apresentado no XVIII CONPEDI, realizado em São Paulo-SP.

⁴¹⁴ SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. **Revista Interesse Público**, n.º 32, jul/ago, 2005. p. 225. KRELL, Andreas Joachim, *op. cit.*, p. 52.

⁴¹⁵ LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 152-153.

⁴¹⁶ BARROSO, Luis Roberto, *Idem*.

tende a promover o deferimento de diversas demandas em desacordo com as diretrizes da Administração Pública, sendo urgente uma melhor harmonização entre Judiciário e Executivo. Foi preciso traçar desde as espécies de demandas adequadas até os casos de deferimento, antes de qualquer coisa, ficou evidenciado a necessidade de um diálogo constante entre Executivo e Judiciário. Traçar tais limites e critérios, não implica engessar a atividade do julgador ou do administrador, tratam-se, apenas, de parâmetros mínimos adequados à ordem constitucional, para que o texto constitucional possa transformar a ordem social, desiderato do Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

“Nenhum povo confia naqueles pretendam dispor de um status superior que os dispense de explicar seus atos e justificar os mesmos”

Eduardo García de Enterría

O pensamento do jurista espanhol Eduardo García de Enterría é fulcral ao se tratar do controle da Administração Pública. Embora não tenha sido o tema central da dissertação, uma vez que a pesquisa buscou estabelecer limites ao controle de políticas públicas de saúde, tanto do ponto de vista processual, quanto do ponto de vista material, diferente do puro e simples controle da Administração Pública, o qual envolveria maior complexidade. Tarefa que englobou aspectos dogmáticos, empíricos e, finalmente, normativos. Dentro dessa tríade, do ponto de vista metodológico, a pesquisa foi direcionada a responder se seria possível estabelecer limites e quais seriam os limites e os critérios ao controle judicial da saúde pública no Brasil.

Na medida dogmática, buscou-se desenvolver uma revisão dos principais conceitos envolvidos na temática do controle de políticas públicas, procurando desenvolver a superação do paradigma liberal-individualista, em prol do controle de políticas públicas adequado aos parâmetros do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a Constituição representa o movimento do retorno do direito no País, pela defesa intransigente da efetivação do sistema de direitos constitucionalmente assegurados e do papel ativo do Poder Judiciário. Resgata-se a

força do direito, emergindo a necessária releitura de institutos consagrados, que abrange desde o direito processual ao Direito Administrativo.

Como dito, no limiar da pesquisa, a linguagem dos direitos deve ser repensada com o advento do Estado (Social) Democrático de Direito, pois a dimensão exigida pelos direitos fundamentais, de cunho social, só consegue cabal realização com a garantia do regime democrático. Para além da proteção das esferas de autonomia individual e dos direitos individuais, pressupõe-se a existência das regras da democracia política. Um movimento que implica projeto voltado à coletividade, à eficácia. A legitimidade democrática converte-se em fundamento à estrutura estatal, isto é, aos “três poderes”. Mesmo com tal atualização, os direitos sociais, como o direito à saúde, foram solapados no Brasil, por uma tentativa de progresso de políticas neoliberais somados a perda de sentido pós-moderna, na qual os indivíduos sobrepõem-se à comunidade e à dimensão cidadã perde-se, gerando um engrossamento das filas por medicamentos. Por consequência da política neoliberal, há um maciço indeferimento, pelo Poder Executivo (até de medicamentos constantes na lista), cabendo aos indivíduos recorrer ao Poder Judiciário (dentro da dinâmica do Estado Democrático de Direito).

Como se pode observar, a *equação* – e não se quer com essa expressão, simplesmente, tornar a realização de políticas públicas um mero cálculo – é mais complexa do que o simples deferimento pelo Poder Judiciário de demandas intentando o fornecimento gratuito de medicamentos. Implementar políticas públicas de saúde não é tão simples, pois os recursos são escassos e, muitas vezes, não resta alternativa ao Administrador Público, a não ser negar o medicamento demandado. Para se ter ideia, nos últimos três anos, o gasto com fornecimento de medicamentos com base em demandas individuais cresceu 123%, o que representa um expressivo aumento no gasto da saúde com medicamentos. Não se quer de forma alguma tolher o acesso aos medicamentos pela via judicial, contudo a Administração Pública na elaboração da lista de medicamentos para fornecimento gratuito, a faz de forma motivada. Isso significa dizer, que a lista não é feita ao acaso, mas considerando as necessidades básicas (e excepcionais) dos brasileiros, em todo o território. Ao deferir a demanda individual, o Poder Judiciário, além de invadir a esfera do Poder Executivo, não sabe se aquele medicamento (ou tratamento) é realmente efetivo para aquele paciente ou se vai surtir o resultado esperado.

Nessa perspectiva, apresentou-se a possibilidade de priorização de demandas coletivas, entretanto o coletivo para os limites da pesquisa foi ampliado à comunidade, no

sentido de conglomeração de valores comuns. A comunidade tem como finalidade a própria comunidade, formada por um fluxo de interação entre homens com fluxo de doação e entrega efetiva. Homens que se deixem unir por um mesmo laço, em prol de valores comuns. Comunidade gera fraternidade, a qual os indivíduos da sociedade civil opõem-se terminantemente. Apresentar a proposta de demandas comunitárias seria afim ao próprio sentido do Estado Democrático de Direito, calcado na solidariedade. Entretanto, o que esse pode observar é a propagação de ações individuais, quando não há a disseminação de ações coletivas, porém massificadas. As demandas massificadas são aquelas constituídas por diversos indivíduos (direitos individuais homogêneos). Neste caso, está-se diante de posturas que não visam dar um sentido Democrático e social ao Estado, mas, pelo contrário, apenas reafirmam a dimensão fundamentalmente liberal do Estado.

