

CENTRO UNIVERSITÁRIO SALESIANO DE SÃO PAULO – U.E. LORENA

Alexandro Conceição dos Santos

**A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NA SOCIEDADE
BRASILEIRA: problemas e soluções**

Lorena

2018

ALEXANDRO CONCEIÇÃO DOS SANTOS

**A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NA SOCIEDADE
BRASILEIRA: problemas e soluções**

Dissertação apresentada como exigência parcial
para a obtenção do grau de Mestre em Direito à
Comissão Julgadora do Centro Universitário
Salesiano de São Paulo.

Orientação: Prof. Dra. Consuelo Yatsuda
Moromizato Yoshida.

Lorena

2018

Santos, Alexandro Conceição dos
A Concretização do Direito à Saúde na Sociedade Brasileira: problemas e soluções/
Alexandro Conceição dos Santos – Lorena: UNISAL, 2018.
131f.

Orientador: Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida.
Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário Salesiano de São Paulo –
Campus São Joaquim, Lorena, 2018.

Inclui bibliografia.

1. Saúde. 2. Concretização. 3. Problemas. 4. Soluções. 5. Participação Popular.
I. Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida (orient.). II. Centro Universitário
Salesiano de São Paulo. III. A Concretização do Direito à Saúde na Sociedade
Brasileira: problemas e soluções

ALEXANDRO CONCEIÇÃO DOS SANTOS

**A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NA SOCIEDADE
BRASILEIRA: problemas e soluções**

Dissertação apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito à Comissão Julgadora do Centro Universitário Salesiano de São Paulo.

Orientação: Profa. Dra. Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida.

Dissertação de Mestrado defendida e aprovada em 26.01.2018, pela comissão julgadora:

Prof. Dr. Pablo Jimenez Serrano (Membro Examinador Interno), Doutor em Direito pela Universidade do Oriente, UO- Cuba, validação USP.

Prof. Dr. Raúl Fernando Núnes Marín (Membro Examinador Externo), Universidad de Buenos Aires/Argentina.

Profa. Dra. Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida (Membro Presidente), Doutora em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica – PUC/SP.

RESUMO

A Constituição de 1988 reconheceu a saúde como direito fundamental social, prescrevendo universalidade, igualdade e participação popular como diretrizes a orientar sua efetivação. Apesar de sua fundamentalidade formal e material, esse direito ainda não alcançou satisfatória concretização na sociedade brasileira. A judicialização tem sido bastante utilizada como mecanismo de efetivação desse direito. Porém, o problema é grave e de maior complexidade do que à primeira vista pode parecer. Tendo em conta essa realidade, o estudo aborda o problema demonstrado que são vários os fatores que interferem em desfavor da concretização do direito à saúde, tais como ideológicos, econômicos e a própria judicialização. Como forma de contribuir para mitigação do problema, propõe maior participação popular, mediante orçamento participativo e Conselhos Municipais de Saúde.

Palavras chave: Saúde. Concretização. Problemas. Soluções. Participação popular.

RESUMEN

La Constitución de 1988 reconoció la salud como derecho fundamental social, prescribiendo universalidad, igualdad y participación popular como directrices a orientar su efectividad. A pesar de su fundamento formal y material, ese derecho todavía no ha alcanzado satisfactoria concretización en la sociedad brasileña. La judicialización de la salud ha sido bastante utilizada como mecanismo de realización de ese derecho. Sin embargo, el problema es grave y de mayor complejidad de lo que a primera vista puede parecer. Teniendo en cuenta esta realidad, el estudio aborda el problema demostrado que son varios los factores que interfieren en desfavor de la concretización del derecho a la salud, tales como ideológicos, económicos y la propia judicialización. Como forma de contribuir para la mitigación del problema, propone mayor participación popular, mediante presupuesto participativo y Consejos Municipales de Salud.

Palabras clave: Salud. Concretización. Problemas. Soluciones. Participación popular.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. A SAÚDE COMO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL.....	12
2.1. EXPLICAÇÃO PARA O MENOR NÍVEL DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS EM RELAÇÃO AOS LIBERAIS	15
2.2. DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: REALIDADE OU UTOPIA? O DIÁLOGO ENTRE O SER E O DEVER SER.....	18
2.3. O CARÁTER PROGRESSIVO DOS DIREITOS SOCIAIS.....	24
3. O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À SAÚDE: UNIVERSALIZAÇÃO E TRATAMENTO IGUALITÁRIO.	28
3.1. ABRANGÊNCIA DO CONCEITO DE SAÚDE DA OMS E SUAS IMPLICAÇÕES NA EFETIVIDADE DO RESPECTIVO DIREITO.....	28
3.2. BREVE HISTÓRICO DO DIREITO À SAÚDE	33
3.2.1. Da saúde como direito do trabalhador à saúde como direito de todos	35
3.2.2. Da vinculação à previdência à autonomia do SUS.....	36
4. A EFICÁCIA IMEDIATA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS: SUPERAÇÃO DA FASE DA INEFICÁCIA DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS	38
4.1. AS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS COMO NORMAS JURÍDICAS	41
4.2. EFICÁCIA JURÍDICA E EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS	43
4.3. SUPERAÇÃO DA FASE DE INEFICÁCIA DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS E EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS	46
4.4. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A JUSFUNDAMENTALIDADE FORMAL E MATERIAL DO DIREITO À SAÚDE	48
5. A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PARA SUA EFETIVAÇÃO NA SOCIEDADE BRASILEIRA	52
5.1. A INEFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE COMO REALIDADE	52
5.1.1. Principais obstáculos à concretização do direito à saúde	55
5.1.1.1. custo da prestação do direito à saúde. Escassez dos recursos e reserva do possível	55
5.1.1.2. os custos dos direitos.....	57
5.1.1.3. a teoria da reserva do possível.....	62
5.1.1.4. falta de vontade política: necessidade de contextualização	71
5.1.1.5. falta de vontade política e fragilidade da democracia representativa	74
5.1.1.6. falta de vontade política e espaço de escolha.....	76
5.1.1.7. falta de vontade política e a teoria da escolha pública	78

5.1.1.7.1.	falta de vontade política, teoria da escolha pública e institutos afins	80
5.1.1.7.2.	falta de vontade política e adesão do Brasil à ideologia neoliberal	82
5.1.2.	Corrupção	85
5.1.3.	Falha na formação profissional e humanística do médico.....	87
5.1.4.	Excesso de judicialização e os impactos orçamentários e financeiros	89
5.1.4.1.	da inefetividade ao excesso de judicialização	91
5.1.4.2.	a tensão entre o direito individual e o direito coletivo: a quebra do tratamento isonômico	93
5.1.4.3.	a dupla face da judicialização: efeito e causa da (in)efetividade dos serviços de saúde	96
6.	BUSCA DA SUPERAÇÃO DOS OSBSTÁCULOS À (IN) EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: ORÇAMENTO PARTICIPATIVO E O CONSELHO MUNICIPAL DE SAÚDE	101
6.1.	TENTATIVA DE DENSIFICAÇÃO DA DEMOCRACIA ATRAVÉS DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO	101
6.2.	OS CONSELHOS MUNICIPAIS DE SAÚDE COMO ALIADOS NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE OBSERVANDO A ISONOMIA E A UNIVERSALIDADE	105
6.2.1.	Um modelo comparativo: Portugal	108
7.	CONCLUSÃO	110
8.	REFERÊNCIAS	118

1. INTRODUÇÃO

Em 05 de outubro de 1988 foi promulgada Constituição Federal atualmente vigente, por muitos chamada Constituição Cidadã, a qual é a mais longeva Constituição Republicana Democrática do Brasil.

Apesar da crise econômica por que passava o país e da influência que o neoliberalismo já exercia sobre a Europa e começava a exercer na América Latina, conseguiu-se promulgar uma Constituição com viés social, prevendo em seu artigo 6º um elenco de direitos sociais, entre os quais o direito à saúde.

Observando os objetivos anunciados na Constituição (art. 3º), bem como os direitos sociais tendentes a realiza-los (art. 6º), era impossível não ver nela uma promessa de transformação social.

Apesar das muitas divergências entre os constituintes, talvez houvesse entre eles consenso quanto ao fato de ser a Constituição uma promessa, voltando a pairar controvérsia a respeito da possibilidade de cumpri-la. Isso porque, para alguns, a Constituição, e notadamente os direitos sociais, eram uma utopia, algo irrealizável, pois incompatível com a realidade econômica.

Voltando os olhos para o presente, não se pode deixar de enfatizar que, nesses mais de 28 anos de promulgação de 1988, houve inegáveis avanços na saúde do povo brasileiro, bastando considerar, por exemplo, que pessoas desempregadas – que não contribuem com a Previdência social, recebem atendimentos – por vezes bastante custosos do Estado.

Contudo, mesmo sendo reconhecidos os avanços, observa-se que, nesse largo intervalo temporal, o direito social à saúde ainda não alcançou nível satisfatório de concretização, porquanto persistem carências de atendimentos básicos. Não são incomuns as notícias de imensas e demoradas filas para um atendimento médico, bem como de pessoas que chegaram ao óbito em razão da falta de um atendimento eficiente. Portanto, é fácil a percepção de que o direito social à saúde está longe de ser concretizado.

Em busca da concretização individual do direito à saúde, tem sido largamente utilizada a via judicial, ocasionando a chamada judicialização da saúde. Ocorre, contudo, que os

números começam a dar mostras de que os gastos realizados para a concretização individual da saúde têm sido elevados e podem comprometer a concretização coletiva do direito.

O problema da insuficiente concretização do direito à saúde na sociedade brasileira é visível. Contudo, a grande dificuldade está na identificação das causas e, sobretudo das soluções.

Trata-se, sem dúvida, de um relevante problema social, tendo em vista sua íntima vinculação com a dignidade e com a vida das pessoas, sendo essa circunstância por si mesma suficiente para justificar o interesse por estudá-lo. Mas, além disso, a somar-se isso, o estudo desse problema também se justifica devido à sua estreita conexão com a área de concentração do Programa de Mestrado da UNISAL, que, em sua linha 1, tem como foco a concretização dos direitos sociais.

Alguns apontam que o problema decorre da falta de vontade política. Porém, o estudo, partindo da compreensão de que há uma complexidade maior do que à primeira vista pode parecer, adota a compreensão de que ele é mais abrangente. Nesse sentido, adota-se a hipótese de que se trata de problema multicausal, decorrente não apenas da falta de vontade política, como muitas vezes mencionam os leigos e alguns estudiosos do Direito, da Sociologia e da Filosofia, mas também de outros fatores, como a escassez de recursos, a má-formação profissional e humanística do médico, a corrupção e a própria judicialização. Quer dizer, essa conjugação de fatores torna grave o problema.

Partindo dessa hipótese, e seguindo a compreensão de judicialização, tão utilizada na atualidade como instrumento para concretização do direito à saúde, também ocasiona alguns efeitos reversos, o estudo propõe um maior envolvimento da população com o problema da saúde, por meio do orçamento participativo e dos Conselhos Municipais de Saúde.

Dessa maneira, a participação daqueles que serão afetados pelas decisões poderão participar da eleição das prioridades, conhecendo a realidade orçamentária e influenciando na destinação dos recursos disponíveis. Desse modo, poderão ser discutidas questões relativas a preços de medicamentos e de seus sucedâneos igualmente eficazes e que custem menos ao poder público. Além disso, poderão ser definidas, dentro da saúde e em cada período, quais áreas serão priorizadas. Se a saúde dos idosos, das crianças e adolescentes, das gestantes, dos dependentes químicos. Ou seja, a ênfase à participação comunitária tende a favorecer o abandono à apatia popular em relação às decisões públicas e o desenvolvimento de uma

consciência a respeito da coisa pública, possibilitando a maximização da eficiência na aplicação dos recursos públicos, corroborando para uma crescente efetividade da saúde.