Por sua vez, a garantia de uma jurisdição que valorize o aspecto coletivo (comunitário) terá como condão a possibilidade de democratizar o acesso ao Poder Judiciário. Daí uma necessária valorização de espaços de participação, que permitam o acesso da comunidade, aproximando a cidadania dos processos decisórios. Elementos processuais como as tutelas coletivas e a Audiência Pública, permitem à comunidade sua manifestação ativa, para definir os elementos de participação da comunidade na efetivação e na formulação de política públicas de saúde. As leis n.º 9868 e 9882 regulam o instituto da Audiência Pública, superando os instrumentos de democracia tradicional e atendendo os anseios comunitários de mais democracia ou de novos parâmetros democráticos. Com isso, há a democratização de outros espaços, que não somente o espaço da política, mas, também, o espaço judicial para a participação da comunidade, de tal sorte, proporciona-se a multiplicidade de locais para a promoção da democracia.

Daí que se entende pela priorização da tutela coletiva de direitos, no caso de um medicamento que esteja fora da lista ou de um tratamento novo, ainda não presentes nas listas do Poder Público. A discussão coletiva obrigará um exame no contexto geral das políticas públicas de saúde e os legitimados terão melhores condições de trazer elementos aos autos. Também, no litígio individual, o Juiz perde de vista as necessidades relevantes e as imposições orçamentárias (que serão examinadas na esfera coletiva); além, é claro, da decisão, na ação coletiva, produzir efeitos para todos. A tutela individual resta eficiente para aqueles casos em que o Poder Executivo negar o fornecimento gratuito de medicamento presente na lista.

Após essa afirmação acerca da tutela coletiva (comunitária), buscou-se identificar a contribuição do Estado Democrático de Direito à compreensão do controle judicial de políticas públicas, no redimensionamento dos momentos de intervenção pelo Poder Judiciário e, também, na (re)definição dos instrumentos processuais adequados a tal controle. Na questão atinente à elaboração e formulação de políticas públicas, a presença de um regime democrático, a separação de poderes, as políticas de direitos, a sistemática de grupos de interesses, partidos políticos fracos e governos de coalizão são fatores elencados como origem da delegação de poderes para decidir acerca das citadas políticas, por parte do Poder Judiciário.

No entanto, não foram os únicos fatores a serem considerados pela presente pesquisa, a própria condição de modernidade tardia do Brasil e o avanço do individualismo (da técnica), típico da tardo-modernidade, também compõem o conteúdo da judicialização da política, realidade que, de um modo ou de outro, denota a relativa fragilidade das outras instituições e do déficit de legitimidade da instância política. Todavia, não se pode perder de vista que o Judiciário compõe apenas uma das esferas do Poder, há que se pensar na criterização deste tipo de intervenção, seja sob o ponto de vista do imperativo da justificação ou da fundamentação, conforme prevê o artigo 93, IX, da Constituição Federal.

Nessa linha de raciocínio, verificou-se a necessidade de valorizar as demandas coletivas como adequadas (não únicas) para um maior equilíbrio na equação orçamento (gasto público com medicamentos) *versus* efetivação do direito ao fornecimento de medicamentos pelo Estado e a própria proposta de solidariedade social. Além disso, a valorização da solidariedade social refletirá no estímulo à utilização de instrumentos coletivos, aproximando-se do *topos* antropológico do Estado Social e Democrático de Direito. Ademais, o controle judicial de políticas públicas de saúde não pode traduzir-se em demandas individuais visando o acesso a medicamentos que não constam em listas fornecidas pelo Sistema Único de Saúde. Deve-se atentar a possibilidade de controle que estabeleça a efetivação de políticas públicas para a coletividade. É preciso uma atuação comprometida da jurisdição constitucional, principalmente, no controle de constitucionalidade das leis voltadas a constituírem um sentido coletivo ao direito à saúde, possibilitando a todos, o acesso aos medicamentos.

Visto a importância, tratou-se dos instrumentos processuais adequados ao controle de políticas públicas de saúde no Estado Democrático de Direito. Concluiu-se pela restrição da perspectiva, ainda sustentada no salientado individualismo, de utilizar a Ação Civil Pública para realizar direitos individuais homogêneos, em políticas públicas. Ao adotar-se essa

postura, reponde-se ao direito individual massificado, ou seja, há apenas uma pluralidade de indivíduos no polo ativo da relação, ainda encontra-se distante da perspectiva comunitária preconizada pela dissertação. A despeito disso, a Ação Civil Pública pode ser riquíssimo instrumento processual, desde que seu sentido seja constituído em consonância com a leitura comunitária do direito processual. Instrumentos, como a Ação Civil Pública, devem ser conservados para casos que atendam à coletividade. No entanto, a própria constituição do sentido da expressão “coletividade” deve ser atentamente observada. No início da pesquisa, relatou-se que não se pode confundir coletividade com massificação, porém, do ponto de vista processual, é indiferentemente aplicado. Por conseguinte, a oportunidade de tornar a esfera processual em condição de possibilidade à participação fecha-se, na medida em que tutelas massificadas apenas somam indivíduos num dos polos da ação.

Estudado o controle prévio ou as condições de controle, a segunda parte do trabalho buscou estabelecer o papel do julgador. Dito de outro modo, se houve acesso ao Poder Judiciário, pesquisou-se como se deve comportar o Judiciário e quais os reflexos disso no Direito Administrativo (considerando as políticas públicas como parte desse ramo do direito). Na primeira parte, o estudo dos princípios como possibilidade de deferimento a quaisquer demandas, se não houver uma constituição de sentido adequada à perspectiva solidária, comunitária. Caso contrário, o emprego de princípios constitucionais pode dar azo ao arbítrio em decisões vinculadas às políticas públicas de saúde. Não obstante, são de fundamental importância como limitadores do arbítrio da Administração Pública.

Desta forma, os princípios constitucionais (jurídicos) não somente têm como destinatário o Poder Judiciário para a concretização de direitos sociais. Aplicar princípios resulta numa dupla face, dentro dos limites da pesquisa: a primeira face é a sua concretização pelo Poder Judiciário como abertura, mas como limitador – como será visto adiante -, a segunda face é servir de limitação à própria Administração. Não se pode olvidar da importância dos princípios constitucionais como limitadores à atuação da Administração Pública. Cotidianamente, dá-se uma extrema importância à aplicação dos princípios por parte do Poder Judiciário, esquecendo-se de sua fundamental importância ao exercício da Administração Pública. Há a substituição da lei pela Constituição como cerne das condutas dos agentes públicos. De uma reserva de lei passa-se a uma reserva vertical da Constituição.

A Administração Pública deverá ser eficaz, eficiente, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade, respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. No

caso das políticas públicas, o princípio da eficiência assume papel fulcral, sendo critério de adensamento e objetivação; como dito anteriormente, sendo necessário o acompanhamento da política pública como um processo para se notar a concreção ou não de tal princípio. Para tanto, será fundamental o respeito aos deveres constitucionais e à motivação, em todo o processo de elaboração e execução de uma política pública.

Todavia, se por um lado, a invasão dos princípios constitucionais balizam, em tempos de *pós-tudo*, pós-positivismo e neoconstitucionalismo servem como limitadores e auxiliam a reescrever os cânones do Direito Administrativo, maior papel (ou de mesma importância) à presença dos princípios constitucionais à hermenêutica jurídica. Por outro, é preciso constituir sentido aos princípios, não basta eleger um princípio como fundo justificador de uma decisão que defere ou nega determinado tratamento ou medicamento na esfera judicial, refletindo diretamente na composição das políticas públicas de saúde. De tal sorte, a perspectiva hermenêutica apresentada foi de superação de concepções metafísico-essencialistas, em prol do acontecer hermenêutico comunitário, permitindo, desta maneira, o fim do arbítrio do sujeito, fim da descrição (atividade subjetiva) do jurista tradicional – inserido no paradigma epistemológico da filosofia da consciência. Somente um Poder Judiciário comprometido com o olhar constitucional às práticas administrativas, em termos de políticas públicas, será possível avançar na questão da constitucionalização.

Com efeito, partiu-se para a última etapa da pesquisa, na qual se rompeu com alguns modelos estabelecidos acerca do controle de políticas públicas e, com base nesse rompimento, buscou-se uma nova significação ao controle de políticas públicas, consoante as necessidades do constitucionalismo de início de século XXI e, por conseguinte, adequado ao Estado Democrático de Direito. A partir dessa (re)significação, estabeleceram-se os parâmetros de controle das políticas públicas de saúde, com base em decisões do Supremo Tribunal Federal e na Audiência Pública n.º 4, corroborando o aspecto empírico e, também, o normativo, ao estabelecer critérios e limites ao controle judicial de políticas públicas. Observou-se que, no tocante ao controle da elaboração de políticas públicas, o âmbito de intervenção do Judiciário é mais restrito (espaço de discricionariedade da Administração Pública), enquanto no controle de execução de políticas públicas, seria mais amplo. A discricionariedade administrativa é limitada por princípios, mas protegida pelos mesmos princípios.

Assim, mesmo no exercício do poder discricionário, em matéria de políticas públicas, levantada toda a dificuldade de transpô-la ao campo jurídico, há a possibilidade de revisão por meio do Poder Judiciário. A presença do Judiciário torna-se fundamental em democracias de

países de modernidade tardia, cumpre o papel de afirmar e realizar os direitos fundamentais. Porém, entende-se que é preciso a manutenção de um espaço de discricionariedade à atuação da Administração Pública, não existindo uma limitação plena ao agente público. Nos influxos pós-positivistas, neoconstitucionalistas, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ganham espaço e pretendem dar novas luzes à discricionariedade.

Por fim, fez-se uma breve leitura dos deslocamentos no Supremo Tribunal Federal no controle de políticas públicas de saúde. O entendimento, pelo STF, de que a simples comprovação da hipossuficiência bastaria ao deferimento deu azo a centenas de decisões por todo o país, nos mais diversos, tribunais – isso se verifica com a diversidade de estados que buscam reverter essas decisões no Supremo Tribunal Federal – deferindo todo e qualquer tipo de tratamento. Além disso, o argumento do direito à vida e da dignidade da pessoa humana são recorrentes em sede de primeiro grau. Não obstante, o aprofundamento do debate no campo das políticas públicas de saúde, como forma de realização de direitos sociais, bem como, a inserção de debates como o custo do direito ou qual espécie de medicamento deve ser fornecido (incluindo portarias e listas de medicamentos – tratamentos) permite, de forma incipiente, o estabelecimento de limites e de critérios. Nesse sentido, a Audiência Pública, como espaço comprovado democrático, permitiu a ampliação do objeto, de tal maneira, que se autorizasse a aprofundar a complexidade, convertendo-se em pequenos resultados, do ponto de vista jurisprudencial.

A Audiência Pública, de outra forma, deu a oportunidade de escutar advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores, representantes de Organizações Não Governamentais e usuários do Sistema Único de Saúde. O acesso a essa pluralidade de visões em permanente diálogo, permite ao Supremo Tribunal Federal contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica. Com efeito, possibilitou o aperfeiçoamento do controle judicial de políticas públicas, ao permitir que a comunidade se aproxime do Poder Judiciário. Os reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, embora apresentados na pesquisa, são incipientes, é preciso mais tempo e uma análise, principalmente, de decisões colegiadas para que se possa avaliar, pormenorizadamente, os reflexos da Audiência Pública. Inquestionável é seu papel de abertura à democratização da jurisdição, dando voz à comunidade.