O estudo, que teve como metodologia as pesquisas documental e bibliográfica, está dividido em cinco capítulos.

O primeiro capítulo tem como objetivo tratar da saúde como direito social fundamental, abordando aspectos atinentes à saúde como direito social previsto na Constituição Federal de 1988, bem como o caráter progressivo dos direitos sociais.

O capítulo seguinte busca explicar sobre a universalização e o tratamento igualitário do direito à saúde, expondo a abrangência do conceito de saúde pela Organização Mundial de Saúde, além de breve histórico do referido direito e acerca do Sistema Único de Saúde.

Em um terceiro momento, faz-se abordagem acerca da eficácia das normas constitucionais e da efetividade dos direitos sociais, perpassando pelas disposições constitucionais como normas jurídicas, a eficácia jurídica das normas constitucionais e, por fim, a jusfundamentalidade formal e material do direito à saúde na Constituição Federal de 1988.

Posteriormente, trata-se da concretização do direito à saúde para sua efetivação na sociedade brasileira, enunciando seus principais obstáculos, tais como os custos, a falta de vontade política, a falha na formação dos médicos, bem como o excesso de judicialização e os impactos orçamentários e financeiros.

O último capítulo tem como objeto a busca da superação dos obstáculos à (in) efetividade do direito fundamental à saúde através do orçamento participativo e do conselho municipal de saúde.

2. A SAÚDE COMO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL

Considerando-se que a saúde é um direito social fundamental, parecem necessárias algumas breves considerações a respeito dos direitos sociais.

Usualmente identificam-se os direitos sociais como sendo aqueles cuja realização envolve prestações positivas e que, por essa razão, demandam investimento de recursos, nem sempre disponíveis.

Nas palavras de Claudio Ari Mello, direitos sociais “são posições jurídicas subjetivas que protegem bens, valores e interesses cuja satisfação depende do provimento de condições materiais de ordem econômica, social e cultural por meio de serviços e instituições de caráter público” (2004, p. 164).

Como se nota, há uma deliberada ênfase ao aspecto prestacional dos direitos sociais, dirigida a realçar a contraposição desses direitos com os chamados direitos liberais, que se realizariam com a mera abstenção estatal. Assim, enquanto os primeiros, também chamados direitos prestacionais, somente se concretizariam com a entrega de determinadas utilidades concretas, a exemplo da educação e saúde, os últimos (os liberais) não teriam tal exigência, o que justificaria a pronta exequibilidade destes últimos.

Todavia, de acordo com Luís Roberto Barroso, essa distinção não tem razão de ser, vez que já não mais prevalece a ideia de que os direitos liberais – como os políticos e os individuais – realizam-se por mera abstenção do Estado, com um simples *non facere*, porquanto já se produziu razoável consenso de que também eles consomem recursos públicos (2007).

Também nesse sentido, Jorge Reis Novaes destaca que tem havido uma tendência a se fazer a distinção entre os direitos sociais e os liberais a partir da noção de prestação, que seria própria dos primeiros, “como se os direitos sociais se esgotassem nessa dimensão ou característica e como se ela estivesse naturalmente ausente nos direitos de liberdade” (2016, p. 45). Porém, de acordo com referido autor, essa distinção não tem correspondência com a realidade, porque, quando observados como um todo, há direitos de prestações nos dois tipos de direitos fundamentais e, de modo contrário, qualquer deles pode ser invocado sem que esteja em causa qualquer prestação estatal (2016).

Flávio Galdino vai além, afirmando que um estudo realizado acerca dos direitos fundamentais teria revelado que “a diferenciação jurídica entre direitos positivos e negativos é artificiosa e motivada por encobertas razões ideológicas” (2005, p.338-339).

Assim, como se pode depreender das lições acima referidas, tanto os direitos fundamentais sociais quanto os liberais possuem em si a dualidade “do fazer” e “do não fazer”, de modo que, para sua adequada observância, podem ser exigidos do Poder Público comportamentos positivos e negativos. Disso decorre que ambos direitos – liberais e sociais – acabam por ocasionar custos para sua efetivação.

Nessa perspectiva, revelam-se pertinentes os exemplos apresentados por Luís Roberto Barroso, por meio dos quais o autor demonstra que também os direitos individuais e políticos demandam custos, por vezes elevados para o Estado, como ocorre com a realização de eleições e a organização da Justiça Eleitoral, bem como a manutenção da polícia, do corpo de bombeiros e do próprio Judiciário, instituições importantes na proteção da propriedade (2007).

Contudo, não obstante se afigure correta a premissa de que tanto os direitos liberais quanto os sociais possuem dupla dimensão (negativa e positiva) e, por via de consequência, geram custos para o poder público, parece exagerado concluir que a distinção entre ambos seja meramente artificial e motivada por razões ideológicas. Com efeito, apesar de ser irrecusável a dupla dimensão das duas categorias de direitos fundamentais, ainda assim é possível fixar a distinção entre ambas, fazendo-o não com ênfase na dicotomia prestacional *versus* não prestacional, mas sim na determinação da dimensão preponderante.

Sob tal perspectiva, compreende-se que, apesar de os direitos liberais possuírem uma dimensão positiva (um fazer), é a dimensão negativa (um não fazer) que neles tem prevalência. De modo reverso, embora os direitos sociais possuam uma dimensão negativa, é a dimensão positiva que neles prevalece.

À guisa de ilustração, reconhece-se que o direito social à saúde impõe ao poder público a abstenção de atividades prejudiciais à saúde humana. Contudo, quando se põe em questão o direito à saúde, como demonstra a farta jurisprudência acerca do tema, o problema que sistematicamente se apresenta ao Poder Judiciário não consiste na violação do direito à saúde por ação estatal, postulando-se uma tutela jurisdicional que determine a abstenção de tal conduta. Ao contrário, as demandas decorrem de violações ao direito à saúde por omissão do

poder público no fornecimento de uma prestação (um fazer) que, na concepção do autor, é devida.

Isso parece evidenciar que, embora o direito à saúde comporte a determinação de um “não fazer”, é o “fazer” a sua característica mais marcante, a exemplo da ordem judicial para fornecimento de medicamentos ou tratamentos.

De igual modo, quando se cogita de violação ao direito social à educação, parece que a grande maioria das demandas levadas ao Poder Judiciário não se refere à exigência de que o Estado observe a dimensão negativa desse direito, não intervindo na educação individual, mas, ao contrário, o que se pede é a imposição ao Estado da realização de uma prestação positiva, construindo escolas ou oferecendo vagas em estabelecimentos públicos de ensino¹, por exemplo.

Por outro lado, e como já registrado, a garantia dos direitos liberais também exige prestações positivas. Todavia, em muitos casos, a prestação positiva garantidora do direito liberal não é uma face positiva desse mesmo direito, mas sim um direito social garantidor.

A liberdade de locomoção é um direito individual, do qual, na dimensão negativa, decorre a proibição de que o Estado impeça o deslocamento do indivíduo de um lugar para o outro ou de permanência em determinado local. Contudo, sua garantia sob um viés positivo, mediante prestação positiva (um fazer), não se realizará propriamente por uma dimensão do próprio direito, mas sim por meio de pelo menos dois direitos sociais: o direito social à segurança, que envolve a criação de aparatos próprios para impedir que a ação de outros indivíduos obste o seu exercício, e o direito social ao transporte.

De igual maneira, a proteção ao direito individual à propriedade, sob o viés positivo (de um fazer), como referido por Luís Roberto Barroso, suscitará a criação de polícia e corpo de bombeiros, mas, nesse caso, já se estará mais próximo de um outro: o direito social à segurança (CF, art. 6º).

Seguindo essas considerações, encerra-se o tópico com a afirmação de que os direitos sociais são direitos fundamentais cuja realização se dá preponderantemente por meio de

¹ Para efeito de ilustração cite-se o Agravo Regimental no RE com agravo nº 639.337-SP. Relator: Min. Celso de Mello, de 23 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em 17 jul. 2017.

prestação estatal positiva e, por essa razão, tendem² a produzir mais custos econômicos mais elevados para sua realização.

2.1. EXPLICAÇÃO PARA O MENOR NÍVEL DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS EM RELAÇÃO AOS LIBERAIS

Existe na doutrina pátria o reconhecimento de que os direitos sociais não são concretizados na mesma intensidade que os liberais, mas não há consenso quanto à causa dessa disparidade de concretização. Para alguns, a menor concretização dos direitos sociais deriva de razões pura ou iminentemente ideológicas, enquanto outros procuram explicá-la a partir do fator econômico, notadamente os custos dos direitos.

Joaquim B. Barbosa Gomes, por exemplo, filia-se à primeira posição, como se pode depreender das asserções feitas no prefácio do livro *Obstáculos Econômicos dos Direitos Fundamentais Sociais*, onde afirmou que a sociedade brasileira tem inclinação à convivência passiva com quadros de profunda iniquidade e “confortada em seus estratos dominantes por uma retórica que visa à manutenção do *status quo*, tem no argumento da escassez de recursos a justificativa para a inação e a perpetuação desse quadro que tanto nos envergonha” (*apud* DUARTE, 2011).

Como se vê, na percepção de Joaquim B. Barbosa Gomes, os estratos sociais dominantes se valem da retórica da escassez de recursos para esconder a ideologia de manutenção das iniquidades sociais. Segundo esse ponto de vista, a menor concretização dos direitos sociais em relação aos liberais não é consequente propriamente da insuficiência de recursos, como se procura fazer crer, mas sim da prática de uma ideologia adversa à transformação da iníqua realidade social brasileira.

Semelhante posição transparece no estudo de Leonardo de Farias Duarte, autor da obra prefaciada, o qual não esconde sua desconfiança com o discurso dos custos dos direitos como

² Afirma-se que “tendem a produzir” porque não se fez uma pesquisa a respeito da quantidade de recursos financeiros que o Estado gasta na realização dos direitos sociais, de um lado, e dos direitos liberais, de outro. Aliás, provavelmente essa pesquisa seria incapaz de oferecer dados elucidativos, pois existe entre os direitos uma relação de complementariedade. De fato, quando se gasta com a segurança, quais os outros direitos fundamentais que estão sendo protegidos? Possivelmente, a vida, a liberdade, a propriedade, a saúde e outros.

impedimento à concretização dos direitos sociais. Isso porque, se os direitos liberais também possuem custos, soa estranho que os custos somente sejam invocados em relação à efetivação dos direitos sociais, mantendo-se um certo silêncio no tocante aos direitos liberais. Eis suas palavras:

Mas, se todos os direitos têm custos, por que, então, o argumento da reserva do possível, quando se cuida da realização de direitos e liberdades, não costuma ser mobilizado ou, quando muito, é relegado a segundo plano? Por que, por outro lado, tratando-se da efetivação de direitos sociais, o mesmo argumento é não só reiteradamente lembrado, como também elevado ao seu grau máximo, a ponto de, em alguns casos, praticamente impedir qualquer eficácia social dos direitos a prestações em sentido estrito? [...] É como se os custos dos direitos só fossem considerados obstáculos à aplicabilidade imediata, à justiciabilidade e à efetivação dos direitos a prestação em sentido estrito, e não dos direitos e liberdades (DUARTE, 2011, p. 182-183).

Embora o autor não o diga textualmente, suas palavras sugerem que, em sua concepção, há certa dose de insinceridade na invocação dos custos dos direitos sociais como justificativa para sua não concretização, visto que igual discurso não é utilizado – ou não é na mesma intensidade – em relação aos direitos liberais, cuja concretização igualmente importa em custos para o poder público.

Destarte, infere-se que, tal como Joaquim B. Barbosa Gomes, Leonardo de Farias Duarte também associa o menor nível de concretização dos direitos sociais em comparação aos liberais não aos custos, mas à existência de uma ideologia adversa aos direitos sociais. A diferença entre ambos reside essencialmente na maior sutileza deste último em contraposição à maior incisividade do primeiro.

Essa compreensão de que existe resistência aos direitos sociais por determinados seguimentos sociais não é desprovida de amparo empírico. Para ilustrar essa asserção, é interessante lembrar que, em 1919, no pós-primeira guerra mundial, a Alemanha institui direitos sociais, os quais contaram com a oposição de alguns seguimentos daquela sociedade.

Como efeito, como relata Gilberto Bercovici, a Constituição de Weimar de 1919, foi alvo de graves críticas na parte que tratava dos direitos sociais, o mesmo não ocorrendo, todavia, no tocante aos direitos liberais. De acordo com o autor, Carl Schmitt, por exemplo, chegou a negar que aquela Constituição tivesse efetivamente reconhecido direitos sociais, afirmando que “ela possuía em seu texto inúmeros compromissos e obscuridades que não representavam decisão alguma”, mas um adiamento de decisão. Para Carl Schmitt, esses compromissos eram meramente dilatórios (*apud* BERCOVICI, 2003, p. 16).

Assim, de fato parece inegável o influxo do fator ideológico no menor grau de concretização dos direitos sociais comparativamente aos liberais. Quer dizer, pode-se admitir que a existência de uma ideologia desfavorável aos direitos sociais contribui para sua menor concretização. Contudo, essa é apenas uma das causas da disparidade, porque, ao lado dela, há também a influência do fator econômico, pois, ao que parece, em regra, concretizar direitos sociais demanda maior volume de recursos econômicos.

Desse modo, se possível atrelar a menor concretização desses direitos a uma ideologia a eles contrária, também não se podem fechar os olhos para o fator econômico.

Nesse sentido, José Carlos Vieira de Andrade expõe que a tutela dos direitos fundamentais sociais é, em regra, menos intensa do que a dos direitos, liberdade e garantias, “quer no que respeita à proteção institucional, quer no que respeita aos remédios disponíveis” e “Isso não custa a compreender, tendo em consideração a sua qualidade típica de direitos a prestações, isto é, a atuações positivas do Estado”, as quais, em muitos casos, dependem “da existência ou disponibilidade de recursos materiais escassos” (2016, p. 382).

Nessa ordem de ideias, se é imperativa a consciência de que a meta da Constituição de 1988, ao elencar um catálogo de direitos sociais, é a “promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade”, também imperativo é que não se olvide de que “a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar”, de maneira que “o intérprete deverá leva-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar o seu fornecimento pelo Estado” (BARCELLOS, 2011, p. 245-246).

Assim, em linhas de conclusão do tópico, tem-se que a existência de uma ideologia adversa aos direitos sociais sem dúvida influencia em sua menor concretização relativamente aos direitos liberais. Entretanto, não é correto atribuir essa disparidade exclusivamente ao fator ideológico, visto que há sérios indícios de que a efetivação dos direitos sociais é mais dispendiosa e, se há maiores custos, o fator econômico também concorrerá para essa menor concretização.

2.2.DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: REALIDADE OU UTOPIA? O DIÁLOGO ENTRE O SER E O DEVER SER

Perquirir se os direitos sociais são realidade ou utopia representa a busca pela compreensão do quanto esses direitos são capazes de alcançar efetividade, passando do plano do dever ser para o plano do ser.

O dever ser refere-se à previsão Constitucional, ao passo que o ser é a realidade. Desse modo, o maior ou menor nível de efetivação do direito traduz exatamente a maior ou menor aproximação entre o ser e o dever ser, sendo certo que o distanciamento entre a normatização e a efetivação decorre tanto da escassez de recursos, quanto da vinculação das autoridades políticas a uma ideologia adversa à concretização dos direitos sociais, como é o caso da ideologia neoliberal.

A Constituição de 1988, e notadamente os direitos sociais nela previstos, na problematização apresentada, seriam considerados utópicos no sentido da incapacidade de alcançar concretização, traduzindo, assim, uma promessa insuscetível de cumprimento.

Essa reflexão recomenda que se retroceda à Assembleia Nacional Constituinte, porquanto a pecha de utópico foi atribuída já ao projeto de Constituição, não se sabendo ao certo se essa rotulação, que bem traduzia a rejeição da Constituição Social pelo grupo conservador que atuava na Assembleia, decorria da crise econômica, de um alinhamento à ideologia neoliberal ou a ambos.

Como se sabe, em 1987/1988, período de instalação e duração da Assembleia Nacional Constituinte, a economia brasileira passava por grave crise, a qual atravessou toda a década de 1980 (FERNANDES; PAIS, 2015). Além disso, naquele momento, por influência da ideologia neoliberal, o mundo já vinha passando por severas transformações, as quais, no campo social, caracterizam-se pela adoção de políticas reducionistas de direitos sociais. O neoliberalismo, “fenômeno” que tanto influi para a desconstrução dos Estados de bem-estar social, nas palavras de Perry Anderson, traduziu-se em “reação teórica e política veemente contra o Estado intervencionista e de bem-estar” (1995, p. 9-23).

Ao final dos anos 80, a influência da ideologia neoliberal era tal que, no continente europeu, apenas Áustria e Suécia ainda resistiam ao neoliberalismo e, fora dele, entre os

desenvolvidos, “o Japão também continuava isento de qualquer pressão ou tentação neoliberal” (ANDERSON, 1995, p. 9-23).

Vale registrar que, na América Latina, o Chile já aderira à ideologia neoliberal desde os anos 70, ideologia que foi perfilhada pelo México em 88 e pela Argentina em 89.

A despeito da dificuldade de se determinar com precisão se os conservadores resistiam à aprovação da Constituição de 1988 devido à crise econômica interna ou à adesão à ideologia neoliberal, fato é que esses dois fatores seriam hábeis a provocar a resistência.

Com efeito, num momento de crise econômica interna e no qual o discurso da hora era a redução de direitos sociais, é possível entender haver contradição na promulgação de uma Constituição com promessas tão ambiciosas de assegurar educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Esses direitos sociais seriam então, para eles, uma utopia, porquanto não concretizáveis.

O momento de surgimento da Constituição de 1988 não é um fato irrelevante na temática da concretização dos direitos sociais, pensamento que parece ser compartilhado por Alexandre Morais da Rosa e Julio Cesar Marcellino Jr, que afirmam:

No Brasil – assim em praticamente toda a América latina-, foi implementado um duro modelo desenvolvimentista (FURTADO, 2003), que impunha ao país o compromisso-dever de buscar incessantemente o estágio de desenvolvimento dos países centrais, antes de gozar das benesses do tão almejado e necessário bem-estar social.

[...] a nova ordem constitucional inaugurada democraticamente nos ocorreu um tanto tarde demais. É que a Constituição da República chega ao Brasil quando já predominava na América latina um modelo político-econômico absolutamente incompatível com os propósitos finalísticos da nova ordem constitucional, ou por isto mesmo tenha sido editada, porque se sabe sabia que o condicionante econômico retiraria sua efetivação. Esse é o modelo chamado neoliberalismo, que em muito se difere do liberalismo clássico que lhe serve de inspiração (DA ROSA; MARCELLINO JÚNIOR, 2009, p.09).

Mais adiante os autores vão afirmar que, apesar de os direitos fundamentais sociais estarem previstos na Constituição, e serem entendidos como cláusulas pétreas pela jurisprudência do tribunal constitucional brasileiro, “a tendência gradativamente implantada pelos neoliberais é sempre no sentido da perniciosa reclassificação, deslocando-os do eixo compromissário-social para o eixo patrimonial” (DA ROSA; MARCELLINO JÚNIOR, 2009, p. 12).

No trabalho acima citado, defende-se que a teoria neoliberal, adversa à concretização dos direitos sociais, figura não como uma postura única e irrecusável, mas como uma opção, tanto que, nas considerações finais, afirmam que “A lógica dos custos é gradativamente implantada através de um giro discursivo que seduz o meio jurídico rumo à reclassificação dos Direitos Fundamentais à condição de direitos patrimoniais [...]” (DA ROSA; MARCELLINO JÚNIOR, 2009, p. 22), do que se depreende que, para eles, existe possibilidade de resistência à ideologia neoliberal, preservando-se, assim, a concretização dos direitos sociais.

Porém, esse é um ponto de vista, que parece se contrapor ao defendido pelos conservadores durante os trabalhos na Assembleia Nacional Constituinte, que atribuíam ao projeto de Constituição – e especialmente aos direitos sociais - o rótulo de utopia.

Essa visão dos direitos sociais como não concretizáveis e utópicos parece ter influenciado diversos personagens da sociedade brasileira.

Em entrevista que deu às vésperas da instalação da Assembleia Nacional Constituinte, Fernando Henrique Cardoso, que mais tarde viria a se tornar Presidente da República³, manifestou sua descrença num projeto de modificação social por meio da Constituição, afirmando não acreditar que ela devesse prescrever como deve ser viabilizada a participação comunitária. Em sua opinião, “uma Constituição não prescreve o futuro de uma sociedade [...]”.

E continuou dizendo:

não acredito, como muitos parecem acreditar, que a Constituição seja o grande plano salvador do Brasil. No passado, grandes pensadores tinham a ilusão da onipotência intelectual e apresentavam grandes projetos de como o Brasil deveria ser. Hoje, os políticos são tomados da mesma ilusão da onipotência e tentam usar a Constituição para isso. Que a sociedade seja livre para o seu desenhar seu futuro. É só isso que devemos garantir (ROSILHO; SUNDFELD, 2014, p. 18-19).

Em 26 de julho de 1988, véspera da votação em 2º turno do projeto da Constituição, o então Presidente da República, José Sarney, convocou cadeia nacional de rádio e televisão para criticar a Constituição em elaboração, dizendo haver “o receio de que alguns dos seus artigos desencoragem a produção, afastem capitais, sejam adversos à iniciativa privada e terminem por induzir ao ócio e à improdutividade [...]” E que “Os brasileiros receiam que a Constituição torne o país ingovernável” (SARMENTO, 2016, p. 168).

³ Nessa qualidade promoveu medidas de cunho neoliberal.

Como se vê, o discurso parece bastante afinado com um capitalismo que não quer conviver com quaisquer medidas governamentais que, de algum modo, possam conduzir a uma redistribuição das riquezas.

Contudo, em voz dissonante e na defesa da Constituição, o Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulisses Guimarães, valeu-se do mesmo meio usado por Sarney, para, em cadeia nacional de rádio e televisão, no célebre discurso intitulado “A Constituição Cidadã”, verberar que “A governabilidade está no social. A fome, a miséria, a ignorância, a doença inassistida são ingovernáveis. A injustiça social é a negação do governo e a condenação do governo [...]. Repito, esta será a Constituição Cidadã. Porque recuperar como cidadãos milhares de brasileiros [...]. Viva a Constituição de 1988! Viva a vida que ela vai defender e semear!” (SARMENTO, 2016, p. 169).

Portanto, foi nesse contexto de crise econômica, florescimento do neoliberalismo e consequente entrechoque de ideias (ou ideologias?) sobre os direitos sociais que a Constituição de 1988 inaugurou a nova ordem jurídica, prometendo assegurar saúde, educação, moradia e outros direitos sociais.

Promulgada a Constituição, certo seguimento da doutrina continuou verberando o discurso de que ela, especialmente os direitos sociais, traduzem uma utopia.

Nesse sentido, em 1991, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ex-procurador do estado do Rio de Janeiro, escreveu que:

A Carta de 1988 parece ter sido escrita para outro país, com pouca coisa em comum com o Brasil real. É um exercício de racionalismo, que ultrapassou o dos revolucionários franceses de 1789 e, em matéria de utopia, o dos revolucionários russos de 1917: aliou-se um racionalismo cego a uma utopia ingênua (1991, p. 385).