Finalmente, em âmbito normativo, tentou-se traçar alguns limites e critérios às políticas públicas de saúde, visando a maior efetividade e afirmação do direito social à saúde,

calcado na perspectiva comunitária, tão repetida e afirmada como fundamental à superação do refluxo individualista. Limites e critérios que partiram desde o acesso ao Judiciário, por meio de uma tutela judicial, até o controle de leis orçamentárias, ou da previsão ou não em lista, de determinado medicamento. Isso não torna o debate estanque, mas parte de parâmetros, os quais a pesquisa e os referenciais teóricos adotados conduziram a essas respostas, que parecem, satisfatórias diante do método proposto inicialmente, quando do princípio e da elaboração da pesquisa, bem como, diante das reformas que sofrera face à qualificação, sendo assimiladas e incorporadas as sugestões então feitas, alguns desses limites e desses critérios:

a) Para fins da realização da dimensão coletiva do processo que, em casos que envolvam medicamentos não contemplados pela lista disponibilizada pelo SUS, seja utilizada, preferencialmente, a Ação Civil Pública;

b) Desrespeito às diretrizes orçamentárias, também, poderá ensejar uma ação (individual);

c) O Poder Judiciário poderá deferir, numa demanda individual, excepcionalmente, um medicamento não previsto, mas com registro pela ANVISA ou sem registro, se peritos judiciais preencherem lacuna deixada pela a ANVISA, desde que comprovadas as circunstâncias pessoais do requerente, não havendo alternativa o medicamento não previsto em lista e com registro, poderá ser objeto de ação coletiva visando modificar a lista do SUS;

d) Reserva do possível somente pode ser invocada se houver comprovação cabal de que os recursos destinados às políticas públicas de saúde estão sendo devidamente disponibilizados de forma proporcional aos problemas encontrados pelos agentes públicos e de forma eficiente;

e) Judicialização das políticas públicas de saúde, em ação coletiva, visando a alterar as listas de medicamentos, o Judiciário deve

determinar que a Administração forneça medicamentos de eficácia clínica;

f) Estímulo à via administrativa.

Portanto, não está longe de finalizar o debate das políticas públicas de saúde. A Audiência Pública foi prova de que o debate acerca do controle judicial das políticas públicas de saúde caminha a passos largos ao amadurecimento. Outras visões e outras abordagens surgirão tamanha a riqueza da temática. Como proposta da dissertação, tentou-se fazer uma releitura de alguns aspectos já massificados, no entanto, com leituras distintas do ponto de vista do referencial teórico. Principalmente, dentro do Direito Administrativo, frente à presença de poucos estudos jurídicos, que contemplam às políticas públicas como categoria do Direito Administrativo, implicando uma nova releitura da própria Administração Pública e seus cânones teóricos. Por fim, intentou-se estabelecer parâmetros ao controle judicial de políticas públicas, com a perspectiva de diminuir a tensão existente entre o Poder Judiciário e Poder Executivo, demonstrando a complexidade da elaboração de políticas públicas de fornecimento gratuito de medicamentos, em países periféricos como o Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALFONSO, Luciano Parejo. **Estado Social y Administracion Publica**. Madrid: Civitas, 1983.

ALFONSO, Luciano Parejo (et. al.). **Manual de Derecho Administrativo**. Barcelona: Ariel, 1990.

ALONSO JR, Hamilton. *A ampliação do objeto nas ações civis públicas na implementação de direitos fundamentais*. In: MILARÉ, Édís (coord.). **Ação Civil Pública: Lei n.º 7347/1985 – 15 anos**. São Paulo: RT, 2001.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDERSON, Perry. **As Origens da Pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

_____. *Balanço do neoliberalismo*. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo. **Pós-neoliberalismo**. São Paulo: Paz e Terra, 1995.

APPIO, Eduardo Fernando. **O Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

_____. **Eichmann em Jerusalém**. São Paulo: Diagrama & Texto, 1983.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de. **Direito e Século XXI: conflito e ordem na onda neoliberal pós-moderna**. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas. **Revista de Direito Administrativo**. n.º 240, p. 83-104, abr./jun, 2005.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: parâmetros objetivos e tutela coletiva**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>> Acesso em: 29.11.09.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. **Anuário Iberoamericano de Justiça Constitucional**, n.º 5, 2001,

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**. n.º 240, p. 1-42, abr./jun, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

_____. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

_____. **A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

_____. **A ética pós-moderna.** São Paulo: Paulus, 1997.

_____. **Vida para consumo. A transformação das pessoas em mercadorias.** Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Ainda faz sentido a constituição dirigente? **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, vol. 1, n. 6, p. 149-162, 2008.

_____. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 142, p. 35-51, abr.-jun, 1999.

BEZERRA, Marcos Otávio. **Corrupção: Um Estudo sobre o Poder Público e relações pessoais no Brasil.** Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constituição.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BLEICHER, Josef. **Hermenêutica Contemporânea.** Lisboa: Edições 70, 1980.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado.** São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Indicadores Econômicos. Produto Interno Bruto.** Disponível em < <http://www.bcb.gov.br/?INDECO> > acesso em: 02.11.08.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Indicadores e Dados Básicos do Brasil (1995-2006).** Disponível em < http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/idb2007/e07_2000.htm > acesso em: 02.11.08.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Ações Judiciais Comprometem Política Pública de Saúde.** Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/aplicacoes/noticias/noticias_detalhe.cfm?co_seq_noticia=53828> acesso: 04.11.08.