Em 2008, em comemoração ao vigésimo aniversário da Constituição, foi publicado o livro intitulado “Constituição Federal – Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro”, obra coletiva coordenada por Ives Gandra Martins e Francisco Rezek, no qual Ney Prado, então Presidente da Academia Internacional de Direito e Economia, publicou artigo nomeado “A constituição de 1988: alguns equívocos de origem”, onde enfaticamente sustentou que os constituintes se perderam na utopia das postulações irrealizáveis, em vez de distinguirem corretamente o possível, fraquejando ante a sedução do distributivismo fácil, em vez de abrirem os olhos à dura realidade da limitação dos meios (2008, p. 35).

E disse ainda:

[...] a constituição de 1988 é um documento provocativo, inegavelmente criativo, mas, por suas características, desestabilizador da vida nacional. Não há exageros em afirmar-se que seu advento provocou enorme insegurança, dificultou a governabilidade, inibiu os negócios e investimentos externos, sem falar nos conflitos sociais que gerou, em níveis jamais experimentados entre nós (2008, p. 38).

Os constituintes ao elaborarem o texto Constitucional se posicionaram na contramão da história. Não olharam em torno de si e nem o que se passava no exterior. [...] ignoraram que o gigantismo do Estado passou a ser mais um fato de atraso e de recessão econômica que um agente do progresso, num mundo em que o dirigismo, o autoritarismo, o socialismo e o intervencionismo se exauriram (2008, p. 41).

Insatisfeitos com a realidade acreditaram ser possível rejeita-la radicalmente, e modifica-la por ato de vontade. Aí residiu seu grande engano: o de imaginar que a Constituição, por si, pode tanto definir as condições de mudanças políticas, econômicas e sociais da sociedade, como criar ou impor tais condições. [...] na verdade uma constituição não resolve problemas, apenas aponta diretrizes (2008, p. 43).

De acordo com Ney Prado, “para impor sua liderança política ou satisfazer sua vaidade, a maioria de nossos constituintes criou falsas expectativas na sociedade com medidas jurídicas sedutoras, que sabiam de antemão, serem enganosas ou impraticáveis” (2008, p. 43).

Recentemente, mais precisamente em setembro de 2016, novamente se fez referência à Constituição como sendo demasiadamente ampla em matéria de direitos econômicos e sociais, sem que houvesse preocupação com os recursos para promovê-los, ocasião em que ficou estampado o discurso defensor de que ela fosse reformada para redução de direitos, de modo a adapta-la à realidade (JOBIM, 2016).

Recoloca-se a questão: os direitos sociais na Constituição de 1988 são realidade ou utopia, no sentido de um projeto irrealizável, uma quimera ou fantasia?

O discurso de que os direitos sociais na Constituição de 1988 são utopia pode ser sedutor e até conduzir alguns à sua aceitação. Porém, é equivocado e não pode ser aceito. Com efeito, não se pode equiparar a dificuldade de plena concretização ou o baixo nível de efetivação de algum(ns) ou mesmo do conjunto de direitos sociais com um caráter utópico. Aceitar que os direitos sociais na Carta brasileira são utopia é, para além de um engano, algo bastante pernicioso.

É pernicioso porque, se “utópico” é tudo aquilo que não é realizável, aceitar que os direitos sociais são utopia é admitir que o Estado jamais será capaz de concretiza-los, com o que se acabará por municiar o pensamento neoliberal, que propugna a menor realização de direitos sociais, favorecendo não apenas a manutenção de um quadro de inércia estatal no tocante à adoção de medidas efetivadoras dos direitos reconhecidos, como também reforçando o argumento de que, devido a essa inviabilidade, a providência mais adequada é a redução desses direitos para “adequar a Constituição à realidade”.

Sob essa ótica, desenha-se um caminho inverso e de retrocesso, pois, em vez de se envidarem esforços para convergência da realidade atual com a Constituição, atendendo à progressividade dos direitos sociais, o que se faz é buscar mudar a Constituição para adequá-la à realidade.

É nítida e inaceitável essa inversão, a qual, não obstante, vem fazendo parte da ordem do dia, como não deixam dúvidas as propostas de flexibilização da relação de emprego e de reforma da Previdência Social.

A esse respeito, é interessante notar que, na década de 60, Norberto Bobbio afirmou que "o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los" (2004, p. 16).

Como anota Cláudio Ari Mello, para Bobbio,

desde que a maior parte dos governos existentes proclamou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, demonstrando haver consenso a respeito de quais os direitos humanos que devem ser protegidos na sua relação com o Estado, a questão dos fundamentos perdeu grande parte do seu interesse (2001, p. 241-242).

Logo, o problema nuclear dos direitos do homem, agora, seria sua efetivação. Contudo, como observa Mello,

a afirmação de Bobbio sofreu um parcial, mas consistente revés nas duas últimas décadas do século XX, quando doutrinas políticas e econômicas neoliberais tomaram-se hegemônicas e passaram a questionar a validade da garantia dos direitos sociais e econômicos, pregando a redução e até a eliminação desses direitos (2001, p. 241-242).

Destarte, ao se perfilhar esse discurso, é possível que ingenuamente se esteja contribuindo para o próprio enfraquecimento dos direitos sociais.

Além de perniciososa, a aceitação da assertiva de que os direitos sociais são utópicos é equivocada em qualquer sentido em que seja empregada. Com efeito, embora ao longo do

texto tenha havido referências à afirmação de que os direitos sociais na Constituição são uma utopia, no sentido de algo incompatível com a economia do país e, por isso, não realizável, não é incomum que essa mesma afirmação apareça no sentido de que esses direitos são uma promessa não cumprida, ou seja, de que há um descompasso entre o “ser” e o “dever ser”.

Porém, independentemente do sentido que se confira à frase, o resultado não se modifica: a afirmação continua sendo equivocada. Isso devido ao fato de que, como acertadamente sustenta Clèmerson Clève, os direitos fundamentais sociais são “direitos de satisfação progressiva” (2003, p. 155), significando dizer que vão acompanhando as mudanças sociais e vinculam-se à riqueza do país.

2.3.O CARÁTER PROGRESSIVO DOS DIREITOS SOCIAIS

Apesar do conhecido *déficit* de concretização, no cenário brasileiro os direitos sociais não são utopia, como sustentado por alguns, durante e após a Assembleia Nacional Constituinte.

Contudo, tanto devido ao fato de importarem em custo, como também por estarem em contínua evolução, é forçoso reconhecer que sua concretização não é factível de uma única vez, mas sim progressivamente.

A progressividade dos direitos sociais está positivada no art. 2º, item 1, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o qual, de acordo com Flávia Piovesan, teve o propósito de instituir “uma linguagem de direitos que implicasse obrigações no plano internacional” (2016, p. 260), criando para os Estados-parte, como é o caso do Brasil, o dever de envidar esforços para a assegurar o pleno exercício dos direitos nele assegurados.

Dispõe o art. 2º, item 1, do Pacto em comentário que:

cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos econômico e técnico, **no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados**, incluindo em particular por meio de medidas legislativas (grifo nosso).

Verifica-se que, não desprezando o aspecto econômico dos direitos, ou seja, os custos que lhe são inerentes, o pacto estabelece que os esforços para a realização progressiva dos direitos neles previstos dar-se-ão “no máximo dos recursos disponíveis”.

Daí se podem extrair duas conclusões. A primeira é no sentido de que incumbe ao Estado se empenhar verdadeiramente para tirar os direitos do plano da abstração normativa e convertê-los em benefícios fruíveis pelos seus destinatários; a segunda é que, a despeito de o Estado encontrar-se vinculado ao dever de concretização, dele se desincumbirá segundo sua real capacidade econômica ou, nos termos do Pacto, “no máximo dos recursos disponíveis”.

Por isso, referindo-se especificamente aos direitos sociais, Clemerson Merlin Clève bem registrou que, por serem direitos cujo cumprimento é “dependente do ambiente social no qual se inserem, do grau de riqueza da sociedade e da eficiência e da elasticidade dos mecanismos de expropriação”, sua realização encontra-se necessariamente condicionada a uma bem elaborada peça orçamentária, por meio da qual “o Estado maneja os recursos públicos ordenando as prioridades para a despesa uma vez observada a previsão da receita” (CLÈVE, 2006, p.32).

Com isso, quer-se destacar que o fato de ainda haver descompasso entre a previsão constitucional e a realidade social brasileira não pode servir para alicerçar o discurso de que os direitos sociais são uma utopia. Na verdade, por serem progressivos, eles se encontram em constante construção.

O longo passado descompromisso com as funções sociais e redistributivas do Estado rompeu-se com o advento da Constituição de 1988, que, ao elencar um catálogo de direitos sociais, firmou com a sociedade brasileira um compromisso de transformação social, cujo cumprimento, seja por fatores econômicos, seja devido ao próprio dinamismo da sociedade e surgimento de novas necessidades, deve ser realizado progressivamente pelo poder público e acompanhado constantemente pela sociedade.

Apesar de haver timidez de ações e *déficit* de efetivação dos direitos sociais, não se pode negar que, nos últimos anos, notadamente a partir do reconhecimento da eficácia jurídica

das normas constitucionais, houve avanços, ainda que para tanto muito tenham contribuído as constantes determinações judiciais em processos nascidos de ações individuais ou coletivas⁴.

A respeito desses avanços, um exemplo sempre interessante é o direito fundamental social à saúde, o qual, depois de uma fase crítica de ausência de políticas públicas, parece que vem sendo paulatinamente ampliado pelo Sistema Único de Saúde – SUS, que tem realizado recorrentes inclusões de novos tratamentos na relação das prestações a serem oferecidas à população.

Nesse sentido, apenas em julho de 2017 foram editadas duas novas portarias, quais sejam, as de números 1.727/17 e a 1.197/17, cuidando, respectivamente, do plano nacional de assistência à criança com Cardiopatia Congênita e da inserção na lista de tratamento do SUS dos procedimentos de Cirurgia Cardiovascular Pediátrica.

Logo, numa análise comparativa, talvez seja possível afirmar com razoável segurança que, antes da Constituição de 1988, atendimentos dessa natureza seriam inacessíveis a quem não tivesse recursos financeiros e não estivesse contribuindo com o sistema de previdência social, visto que a saúde ainda não era um direito universal.

Desse modo, mesmo que o serviço público de saúde ainda esteja longe do adequado⁵, a constante inserção de novos tratamentos fornecidos pelo Sistema Único de Saúde mostra o progresso na implementação desse direito.

Relevante consignar que, por decorrência do caráter progressivo dos direitos sociais, cujo ideal de efetivação vai direção a um horizonte infinito, duas observações devem encerrar o tópico: a primeira é que o grau máximo de efetivação nunca será alcançado, o que talvez fique mais fácil de compreender ilustrando com o direito à saúde, cujas prestações efetivadoras podem ser as mais variadas possíveis, não apenas pela descoberta de novas enfermidades, como também pelo dinamismo da ciência médica⁶; a segunda é que, tendo em

⁴ A questão da judicialização será tratada em momento oportuno deste estudo, quando ela será criticada. Contudo, de antemão se deve registrar sua importância na efetivação dos direitos sociais, especialmente do direito social à saúde.

⁵ Segundo disposto no art. 6º da Lei 8.987/95, “Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação e modicidade das tarifas”. Conquanto a regra em referência se refira, na sua textualidade, aos concessionários e permissionários de serviços públicos, *mutatis mutandis* parece possível usar essa noção de adequação para avaliação do serviço público prestado diretamente pelo poder público.

⁶ Como assevera Marcos Bossi Ferraz, a saúde tem “sofrido tremendas mudanças nas últimas décadas, decorrentes de novos conhecimentos e desenvolvimento científico-tecnológico” (2008, p. 7). Há, assim, um grande dinamismo quanto à evolução científica e tecnológica, sem que haja, necessariamente, uma

vista a inegável relação de contradição entre esse pensamento de máxima efetivação dos direitos sociais, no sentido da amplitude das prestações, e a real limitação de recursos para custeá-los, é sempre necessário que se atente à compatibilização entre o desejável e o possível em cada momento.