BRASIL. PREFEITURA MUNICIPAL DO RIO DE JANEIRO. **Resolução da Secretaria Municipal de Saúde nº 1139 de 2005.** Disponível em <<http://www.saude.rio.rj.gov.br/media/Rsms1139.doc>> Acesso: 17.12.09.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Informativo do STJ n.º 407. Recurso Especial n.º 716.712.** Rel. originária Min. Eliana Calmon, Rel. para acórdão Min. Herman Benjamin, julgado em 15/9/2009.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 616.551-3.** Min. Rel. Eros Roberto Grau, Segunda Turma, julgado em 23.10.2007.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 648.971.** Min. Rel. Eros Roberto Grau, Segunda Turma, julgado em 04.09.2007.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 534.908-0.** Min. Rel. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 11.12.2008.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Despacho convocatório da Audiência Pública n.º 4.** Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf>. Acesso em 14.06.09.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário n.º 163.231-3.** Relator Ministro Maurício Correia, julgado em 27.07.97.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n.º 566.471**. Min. Rel. Marco Aurélio, julgado em 07.12.2007.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Suspensão de Tutela Antecipada n.º 198**. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, julgado em 22/12/2008.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Suspensão de Tutela Antecipada n.º 198**. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, julgado em 22/12/2008.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Suspensão de Tutela Antecipada n.º 198**. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, julgado em 22/12/2008.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Suspensão de Segurança nº3073**. Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 09.02.07.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Suspensão de Segurança nº223**. Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 18.03.08.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Suspensão de Segurança nº228**. Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 17.06.08.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Suspensão de Segurança nº268**. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes, julgado em 22.10.08.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Desenvolvimento e Crise no Brasil: história, economia e política de Getúlio Vargas a Lula**. São Paulo: Editora 34, 2003.

BUARQUE, Cristovam. **O colapso da modernidade brasileira e uma proposta alternativa**. Rio de Janeiro: Terra e Paz, 1991.

BUBER, Martin. **Sobre a Comunidade**. São Paulo: Perspectiva, 2008.

_____. **Eu e Tu**. São Paulo: Centauro, 2001.

BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. As Políticas Públicas e o Direito Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, v. 13, p.134-144, 1996.

_____. *O conceito de política pública em direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionariade Administrativa – No Estado Constitucional de Direito**. Curitiba: Juruá, 2006.

CALMON DE PASSOS, J. J. **Democracia, Participação e Processo**. In: DINAMARCO, C. R.; GRINOVER, A. P.; WATANABE, K (orgs.). **Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. **Direito, Poder, Justiça e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **“Custos do Estado” e Reforma do Estado**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2004.

_____. **Estado de Direito**. Lisboa: Gradiva, 1999.

_____. Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. Ano 4, n.º 15, abril-junho 1996, pp. 7-17.

_____. *O Estado Garantidor. Claros e Escuros de um Conceito*. In: AVELÃS NUNES, António José; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coords.). **O direito e o futuro – o futuro e o direito**. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. a. 19, n. 67, 2008, p. 15-68.

_____. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CARVALHO, José Murilo de. **A Construção da Ordem & Teatro de Sombras**. Rio de Janeiro: Ed. UFRJ, Relume-Dumará, 1996.

CASTANHEIRA NEVES, António. **O Direito hoje com Que Sentido? O problema actual da autonomia do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

CHAPUS, René. **Droit Administratif General**. Paris: Montchrestien, 1997.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Bolo Horizonte: Fórum, 2009.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CLÈVE, Clemerson Mèrlin. **Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 10.10.09.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Saraiva, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. In: MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba. Direito Administrativo e Constitucional**. São Paulo: Malheiros, s/d.

_____. **Para viver a democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1989.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade Contratual e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003.

COSTA, Nilson do Rosário. **Políticas públicas, justiça distributiva e inovação. Saúde e saneamento na agenda social**. São Paulo: Hucitec, 1998.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Pensar o Direito. II. Da Modernidade à Postmodernidade**. Coimbra: Almedina, 1991.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DI PIETRO, Maria Zanella. O Princípio da Supremacia do Interesse Público: Sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. **Revista Trimestral de Direito Público**. n.º 48, p.63-76, 2004.

DROMI, Roberto. **Modernización del Control Público**. Madrid: Hispana Libros, 2005.

D'SPAGNAT, Bernard. **Uma Incerta Realidade: o mundo quântico, o conhecimento e a duração**. Lisboa: Piaget, 1995.

DUFOUR, Dany-Robert. **A arte de reduzir as cabeças: sobre a nova servidão na sociedade ultraliberal**. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005.

DUMONT, Louis. **Ensayos sobre el individualismo**. Madrid: Alianza, 1987.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 1995.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes.

ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: Zahar, 1994.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Lengua de Los Derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa**. Madrid: Alianza, 1995.

_____. **La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativos (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)**. Madrid: Civitas, 1974.

_____. **Democracia, Jueces y Control de La Administracion**. Madrid: Civitas, 1997.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. Atualização Gustavo Binenbojm, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FAORO, Raymundo. **A República Inacabada**. São Paulo: Globo, 2007.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. São Paulo: Edusp, 2008.

FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. *Ação Civil Pública, Inquérito Civil e Ministério Público*. In: MILARÉ, Édís (coord.). **Ação Civil Pública: Lei n.º 7347/1985 – 15 anos**. São Paulo: RT, 2001.

FIGUEIREDO, Marcelo. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário no Brasil – Uma visão geral. **Revista Interesse Público**, vol. 44, jul./ago. 2007, p. 27-66.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito à Saúde. Leis n^{os} 8.080/90 e 8.142/90.** Salvador: JusPodivm, 2009.

FILHO, Luis Mário Pimenta. **A administração pública dirigente e compromissária e o acontecer dos direitos sociais: uma análise a partir de fenomenologia hermenêutica.** Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2006.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **O Poder Constituinte.** São Paulo: Saraiva, 2007.

FIRSCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas Públicas: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público.** São Paulo: Max Limonad, 2000.