3. O DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À SAÚDE: UNIVERSALIZAÇÃO E TRATAMENTO IGUALITÁRIO.

3.1.ABRANGÊNCIA DO CONCEITO DE SAÚDE DA OMS E SUAS IMPLICAÇÕES NA EFETIVIDADE DO RESPECTIVO DIREITO.

Toda vez que a lei ou a Constituição prevê um determinado direito o faz visando à proteção de um determinado bem relevante para o indivíduo, para a sociedade ou para ambos. Disso resulta que, quando se quer saber o conteúdo do direito, necessariamente precisa conhecer qual foi o bem que a lei ou a Constituição objetivou proteger.

No caso do direito fundamental social à saúde, o bem jurídico protegido pela Constituição é a saúde. Porém, essa afirmação não resolve o problema, porque ainda é necessário responder ao que é saúde. Surge, assim, a necessidade de se compreender o que se deve entender por “saúde”.

A construção de um conceito de “saúde” capaz de caracterizar suficientemente o objeto definido é tarefa árdua e desafiadora da criatividade, sendo, possivelmente, uma das razões da miríade de conceitos por meio dos quais se intenta descrever e permitir sua identificação.

A respeito dos conceitos de saúde, Nanci Rezende afirmou que eles refletem as diferentes visões de mundo, fazendo referência a três distintas concepções relativas à noção de saúde, iniciando-se com uma “concepção mágico-religiosa, passando pela concepção simplista da ausência de doença, até chegar à mais abrangente concepção adotada pela Organização Mundial de Saúde” (2010, p. 222).

De fato, sendo a saúde o objeto do direito social à saúde, ou seja, sendo ela o bem jurídico que se pretendeu tutelar ao inscrever no texto constitucional os artigos 6º, 196 e seguintes, resulta inquestionável a relevância de se obter alguma compreensão sobre o seu significado, pois dele emergirá uma noção do direito a ser protegido, pelo menos sob a perspectiva de um ideal a ser alcançado. Em outros termos, o que se está a afirmar é que, quando se sabe o que é saúde, fica mais fácil definir quais as prestações que, havendo recursos, deverão ser oferecidas para satisfazê-lo.

A despeito da já referida miríade de conceitos de saúde, neste tópico se enfatizará o conceito de saúde que, desde 1946, foi adotado no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde, segundo o qual saúde é “o estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade” (CARNEIRO, 2016, p. 32) e as implicações de sua adoção na efetividade da saúde.

Como se vê, cuida-se de conceito que, de certo modo, peca pelo excesso de imprecisão, sendo certo, contudo, que nem por isso deixa de fazer parte dos estudos realizados sobre o tema. Analisando-o, Ricart César Coelho dos Santos asseverou que, nessa concepção, “saúde é o resultado da harmonia existente entre o indivíduo e seu entorno social, cultural e religioso” (2016, p.43).

Fátima Vieira Henriques, em sua dissertação de mestrado, filiou-se à posição segundo a qual, embora tendo o mérito de tutelar a esfera psíquica, o conceito padece de dois graves defeitos: a) de ser utópico, por almejar um estado de “completo” bem-estar; b) ser vago, devido à dificuldade de explicitação objetiva do sentido da expressão “bem estar físico, mental e social” (HENRIQUES, 2007, p. 17).

Germano Schwartz, ao seu turno, critica a expressão “bem estar físico, mental e social” em razão de seu elevado subjetivismo, eis que “o que é perfeito bem-estar para um indivíduo pode não ser para outro” (SCHWARTZ, 2001, p. 36).

Igualmente criticando a expressão por seu subjetivismo, Valéria Lerch Lunardi realça que “Mesmo numa visão de saúde que se restrinja apenas ao âmbito biológico, a expressão dos sintomas pelo indivíduo, do que sente, do que percebe como manifestação em si, estará, sempre, carregada da sua subjetividade, da sua forma de perceber e sentir [...]” (LUNARDI, 1999, p. 28).

Outros questionamentos a respeito desse conceito adotado pela Organização Mundial de Saúde são mencionados por Dallari. De fato, referindo-se ao conceito, Dallari assevera que “o reconhecimento da essencialidade do equilíbrio interno e do homem com o meio ambiente (bem-estar, físico, mental e social) para a conceituação de saúde, recuperando os trabalhos de Hipócrates, Paracelso e Engels”. Contudo, menciona que “A aceitação da influência decisiva do meio sobre a saúde, porém, não impediu o exercício da crítica da conceituação proposta pela OMS” (2010, p. 58). E prossegue dizendo:

especialmente os trabalhadores sanitários a questionaram afirmando que ela corresponde à definição da felicidade, que tal estado de completo bem-estar é impossível de alcançar-se e que, além disso, ela não é operacional. Uma crítica recente, feita por Dejours, termina concluindo que o estado de completo bem-estar não existe mas que a saúde deve ser entendida como a busca constante de tal estado (DALLARI, 2010, p. 58-59).

Para Dallari, é compreensível a angústia dos sanitaristas que tem tão vasto objeto de trabalho, a “busca constante do completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”. Entretanto, defende que qualquer redução da definição desse objeto o deformará irremediavelmente (2010, p.59).

Quando se tenta compreender o que significa esse “Estado de completo bem estar físico, mental e social”, verifica-se que, de fato, cuida-se de um conceito que se caracteriza pela grande abertura e imprecisão, dificultando a identificação de como se atingir esse estado, bem como de quais fatores poderiam interferir nele.

Por exemplo: imaginando-se que, em dado momento, esse hipotético estado de completo bem-estar físico, mental e social tenha sido alcançado, um breve aborrecimento, provocado pela permanência num congestionamento, seria bastante para eliminá-lo? E como ficaria a saúde do professor de boa parte das escolas públicas brasileiras, onde autoridade do docente na sala de aula chegou a zero?

Nessas hipóteses, o que deveria fazer o Estado para estabelecer ou restabelecer esse “Estado de completo bem-estar físico, mental e social” e, assim, cumprir seu dever constitucional de garantir a saúde?

Imagine-se o caso noticiado por Lênio Streck, de um homem, aparentemente hipotético, mencionado em uma prova para ingresso da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, que era hipossuficiente e estava interessado em participar da prática de modificação extrema do corpo, o qual decidiu se submeter a cirurgias modificadoras, a fim de deixar seu rosto com a aparência de um lagarto! (STRECK, 2012).

Segundo informado por Streck, teria obtido a nota máxima o candidato que afirmasse que ajuizaria a ação para constranger o Estado a assegurar a tal cirurgia, porquanto se tratava de medida necessária à garantia de seu direito à felicidade.

Dentro do conceito tão amplo trazido pela OMS, um pedido dessa natureza poderia ser formulado para fim de assegurar “O estado de completo bem-estar físico, mental e social” desse indivíduo.

Afora essas hipóteses mais extremas, poderia trazer exemplos mais próximos do cotidiano e cogitar da possibilidade de se compreender que, para desincumbir-se do dever constitucional de saúde, o Estado está obrigado a assegurar cirurgias estéticas a quem, por qualquer razão, não esteja verdadeiramente satisfeito com o seu nariz, o formato de seu rosto ou outro aspecto de sua aparência, como, por exemplo, implante de cabelos para os carecas.

Como se vê, a adoção do conceito de saúde preconizado pela Organização Mundial da Saúde conduziu a um estado constante e sempre elevado de inefetividade do direito à saúde. Sob essa ótica, seja pela dificuldade/impossibilidade de alcançar e manter-se nesse estado de completo bem-estar, seja devido ao fato de que nenhum país teria dinheiro para garanti-lo, o direito à saúde se tornaria cujo déficit de concretização seria sempre maior que o nível de efetivação conquistado, por maior que fosse o empenho governamental.

Bem por isso, apesar de defender o conceito amplo de saúde, quando trabalha o conceito do direito à saúde, Dallari não defende ser dever do Estado assegurar todas as prestações potencialmente conducentes à garantia do “Estado de completo bem-estar físico, mental e social”, mas afirma que “a efetiva liberdade necessária ao direito à saúde enquanto direito subjetivo depende do grau de desenvolvimento do Estado”, asseverando que “unicamente no Estado desenvolvido socioeconômico e culturalmente o indivíduo é livre para procurar um completo bem-estar físico, mental e social e para, adoecendo, participar do estabelecimento do tratamento” (DALLARI, 2010, p. 59).

Numa abordagem bastante convergente com a ideia que se quer expressar neste estudo no que diz respeito à isonomia na realização do direito à saúde e na participação do indivíduo na construção da dimensão desse direito, Dallari afirma que:

a garantia de oferta de cuidados de saúde do mesmo nível a todos que deles necessitam também responde à exigência da igualdade. É claro que enquanto direito coletivo, a saúde depende igualmente do estágio de desenvolvimento do Estado. Apenas o Estado que tiver o seu direito ao desenvolvimento reconhecido poderá garantir as mesmas medidas de proteção e iguais cuidados para a recuperação da saúde para todo o povo (2010, p. 59).

Além disso, “o direito à saúde será ou não garantido conforme a participação dos indivíduos no processo” (DALLARI, 2010, p. 59).

Recuperando a noção de saúde apresentada por Ricart César Coelho dos Santos, referindo-se a ela como “o resultado da harmonia existente entre o indivíduo e seu entorno

social, cultural e religioso” (SANTOS, 2016, p.43), pode ser louvável se lida como referente à busca de um estado de equilíbrio e harmoniza desejável.

Entretantes, tanto quanto a própria definição que se pretendeu sintetizar, parece não favorecer a formulação de uma política pública de saúde. Se a saúde é uma resultante da harmonia do indivíduo com seu entorno, inclusive religioso, pode-se depreender que indefinições, insatisfações ou mesmo repulsas religiosas passariam a enquadrar-se como problemas de saúde.

Consequentemente, esses assuntos, sabidamente ligados à fé e, portanto, a uma esfera intangível da liberdade individual, passariam a ocupar o campo da ciência médica, abrindo, inclusive, perigoso caminho para uma indevida interferência na liberdade religiosa a pretexto de tratamento de saúde⁷.

Em razão de todas essas considerações, talvez seja interessante compreender o conceito de saúde adotado pela OMS como um horizonte a ser visualizado continuamente, provocando-se o desejo de alcançá-lo. Porém, é um conceito que não parece adequado como parâmetro rígido para construção de um possível conteúdo do direito fundamental à saúde. Isso porque teria como implicação a inviabilidade de efetivação da saúde, já que, para “tentar efetivar” esse direito, o poder público estaria obrigado a fornecer um conjunto incomensurável de prestações, incompatíveis com qualquer orçamento, independentemente do nível de desenvolvimento econômico do país.

Com isso está-se a afirmar que, a princípio, não é possível invocar-se o conceito de saúde da OMS para sustentar o direito de obrigar o Estado a assegurar uma cirurgia estética para aquele que esteja insatisfeito com sua imagem e, portanto, fora do completo estado de bem-estar, físico e mental.

Diz-se a princípio porque, numa perspectiva democrática, a sociedade em algum momento pode chegar ao consenso de que está disposta a pagar por isso, mesmo que em detrimento de outros direitos sociais.

⁷ Sandra Caponi faz importante consideração sobre o risco de uso da definição de saúde da OMS como instrumento para legitimação de estratégias de controle e de exclusão do que seja considerável indesejável e perigoso. A inserção da “harmonia religiosa com o entorno” na definição de saúde, além de difícil enquadramento prático, pode permitir que se transfira para o âmbito de análise da saúde questões afetas puramente à fé, permitindo que a ciência médica seja parâmetro para um juízo de normalidade ou anormalidade no que diz respeito à crença pessoal (1997).