FISS, Owen. **Um novo processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. Legitimidade do MP para a defesa dos interesses individuais homogêneos: a importância do caráter individualista do controle judicial da Administração no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Público**, Belo Horizonte, ano 6, n. 20, p. 127-138, jan/mar. 2008.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica.** São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUGEYROLLAS, Pierre. **A Atração do Futuro: ensaio sobre a significação do presente.** Lisboa: 1991.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais.** 4^a Ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública.** 2^a Ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **A Interpretação Sistemática do Direito.** 4^a Ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

FREUD, Sigmund. **Totem y Tabú**. V. VIII, Buenos Aires: Santiago Rueda, 1953.

FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdad y Método**. V. I, Salamanca: Sigueme, 2005.

_____. **O Problema da Consciência Histórica**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2007.

GADEA, Carlos A. **Paisagens da Pós-modernidade. Cultura, Política e Sociabilidade na América Latina**. Itajaí: UNIVALI, 2007.

GALDINO, Flavio. **Introdução à teoria dos custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARAPON, Antoine; ALARD, Julie. **Les vitus du juge**. Paris: Dalloz, 2008.

GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. **Da justiça administrativa em Portugal: Sua origem e evolução**. Lisboa: Universidade Católica, 1994.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las Transformaciones del Estado Contemporáneo**. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

GIDI, Antonio. **Código de Processo Civil Coletivo. A codificação das ações coletivas no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Maria do Carmo dos Santos. **Políticas de Humanização e o Direito à Saúde no Rio Grande do Sul**. Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), 2007.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso Sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2005

_____. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto.** São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2008.

GREMAUD, Amaury Patrick; VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; JUNIOR, Rudinei Toneto. **Economia brasileira contemporânea.** São Paulo: Atlas, 2002.

GUINCHARD, Serge. O processo equitativo: Garantia formal ou direito substancial? **Filosofia do Direito e Direito Econômico. Que diálogo?** Lisboa: Piaget, 1999.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HELLER, Agnes; FEHÉR, Ferenc. **Políticas de la posmodernidad. Ensayos de crítica cultural.** Barcelona: Península, 1989.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Carl. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes.** New York: W.W. Norton, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

_____. **Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental: o controle dos conceitos jurídicos e a competência dos órgãos ambientais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

KRIELE, Martin. **Introducción a la Teoría del Estado.** Buenos Aires: Depalma, 1980.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1989.

JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 1992.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. **Ações Coletivas: História, Teoria e Prática**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na Democracia Contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Esfera pública e participação social: possíveis dimensões jurídico-políticas dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos no Brasil. **Revista Interesse Público**, ano 10, n.º 48, mar./abr. 2008, p. 53-85, Belo Horizonte: Forum, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira Leal. **Teoria Geral do Processo. Primeiros Estudos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LIMBERGER, Têmis. **Atos da Administração Lesivos ao Patrimônio Público: os princípios da legalidade e moralidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. *Políticas Públicas e o direito à saúde: a busca da decisão adequada constitucionalmente*. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica: anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. O dogma da discricionariedade administrativa: a tensão instaurada entre os poderes Judiciário e Executivo devido às políticas públicas de saúde. **Revista Interesse Público**, ano 11, n.º57, p. 77-98, set./out. 2009.

LIMBERGER, Têmis; SOARES, Hector Cury. *Políticas Públicas e o direito à saúde: desafios do Poder Judiciário no século XXI*. In: **XVII Congresso Nacional do CONPEDI** (Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito), 2009, Maringá. Anais do CONPEDI, 2009.

_____. *As Políticas Públicas, a Democracia e a Burocracia: caminhos e (des)caminhos do Poder Judiciário em busca dos critérios para efetividade do direito à saúde*. Trabalho Apresentado no **XVIII Congresso Nacional do CONPEDI** (Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito), 2009, realizado em São Paulo-SP.

LIPOVETSKY, Gilles. **A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo**. Barueri: Manole, 2005.

LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. Política, Constituição e Justiça. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 17, nov. 2001.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, s/d.

LYOTARD, Jean-Fraçois. **A condição pós-moderna**. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006.

MAFFESOLI, Michel. **A República dos Bons Sentimentos**. São Paulo: Iluminuras, 2009.

_____. **A transfiguração do político. A tribalização do mundo**. Porto Alegre: Sulina, 2005.

MACIEL JUNIOR, Vivente de Paula. **Teoria das ações coletivas como ações temáticas**. São Paulo: LTR, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública**. São Paulo: RT, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória: individual e coletiva**. São Paulo: RT, 2003.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. **A responsabilidade dos entes da federação e financiamento do SUS.** Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em 8/7/2009.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. *Dimensão jurídica das políticas públicas*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MASSAÚ, Guilherme Camargo. A possibilidade da diferença: o indivíduo e a pessoa e a sociedade e a comunidade. **Revista Eletrônica de Direito e Política**. Programa de Pós-Graduação em Direito da Univali, v.3, n. 3, 2008.

MAURER, Hartmut. **Direito Administrativo Geral**. São Paulo: Manole, 2006.

_____. **Elementos de Direito Administrativo Alemão**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Neocolonialismo e Direito Administrativo Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/revistas.asp>> Acesso em: 23.05.09.

MENDES, Andréia Cristina Rosa; VIEIRA, Fabiola Sulpino. **A evolução dos gastos com medicamentos: o crescimento que preocupa**. Disponível em <[http://www.abres.org.br/18\[1\].pdf](http://www.abres.org.br/18[1].pdf)> acesso: 04.11.08.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Estudos de Direito Público**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **Do Direito Social aos Interesses Transindividuais: O Estado e o Direito na ordem contemporânea**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

_____. *Crise do Estado, Constituição e Democracia Política: a “realização” da ordem constitucional em “países periféricos”*. In: STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paula; CULLETON, Alfredo Santiago. **20 anos de Constituição: os Direitos Humanos entre a norma e a política**. São Leopoldo: Oikos, 2009.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SALDANHA, Jânia Maria Lopes; ESPINDOLA, Angela Araújo da Silveira. Jurisdição constitucional e participação cidadã. Por um processo formal e substancialmente vinculado aos princípios político-constitucionais. **Constituição e Processo. A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

MORUS, Tomás. **A Utopia ou O Tratado da Melhor Forma de Governo**. Porto Alegre: L&PM Pocket, 1997.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. **Sociedade, Estado e Administração Pública: perspectivas do realinhamento constitucional brasileiro**. Rio de Janeiro: Topbooks, 1995.