3.2.BREVE HISTÓRICO DO DIREITO À SAÚDE

O século XX revelou a insuficiência dos direitos de defesa para garantia de condições dignas de vida para os cidadãos, constatando-se que as liberdades individuais deveriam ser completadas por direitos como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc, os quais consubstanciam as condições imprescindíveis à efetiva fruição de liberdades materiais concretas (PIVETTA, 2014).

Foi sob essa perspectiva que a Constituição de Weimar de 1919, sem abandonar o ideal de autonomia individual, agregou às liberdades individuais a defesa de ideais de igualdade, solidariedade e de justiça social (PIVETTA, 2014), assegurando ao povo alemão direitos sociais, entre eles, o direito à saúde (AUAD, 2008).

Registre-se que, não obstante a Constituição de 1934, primeira constituição brasileira de viés social, tenha se inspirado na Constituição de Weimar de 1919, curiosamente não previu a saúde como um direito social (CARNEIRO, 2016), restringindo-se a dispor sobre a competência concorrente da União e Estados para legislar sobre o tema (art. 10, inc. II).

Com as Constituições de 1937 e 1945 não houve avanço, pois silenciaram sobre o assunto.

Apesar de até então não haver previsão do direito à saúde enquanto direito constitucionalizado e de ampla cobertura, a trajetória da saúde pública no Brasil já havia se iniciado desde o XIX, quando foi criada a Sociedade de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro, principal responsável pela luta no sentido da efetivação das políticas sanitárias no país (BARROSO, 2007).

Nessa época, como registra Barroso, foram desenvolvidas ações de regulação do exercício da medicina e a criadas as primeiras escolas de medicina no Brasil, uma na Bahia e outra no Rio de Janeiro, respectivamente em 1808 e 1809. Na Bahia foi criada a Escola de Cirurgia, enquanto no Rio de Janeiro criou-se a cátedra de anatomia no Hospital Militar, seguida pela de medicina operatória, em 1809, com a vinda da Corte portuguesa (BARROSO, 2007).

Apesar disso, nesse período as ações eram bastante tímidas, restringindo-se às ações de combate à lepra e à peste, e algum controle sanitário, especialmente sobre os portos e ruas. É somente entre 1870 e 1930, informa Barroso, “que o Estado passa a praticar algumas ações

mais efetivas no campo da saúde, com a adoção do modelo “campanhista”, caracterizado pelo uso corrente da autoridade e da força policial”.

Foi nesse clima que, em 1904, no governo de Rodrigues Alves, eclodiu a Revolta da Vacina, ocasionada, segundo relata Barroso, pela insatisfação do povo com as medidas tomadas pelo poder público, sendo certo que, apesar da Revolta, o modelo “campanhista” foi bastante exitoso, obtendo sucesso no controle de doenças epidêmicas, inclusive conseguindo erradicar a febre amarela da cidade do Rio de Janeiro (BARROSO, 2007).

Porém, durante o período de predominância desse modelo campanhista, não eram praticadas ações públicas curativas, as quais ficavam reservadas aos serviços privados e à caridade, sendo que somente a partir da década de 30 houve a estruturação básica do sistema público de saúde, que passa a realizar também ações curativas.

Houve também a criação do Ministério da Educação e Saúde Pública, bem dos Institutos de Previdência, os conhecidos IAPs, que ofereciam serviços de saúde de caráter curativo, alguns possuindo, inclusive, hospitais próprios. Todavia, se é certo não haver lugar para dúvida de que tais fatos significaram algum nível de evolução no serviço público de saúde, igualmente certo é que não foi uma evolução tão grandiosa, tendo em vista que, nessa dimensão curativa, a saúde pública não foi universalizada, estando os serviços de saúde limitados à categoria profissional ligada ao respectivo Instituto. Ou seja, na dimensão curativa, a saúde pública limitava-se a beneficiar os trabalhadores que contribuía para os institutos de previdência (BARROSO, 2007).

A Constituição de 1967, por sua vez, foi um pouco além, trazendo algumas inovações, que, entretanto, não significaram o reconhecimento da saúde como direito social universal.

Com efeito, dois foram os pontos especificamente disciplinados: um relativo à competência, dispondo caber à União “estabelecer planos nacionais de educação e saúde” (art. 8º, inc. XIV) e legislar sobre normas gerais de “defesa e proteção da saúde” (art. 8º, inc. XVII, “c”) e outro reconhecendo a saúde como direito, mas circunscrito aos trabalhadores e seus familiares (Art. 158, inc. XV).

Somente com o advento da Constituição de 1988, o direito a saúde passou a revestir-se de caráter universal.

3.2.1. Da saúde como direito do trabalhador à saúde como direito de todos

Embora a saúde seja um direito materialmente fundamental, pois intimamente vinculado à dignidade humana e à própria vida, até o advento da Constituição de 1988 não recebeu por parte do Estado o prestígio que lhe seria devotado num país em que o homem é colocado no centro do ordenamento jurídico.

De fato, até 1988, a saúde não era um direito de todos, mas apenas do trabalhador. A Lei Eloi Chaves, que ingressou no ordenamento jurídico pátrio em 1923, representou inegável avanço ao reconhecer a assistência médica como política pública. Contudo, como informa Ricart César Coelho dos Santos, o sistema era restrito ao âmbito das empresas privadas e públicas, apenas fornecendo cobertura aos empregados destas e aos seus familiares (SANTOS, 2016).

No plano constitucional, a Constituição de 1967 deu um passo adiante em relação às anteriores, positivando a saúde como direito, mas isso não representou uma mudança na realidade, tendo em vista que, tal como a lei antes citada, o âmbito de proteção permaneceu limitado, porquanto o direito era assegurado apenas ao trabalhador. Em razão disso, somente faria jus a esse direito trabalhadores e seus familiares, mantendo-se à margem da proteção constitucional quem não ostentasse essa qualidade, ou seja, estivesse fora do mercado de trabalho.

Embora outras leis tenham cuidado do tema saúde, resumindo com Mônica de Almeida Magalhães Serrano, pode-se reafirmar que, antes do advento da Constituição de 1988, somente trabalhadores regulares, ou contribuintes autônomos, tinham acesso à saúde da previdência (SERRANO, 2012).

Desse modo, como sustenta a autora, o quadro era o seguinte:

As demais pessoas ou arcavam com as despesas para um atendimento médico digno o que se resignava à população de maior poder aquisitivo, ou ficavam a mercê de instituições filantrópicas, que exerciam a assistência pública a saúde como forma de manifestação de solidariedade. Desse modo, já penitenciadas pela exclusão do mercado de trabalho, a população mais carente se submetia às atividades meramente caricativas para preservação ou reparação de seu estado de saúde (SERRANO, 2012).

Consequentemente, grande contingente da população brasileira não integrante do mercado de trabalho formal ficava fora do âmbito de proteção do direito à saúde, dependendo, tal como ocorria no século XIX, da caridade pública (BARROSO, 2007).

Esse cenário de exclusão provocou surgimento de vários movimentos da sociedade civil, dando ensejo a que, nos dias 16 a 21 de março de 1986, fosse realizada a VIII Conferência Nacional de Saúde, que teve como pauta a discussão dos temas pertinentes à saúde como direito, propugnando a reforma nacional do sistema nacional de saúde e financiamento setorial (SERRANO, 2012).

Essa Conferência gerou um relatório que exerceu forte influência sobre a Assembleia Nacional Constituinte, representando um exitoso resultado de um envolvimento com a prática democrática.

3.2.2. Da vinculação à previdência à autonomia do SUS

O Movimento de Reforma Sanitária, no período da abertura política, deu importante contribuição para reanimar os princípios democráticos na vida social e apontou reorientações para a construção de um novo modelo de atenção sócio-política da saúde. Os reformistas buscavam a universalização do direito à saúde, a unificação dos serviços prestados pelo Inamps e a integralidade das ações. No Brasil, crescia o debate sobre o direito à saúde, em um sentido mais amplo, significava a garantia de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação em todos os níveis, assegurado pelo Estado.

No ano de 1986, a 8ª Conferência Nacional de Saúde indicou a necessidade de uma reforma mais profunda, com a ampliação do conceito de saúde, sua correspondente ação institucional, a universalização do acesso e o fortalecimento do setor público. As propostas desta plenária foram para o debate constituinte e lá enfrentou as resistências por parte dos prestadores de serviço privado do setor de saúde e da medicina liberal, além de conflitos de interesses entre os reformistas da Previdência Social. As disputas de interesse não foram suficientes para barrar a aprovação do SUS e seus princípios, mas impediram a definição de algumas políticas importantes para o processo de implementação da reforma, tais como o

financiamento, a regulação do setor privado, a estratégia para a descentralização e unificação do sistema, dentre outras (FARIA, 1997).

Com a redemocratização, intensificou-se o debate nacional sobre a universalização dos serviços públicos de saúde. O momento culminante do “movimento sanitário” foi a Assembleia Constituinte, em que se deu a criação do Sistema Único de Saúde. A Constituição Federal estabelece, no art. 196, que a saúde é “direito de todos e dever do Estado”, além de instituir o “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. A partir da Constituição Federal de 1988, a prestação do serviço público de saúde não mais estaria restrita aos trabalhadores inseridos no mercado formal. Todos os brasileiros, independentemente de vínculo empregatício, passaram a ser titulares do direito à saúde (BARROSO, 2007, p. 14).

Embora a saúde seja direito de todos suas deficiências são inegáveis. Em relação à assistência ambulatorial e hospitalar,

o cidadão é obrigado a longas esperas para atendimento, que, na maioria das vezes, se demonstra precário, embora com condições de resolubilidade. Não é por outra razão que os sistemas privados de medicina em grupo - os convênios - florescem, financiados não apenas individualmente, mas principalmente, pelas empresas. A grande massa da população brasileira, entretanto, continua a depender do SUS, que, carente de recursos, e com um sistema administrativo ainda indefinido, não atende aos princípios propostos. Na prática, não é universal, não garante a equidade, a descentralização é limitada e não logrou eliminar completamente as competências concorrentes da União, dos Estados e dos Municípios (MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E REFORMA DO ESTADO, 1998, p. 12).

Segundo Bresser,

as políticas de redução do gasto público, adotadas como resposta às diversas crises econômicas que o país atravessou têm afetado, de modo geral, os programas sociais e, em particular, os da área de saúde, acarretando um decréscimo drástico e persistente do aporte real de recursos financeiros para o setor. Por outro lado, a grande elevação de custos, advinda do aumento da complexidade e da sofisticação tecnológica dos tratamentos médicos e hospitalares, tem um papel relevante na crise financeira do sistema (MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL E REFORMA DO ESTADO, 1998, p. 13).

4. A EFICÁCIA IMEDIATA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS: SUPERAÇÃO DA FASE DA INEFICÁCIA DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS

Num estudo que pretenda discutir o problema da insuficiência de concretização do direito social à saúde, afigura-se imprescindível uma abordagem a respeito da eficácia das normas jurídicas, mormente em se considerando que a experiência vem mostrando que a ineficácia jurídica tem sido um discurso jurídico recorrentemente utilizado para negar a própria existência do direito.

Aliás, não parece exagerado afirmar que, por mais que possa haver concepções distintas a respeito do fenômeno jurídico, o estudo do Direito, se não se reduz à norma, certamente a tem como elemento fundamental. Em outros termos, o que se está a afirmar é que qualquer estudo que se faça sobre Direito não prescinde do estudo da norma jurídica⁸. Isso porque, como assevera Norberto Bobbio, em posição a que inequivocamente se perfilha neste estudo, “a experiência jurídica é uma experiência normativa” (2016, p. 25).