NETO, Nagibe de Melo Jorge. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais**. Bahia: Podivm, 2009.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Coimbra: Almedina, 2006.

OHLWEILER, Leonel. **Direito Administrativo em perspectiva: os termos indeterminados à luz da hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. A ontologização do direito administrativo: o exemplo da dignidade humana como elemento hermenêutico. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, vol. 1, p. 145-174, n. 5.

_____. Constitucionalismo democrático e direito administrativo: frustrações e perspectivas. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, vol. 1, p. 314-336, n. 6.

_____. Administração Pública e filosofia política contemporânea: algumas projeções do constitucionalismo comunitário. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, vol. 1, p. 263-286, n. 4.

OLIVEIRA, Fábio. **Por uma teoria dos princípios – O Princípio Constitucional da Razoabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 2007.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra, 1989.

PILATTI, Adriano. **A Constituinte de 1987-1988 - Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris - PUC-Rio, 2008.

PLATÃO. **Crátilo**. Prefácio e notas pelo Padre Dias Palmeira, Lisboa: Livraria Sá da Costa, 1994.

RIVERO, Jean; WALINE, Jean. **Droit Administratif**. Paris: Dalloz, 1998.

RORTY, Richard. **The Linguistic Turn: Essays in philosophical method**. Chicago: University of Chicago Press, 1992.

ROSANVALLON, Pierre. **La contre-democracie. La politique à l'âge de la défiance**. Paris : Seuil, 2006.

ROSANVALLON, Pierre. **A Crise do Estado-Providência**. Goiânia: UFG; Brasília: UnB, 1997.

ROSELEEN, Keith. **O Jeito na cultura jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **The Social Contract**. London: Penguin Books, 2003.

SADER, Emir. **A Nova Toupeira: os caminhos da esquerda latino-americana**. São Paulo: Boitempo, 2009.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Do funcionalismo processual da aurora das luzes às mudanças processuais estruturais e metodológicas do crepúsculo das luzes: a revolução paradigmática do sistema processual e procedimental de controle concentrado de constitucionalidade no STF. **Constituição, Sistemas sociais e hermenêutica**, Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SANCHÍS, Luis Pietro. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 2006.

_____. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

_____. **Um discurso sobre as ciências**. São Paulo: Cortez, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Os direitos fundamentais sociais e os vinte anos da Constituição Federal de 1988: resistências e desafios à sua eficácia e efetividade. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, vol. 1, n. 6, 2008, p. 163-205.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde. **Revista Interesse Público**. São Paulo, Notadez, n.º12, p. 98, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtinier. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf> Acesso: 16.12.09.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. **Revista Interesse Público**, n.º 32, jul/ago, 2005.

SICCA, Gerson dos Santos. **Discrecionalidade Administrativa: Conceitos Indeterminados e Aplicação**. Curitiba: Juruá, 2006.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Consituente Burguesa. Que é o Terceiro Estado?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Almiro Regis do Couto. Problemas Jurídicos do Planejamento. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, v. 27, n.º 57, p. 133-148, 2003.

_____. Poder Discrecionário no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 179/180, jan./jun., 1990.

_____. *Notas sobre o Conceito de Ato Administrativo*. In: OSÓRIO, Fábio Medina; SOUTO, Marcos Juruena Villela (coord.). **Direito Administrativo. Estudos em Homenagem a Diogo Figueiredo Moreira Neto**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Epistemologia das ciências culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

_____. **Processo e Ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Vasco Manoel Pascoal Dias Pereira da. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUSA, António Francisco de. Os “Conceitos Legais Indeterminados” no Direito Alemão. **Revista de Direito Administrativo**, n. 166, p. 276-291, out./dez. 1986.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas, da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Decisionismo e discricionariedade em tempos pós-positivistas: o solipsismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da Constituição no Brasil.* In: NUNES, José Antonio Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Direito e o Futuro – O Futuro do Direito.** Coimbra: Almedina, 2008.

_____. *A Resposta Hermenêutica à Discricionariedade Positivista em Tempos de Pós-Positivismo.* In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. **Teoria do Direito Neoconstitucional: superação ou reconstrução do positivismo jurídico.** São Paulo: Método, 2008.

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SUPIOT, Alain. **Homo Juridicus: ensaio sobre a função antropológica do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SUPTITZ, Carolina Elisa. **O instrumento jurisdicional da audiência pública e os movimentos de sincronia e anacronia com relação à comunidade contemporânea.** Dissertação de Mestrado, apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), 2009.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Tornbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power.** New York: New York University, 1995.

TEMPORÃO, José Gomes. **O SUS e o direito da coletividade**. Disponível em <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/artigo_ministro.pdf> Acesso: 08.09.09.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

THEODOULOU, Stella; CAHN, Matthew A. **Public Policy. The essential readings**. EUA: Prince Hall, 1995.

TOQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. Livro 1: Leis e Costumes. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VATTIMO, Gianni. **Introdução a Heidegger**. Lisboa: Edições 70, 1989.

VIANNA, Luiz Werneck (et al.). **A judicialização da política e as relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.

VALLE, Vanice Lírio do. Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno. **Revista Interesse Público**, São Paulo, Notadez, n.º 48, mar./abr., p. 87-109.

VEDEL, Georges. **Derecho Administrativo**. Madrid: Aguilar Ediciones, 1980.

VELHO, Gilberto. **Individualismo e Cultura**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

VIEIRA, José Ribas. **Teoria do Estado**. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.