Por outro lado, as normas parecem estar tão presentes na vida humana que não se vê espaço para recusar a afirmação de Norberto Bobbio de que “a nossa vida se desenvolve em um mundo de normas” e que estamos, do nascimento à morte, envoltos por regras de condutas que dirigem nossas ações nesta ou naquela direção (2016, p. 25).

Realmente, desde os primeiros momentos de sua existência, o ser humano é ensinado a agir de determinados modos, sendo-lhe construído paulatinamente o senso do “certo” e do “errado”, os quais somente podem ser obtidos a partir de um padrão escolhido pela família, pelo grupo, pela sociedade ou pelo Estado.

Como se depreende, as normas orientadoras das ações humanas não se circunscrevem àquelas que recebem a qualificação de jurídicas, compreendendo várias outras, conforme destaca Norberto Bobbio, quando assevera que, “além das normas jurídicas, existem preceitos

⁸ A expressão norma jurídica pode ser empregado tanto como gênero, do qual são espécies as regras e os princípios, como também como produto da interpretação de um texto. É neste último sentido, que se costuma fazer a correta advertência de que a norma não se confunde com o texto, pois ela é o texto valorado a partir de alguns aspectos, como a realidade socioeconômica, exemplificativamente.

religiosos, regras morais, sociais, costumeiras, regras daquela ética menor que é a etiqueta, regras de boa educação etc.” (2016, p. 27).

Embora haja pontos de coincidência entre a norma jurídica e as demais, é imperioso reconhecer um *plus* daquela em relação a estas, uma vez que a norma jurídica, ao prescrever um comportamento positivo ou negativo, não deixa ao seu destinatário a faculdade lícita de cumpri-la ou descumpri-la. Haverá sempre a possibilidade de a norma não ser cumprida, é verdade, mas o descumprimento importará na incursão em um comportamento ilícito, já que não se trata de uma recomendação de um fazer ou não fazer.

Normas jurídicas que determinam comportamentos comissivos ou omissivos são prescritivas e dotadas de imperatividade e por isso geram obrigações para seus destinatários.

A esse respeito, interessantes as noções de conselhos e imperativos (ou comandos)⁹ trabalhadas por Norberto Bobbio, o qual, malgrado reconhecendo outros critérios de distinção, considera que o menor ou maior grau de vinculatividade por si já seria suficiente para se distinguir um do outro.

Para mais ampla compreensão, reproduzem-se as seguintes palavras do autor:

Os imperativos (ou comandos) são aquelas prescrições que têm maior força vinculante. Essa maior força vinculante exprime-se dizendo que o comportamento previsto pelo imperativo é obrigatório, ou, em outras palavras, o imperativo gera obrigação à pessoa a que se dirige. Imperativo e obrigação são dois termos correlativos: onde existe um, existe o outro [...] Mas nem todas as prescrições, ou melhor dizendo, nem todas as proposições com as quais tentamos determinar o comportamento alheio implicam obrigações. Há modos mais brandos ou menos vinculantes de influenciar o comportamento alheio. Aqui examinamos dois tipos que tem particular relevância no mundo do direito: os conselhos e as instâncias (BOBBIO, 2016, p. 94-95).

Bobbio deixa clara sua compreensão de que, mesmo havendo outros critérios de distinção, bastaria para discernir o conselho do imperativo a circunstância de que, enquanto o imperativo é de obrigatória observância, o conselho é de cumprimento facultativo, podendo ou não ser seguido.

Voltando essas noções para o Direito, pode-se dizer que, apesar de nem todas as normas jurídicas prescreverem comportamentos, apenas facultando sua prática, fato é que, quando a norma tem um viés mandamental, determinando a prática ou abstenção de

⁹ Apenas a título de esclarecido, registre-se que não se trata de noções criadas por Norberto Bobbio, pois, como ele próprio menciona, elas já haviam sido discutidas por Thomas Hobbes no seu *Leviatã*, onde foi dedicado o capítulo XXV inteiro aos conselhos e à sua distinção em relação aos comandos (p. 96)

determinada conduta, não caberá ao destinatário licitamente decidir se irá ou não observá-la. Essa escolha poderá acontecer, mas, nesse caso, estar-se-á diante de um comportamento ilícito, do qual se desencadeará uma consequência.

Apesar da reconhecida possibilidade de haver norma jurídica desprovida de imperatividade, esta, a rigor, é uma característica nela presente. Disso decorre que a regra jurídica não pode ser equiparada com o simples conselho, sob pena de esvaziamento do Direito, que se tornará incapaz de atender sua finalidade de preservação de bens jurídicos no interesse do indivíduo e da sociedade.

Assim, quando os artigos 1.566, inc. IV e 1.696, ambos do Código Civil, veiculam, respectivamente, as normas de que incumbem aos cônjuges o dever de sustento do filho menor ou incapaz e que é recíproco o direito à prestação de alimentos entre pais e filhos maiores em havendo necessidade e possibilidade, não se está diante de faculdade, cujo cumprimento é facultativo pelo destinatário. De fato, essas normas são geradoras de direitos e obrigações, cujo adimplemento pode ser exigido judicialmente.

Nesse caso, aquele que foi prejudicado pela omissão do obrigado poderá socorrer-se da via judicial para fazer valer esse direito, podendo o inadimplente ser constrangido a cumprir a regra jurídica, até por meio da medida coercitiva da prisão civil, como decorre do art. 5º, inc. LXVII da Constituição Federal e art. 528, §§ 3º e 4º do Código de Processo Civil.

Até aqui foram feitas referências a normas jurídicas que têm como destinatários o particular. Há, contudo, aquelas que têm como destinatários o Estado ou este e os particulares. É o caso, por exemplo, da norma prevista no art. 5º, inc. XI, da Constituição Federal.

De fato, quando a Constituição prescreve que a casa é o asilo inviolável do indivíduo e que ninguém nela poderá penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito, desastre, para prestar socorro ou, durante o dia, por determinação judicial (Art. 5º, inc. XI), está criando para o Estado e os indivíduos em geral a obrigação negativa, consistente na abstenção de ingresso em casa alheia fora das permissões constitucionais e, como contraface, o direito do morador de não ter a inviolabilidade de sua casa atingida por ação do Estado ou do particular.

4.1. AS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS COMO NORMAS JURÍDICAS

Como assinalado, a imperatividade é uma característica das normas jurídicas, originando obrigações e direitos. Contudo, e embora a vinculatividade das normas atinja não só os particulares, como também o próprio Estado, o qual, aliás, é o destinatário principal ou único de muitas delas, fato é que há situações em que se defende que as normas não geram direitos subjetivos. Nesses casos, as normas são tidas como desprovidas de normatividade. É esse o argumento não raro utilizado para negar a concretização de direitos sociais.

Observe-se que, analisando a questão sob a ótica de uma teoria da norma jurídica, tem-se que, quando a norma prescreve um comportamento, disso decorre uma obrigação, de um lado, e um direito, de outro.

Destarte, voltando-se os olhos ao art. 6º da Constituição Federal de 1988, que elencou um conjunto de direitos sociais, é possível entender que das normas nele contidas haveria de decorrer o surgimento dos direitos subjetivos, ou seja, a faculdade de os indivíduos fruírem de direitos como saúde e educação, que ali estão catalogados. Não é, todavia, exatamente o que ocorre.

É certo que em tema de direitos sociais vale sempre recordar-se de seu caráter progressivo, de modo que não se pode legitimamente pretender que, de um momento para outro, o poder público disponibilize todas as prestações inerentes a todos os direitos sociais.

Não é legítimo supor, por exemplo, que o Brasil, país que ainda não alcançou o *status* de desenvolvido, seja considerado inadimplente em seu dever com a saúde por não disponibilizar no Sistema Único de Saúde tratamentos e medicamentos que nem mesmo os países desenvolvidos conseguem oferecer aos usuários de seus serviços públicos de saúde. Aliás, não seria simples a sustentação de inadimplência nem mesmo se os países ricos oferecessem em seus sistemas de saúde esses tratamentos muito sofisticados e, por conseguinte, de custos muito elevados.

De fato, como afirmou Norberto Bobbio em seu Livro “A Era dos Direitos”, uma vez reconhecidos os direitos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, passava-se ao momento de criação das condições para que eles fossem realizados (2004, p. 15), o que vem em reforço à ideia simples, mas que às vezes precisa ser realçada, de que a efetivação dos direitos supõe recursos materiais.

Esse aspecto deve ser salientado. Todavia, se é compreensível que a limitação material interfira na concretização dos direitos, inviabilizando em certo momento da sociedade brasileira o fornecimento de determinados direitos sociais, isso não significa assumir que os direitos sociais sejam reduzidos a mera promessa constitucional inconsequente¹⁰, cujo cumprimento fique ao livre alvedrio do poder público. Apesar das complexidades inerentes ao assunto, não se pode conceber a inusitada figura do direito que não é direito.

Realmente, a questão da concretização dos direitos sociais não é singela e de fácil solução, a começar pela circunstância de que nem sempre será possível dizer, com tranquilidade, que se está diante de violação de um direito, pois, como já registrado em linhas acima, o próprio conceito de saúde e o conteúdo desse direito social não são simples¹¹.

Contudo, se por um lado as construções teóricas relativas à classificação das normas constitucionais possibilitam argumentar que determinadas normas constitucionais são desprovidas de plena eficácia jurídica, por outro lado o resultado prático da aplicação dessa teoria acaba por esvaziar a própria normatividade da Constituição, especialmente no tocante aos direitos sociais.

É o que se passa quando, seguindo essa linha teórica, assume-se a posição de que as normas constitucionais veiculadoras dos direitos sociais são de natureza programática, desprovidas de plena eficácia jurídica e, por isso, incapazes de gerar direito subjetivo às prestações sanitárias.

Não é difícil depreender que, levando-se às últimas consequências a tese acima referida, as normas constitucionais que preveem direitos sociais serão reduzidas a meros conselhos do constituinte ao poder público, cuja observância, portanto, ficará ao seu livre alvedrio. Isso, sem dúvida, esvazia o conteúdo da norma constitucional, tornando-a inócua.

Nessa posição negatória da potencialidade das normas constitucionais para gerar direitos subjetivos está radicada, em certa medida, a própria negação do caráter normativo da Constituição. Diz-se em certa medida porque, apesar de não gerar um direito subjetivo, a

¹⁰ A expressão “promessa inconsequente” vem sendo sistematicamente utilizada pelo Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, nos diversos julgamentos da Suprema Corte brasileira, especialmente quando examina a questão efetivação do direito social à saúde. Essa asserção pode ser confirmada, ilustrativamente, no ARE 685230 AGR / MS – Mato Grosso do Sul Ag.Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo; Relator(a): Min. Celso de Mello, julgamento: 05/03/2013, órgão julgador: Segunda Turma.

¹¹ Como já registrado, segundo a Organização Mundial de Saúde, saúde é o “estado de completo bem-estar físico, mental e social”. Será que para tentar assegurar esse estado de completo bem-estar mental, estaria o Estado obrigado a assegurar a um indivíduo insatisfeito com sua imagem a realização de várias cirurgias voltadas à transformação que potencialmente produzirá esse estado mental?

norma se presta como bloqueio à revogação da promessa constitucional. Foi o que aconteceu durante muito tempo em relação à norma prevista no art. 37, inc. VII, da Constituição Federal, que assegura o direito de greve ao servidor público, a qual jamais foi regulamentada, inviabilizando por anos o exercício do direito¹².

Há, como se vê, uma íntima relação entre o assunto eficácia jurídica das normas constitucionais e normatividade constitucional. Esse liame afigura-se de tal magnitude que, se é certo que a classificação de uma norma constitucional como de eficácia limitada não é suficiente para possibilitar a negação de seu próprio caráter normativo, igualmente certo é que, em termos de resultado prático, acaba por subtrair-lhe o que ela tem de mais importante, que é criação de obrigação para o poder público e direito subjetivo exercitável para o indivíduo.