WACQUANT, Loïc. **Las cárceles de la miseria**. Buenos Aires: Manantial, 2004.

_____. **As duas faces do gueto**. São Paulo: Boitempo, 2008.

WALZER, Michael. **Esferas da Justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito**. Vol. 1, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

WEIL, Prosper. **Le Droit Administratif**. Paris: Presses Universitaires de France, 1964.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Coleção os Pensadores, São Paulo: Nova Cultural, 2000.

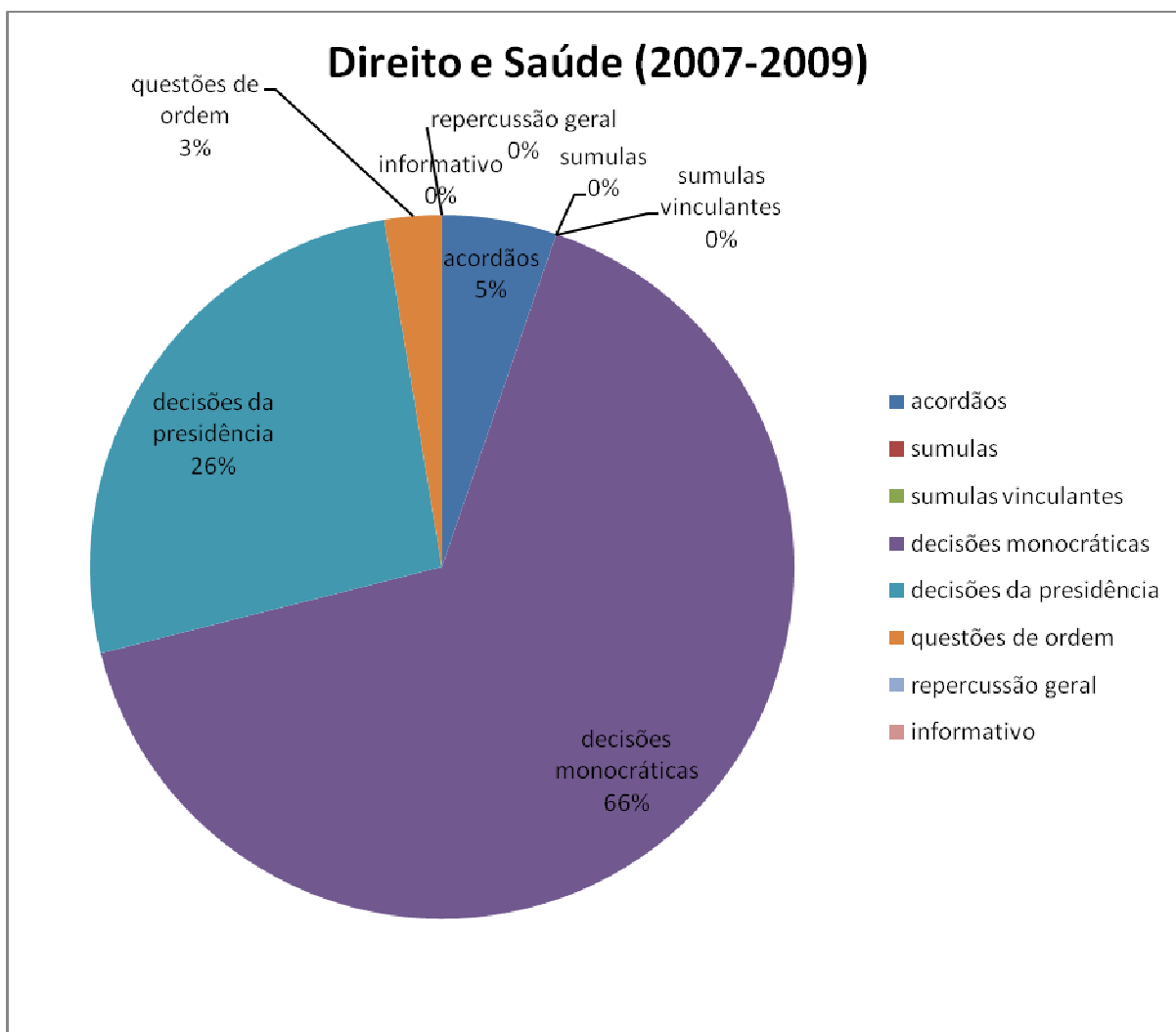
WORLD HEALTH ORGANIZATION (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE). WHO Expert Committee on the Selection and Use of Essential Medicines. **The selection and use of essential medicines : report of the WHO Expert Committee, 2003**. WHO technical report series.

ANEXO A

1. Termo pesquisado: direito e saúde (2007-2009)

ACÓRDÃOS	74 documentos encontrados
SÚMULAS	Nenhum documento encontrado
SÚMULAS VINCULANTES	Nenhum documento encontrado
DECISÕES MONOCRÁTICAS	343 documentos encontrados
DECISÕES DA PRESIDÊNCIA	248 documentos encontrados
QUESTÕES DE ORDEM	Nenhum documento encontrado
REPERCUSSÃO GERAL	7 documentos encontrados
INFORMATIVO	Nenhum documento encontrado

1.1. Gráfico



ANEXO B

2. Termo pesquisado: políticas e públicas e controle (2007-2009)

ACÓRDÃOS	2 documentos encontrados
SÚMULAS	Nenhum documento encontrado
SÚMULAS VINCULANTES	Nenhum documento encontrado
DECISÕES MONOCRÁTICAS	25 documentos encontrados
DECISÕES DA PRESIDÊNCIA	10 documentos encontrados
QUESTÕES DE ORDEM	1 documentos encontrados
REPERCUSSÃO GERAL	Nenhum documento encontrado
INFORMATIVO	Nenhum documento encontrado

2.1. Gráfico