Aplicando-se a teoria da eficácia limitada das normas constitucionais às últimas consequências, o resultado que se obtém é a negação do direito, como já aconteceu, para ficar com apenas dois exemplos, com o direito à saúde e o direito de greve do servidor público.

Disso decorre que, para assegurar que a norma constitucional seja autêntica norma jurídica, e não uma norma simplesmente sugestiva ou de aconselhamento realizável à livre vontade do legislador ou do gestor público, é de rigor que sejam elas interpretadas de modo a conferir-me a máxima efetividade¹³.

4.2.EFICÁCIA JURÍDICA E EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A eficácia jurídica é a aptidão da norma para produção dos efeitos a que se destina. Nas palavras de Ana Paula Barcellos, eficácia jurídica “é um atributo associado aos enunciados normativos e consiste naquilo que se pode exigir, judicialmente se necessário,

¹² Interessante notar que o direito de greve é previsto na Constituição desde 1988. Contudo, somente em 2007 o exercício desse direito se tornou possível, por força de decisão proferida pelo Supremo Tribunal federal no bojo do MI 712, no qual se entendeu ser aplicável a Lei de Greve, por analogia.

¹³ O princípio da máxima efetividade é um dos muitos princípios relacionados à interpretação constitucional e, como o nome sugere, significa que o intérprete da norma deve interpreta-la de modo a ampliar os direitos que ela assegura.

com fundamento em cada um deles” (BARCELLOS, 2011, p. 75), situando-se, como se pode depreender, no plano da normatividade.

Significa dizer que, sob o ponto de vista jurídico, a norma encontra-se em condição de produzir os efeitos para os quais foi criada.

Contudo, apesar de dotada de eficácia jurídica, a norma pode ou não exercer o seu papel de transformação da realidade, vez que pode ou não ter contado com a adesão de seus destinatários.

Como se sabe, a norma jurídica, da qual é espécie a norma constitucional, é suscetível de estudo sob alguns aspectos. A esse respeito, Norberto Bobbio utiliza três critérios para valoração da norma, a saber, a justiça, a validade e a eficácia da norma, único que mais de perto interessa o objetivo deste estudo.

Como afirma Norberto Bobbio, o problema da eficácia da norma “é o problema de ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida (os chamados destinatários da norma jurídica)” (2004, p. 47), destacando que o fato de a norma existir não implica que ela será constantemente seguida. Segundo ele, a averiguação da eficácia ou ineficácia de uma norma “é de caráter histórico-sociológico”, votando-se para o comportamento dos membros de um determinado grupo social (BOBBIO, 2004).

Assim, é possível dizer que, quando uma norma juridicamente eficaz passa a interferir no plano da realidade, mudando comportamentos, diz-se que ela tem efetividade.

Explicitando a distinção entre os conceitos eficácia jurídica e efetividade, também chamada eficácia social, José Afonso da Silva assevera que, quando se fala em eficácia jurídica da norma, está a se referir à sua capacidade de atingir os objetivos previamente nela fixados, enquanto que, quando se fala de efetividade (eficácia social), está-se a designar que existe obediência e aplicação da norma (DA SILVA, 2009).

Expressando essa ideia mediante equação, ter-se-ia o seguinte: efetividade = eficácia jurídica (normatividade) + obediência e aplicação da norma.

Logo, a efetividade depende da eficácia jurídica, sem a qual será impossível alcançá-la. Porém, a eficácia jurídica, apesar de necessária, não é suficiente para a produção da efetividade, tendo em vista que esta depende também de obediência, de aplicação da norma juridicamente eficaz.

Sob o ponto de vista da eficácia, as normas constitucionais despertaram a atenção de vários estudiosos. No Brasil, com maior destaque, dedicaram-se ao tema juristas como Ruy Barbosa, José Horácio Meirelles Teixeira, Celso Ribeiro Bastos e José Afonso da Silva, tendo este último constitucionalista trabalhado a teoria tricotômica da eficácia da norma (SARLET, 2015), dividindo as normas em normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada.

As primeiras (normas de eficácia plena) seriam aquelas que, por serem dotadas de aplicabilidade direta, imediata e integral, não necessitam da intervenção do legislador ordinário para alcançarem operatividade, uma vez que, “desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou tem possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta ou indiretamente quis regular” (DA SILVA, 2009, p. 79- 89).

As segundas (normas de eficácia contida) são aquelas que igualmente se encontram aptas à produção de todos os seus efeitos desde logo, mas podem ter seu conteúdo restringido pela atuação do legislador.

Por fim, as normas de eficácia limitada são aquelas que se caracterizam pela aplicabilidade indireta e reduzida, pois não receberam do legislador constituinte normatividade bastante para, por si e de imediato, produzirem seus principais efeitos, dependendo, portanto, da intervenção legislativa para alcançar seus efeitos. Essas normas, na doutrina de José Afonso da Silva, estão separadas em dois grupos: normas constitucionais normas declaratórias de princípios institutivos e organizatórios e normas declaratórias de princípios programáticos (SARLET, 2015), sendo que estas últimas, em apertada síntese, seriam meramente portadoras de programas, a serem implementados posteriormente, mediante prévia intervenção legislativa.

Segundo Jorge Miranda, a abertura do texto é uma marca da norma programática¹⁴ e se manifesta no fato de que, nesse tipo de norma, o legislador constituinte, em vez de editar uma regra de aplicação concreta, apenas traça diretrizes pelas quais o poder público há de se orientar (*apud* DA SILVA, 2009).

¹⁴ Essa abertura do texto decorre do fato de as normas programáticas, em regra, serem principiológicas e, como defende boa parte da doutrina, aqui representada por Roberto Barroso, quanto ao critério de estrutura da norma, os princípios se distinguem das regras porque apontam para “estados ideais a serem buscados, sem que o relato da norma descreva de maneira objetiva a conduta a ser seguida” (BARROSO, 2014, p. 229)

A questão da eficácia jurídica das normas constitucionais aumenta significativamente seu relevo teórico quando se procura enxergar a harmonia dessa noção de norma constitucional de eficácia limitada, incapaz de produzir os seus principais efeitos, com a força normativa da Constituição (uma das marcas do Direito Constitucional Contemporâneo) e com a regra positivada no art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, segundo a qual “As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, cuja interpretação, por si mesma, já suscita enorme controvérsia jurídica, como se pode verificar no estudo apresentado por Ingo Wolfgang Sarlet a respeito desse dispositivo constitucional (2015).

Quando se olha para o dispositivo constitucional acima referido, emerge naturalmente a pergunta: é juridicamente adequado asseverar que as normas veiculadoras de direitos sociais não são imediatamente aplicáveis por serem programáticas, quando se vê que no art. 5º, § 2º da Constituição Federal encontra-se textualmente prescrito que os direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata?

Sob uma análise teórica, a questão reveste-se de elevada complexidade. Porém, neste tópico, o propósito é menos ambicioso, desejando-se apenas registrar que, não obstante o art. 5º, § 3º da Constituição ofereça a possibilidade de compreensão de que todos os direitos fundamentais (inclusive os sociais) são dotados de eficácia plena e imediatamente aplicáveis, o que possibilitaria o pronto exercício desses direitos, a doutrina e a jurisprudência mantiveram intensa dúvida quanto à eficácia jurídica das normas relativas aos direitos sociais. Disso decorreu que, durante algum tempo, a ineficácia jurídica das normas constitucionais serviu de fundamento para a inefetividade dos direitos sociais, que não chegavam a ser tidos como um direito exigível do Estado, mas representavam um programa a ser oportunamente realizado.

4.3. SUPERAÇÃO DA FASE DE INEFICÁCIA DAS NORMAS PROGRAMÁTICAS E EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

As normas jurídicas são vocacionadas à produção de direitos e obrigações e, sendo as normas constitucionais espécie do gênero norma jurídica, é natural que também elas sejam dotadas dessa vocação.

Apesar disso, em razão do reconhecimento de que algumas normas constitucionais possuem eficácia limitada, durante algum tempo se defendeu que elas não eram capazes de gerar direitos subjetivos.

Embora essa tese jurídica não fosse, evidentemente, de aplicação restrita ao direito social à saúde, foi predominantemente em relação a ele que ela foi muito utilizada nos primeiros anos após a promulgação da Constituição de 1988 e, por via de consequência, parece ter sido também o direito à saúde que moveu a modificação do entendimento jurisprudencial.

Cabe registrar, é verdade, que, nas pesquisas jurisprudenciais realizadas, nenhuma foi encontrada que tivesse uma riqueza de fundamentação teórica para contrapor-se à tradicional classificação das normas constitucionais e, especialmente, ao entendimento de que as normas programáticas possuem eficácia limitada e constituem apenas um programa a ser efetivado pelo poder público ao longo dos anos e segundo suas possibilidades.

Contudo, mesmo não fazendo um profundo enfrentamento teórico sobre o tema, a jurisprudência deu uma guinada em sua posição, passando a albergar o entendimento de que o caráter programático das normas constitucionais não pode transformá-las em inconsequentes promessas.

A título ilustrativo, registre-se que, no bojo do ARE 693.337 AgR/SP, de relatoria do Ministro Celso de Mello, em que se discutia o direito fundamental à educação, ficou consignado que “O fato que tenho por relevante consiste no reconhecimento de que a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente” e que o caráter programático da regra inscrita no art. 208, IV, da Carta Política “impõe o reconhecimento de que as normas constitucionais veiculadoras de um programa de ação revestem-se de eficácia jurídica e dispõem de caráter cogente”.

Portanto, na jurisprudência está superada a fase da ineficácia jurídica das normas constitucionais programáticas, que se traduziu, em certo período, num obstáculo à efetividade dos direitos sociais.

Apesar de a mudança da orientação jurisprudencial por si só não ser capaz de garantir a plena efetividade dos direitos sociais, porque o poder público, pelas mais variadas razões, continuará a denegar direitos sociais, não se pode desprezar que essa mudança teve um enorme significado para a elevação da concretização do direito à saúde.

Em outros termos, verifica-se que, tendo a jurisprudência considerado que as normas programáticas geram direito subjetivo, o que significa possuírem eficácia jurídica plena, o poder público avançou na maior observância da Constituição em relação ao direito à saúde (a norma passou a ter maior efetividade) e o direito teve elevado o seu nível de concretização.

4.4. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A JUSFUNDAMENTALIDADE FORMAL E MATERIAL DO DIREITO À SAÚDE

Quando se coloca a questão da jusfundamentalidade de um direito, o que se deseja é firmar uma posição se aquele é ou não um direito fundamental, o que pode ser uma tarefa de maior ou menor dificuldade, a depender do critério de que se utilize. Porém, uma coisa é certa: a afirmação de jusfundamentalidade de um direito, como se tentará demonstrar, reveste-se de elevado significado no que concerne à proteção e concretização desse direito.

Segundo o Dicionário eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa, o termo fundamental significa, entre outras coisas, aquilo que serve de fundamento, de alicerce, que tem caráter essencial e determinante, que é indispensável.

Nesse sentido, valendo-se dos sentidos comuns do vocábulo “fundamental”, é possível asseverar, ainda que de maneira um tanto imprecisa, que o direito fundamental é aquele indispensável à preservação e desenvolvimento do homem.

A despeito dessa noção, verifica-se que não apenas o conceito, mas também o correspondente regime jurídico dos direitos fundamentais depende das opções expressas e implícitas do constituinte histórico (SARLET, 2015), de maneira que, mesmo dentro de determinado ordenamento jurídico, podem ser tratados como fundamentais direitos que, na essência, são muito distintos. Bom exemplo disso, dentro dos direitos sociais, seriam os direitos à saúde (art. 6º, CF) e o direito ao adicional de férias (art. 7º, inc. XVII, da CF).

De fato, cotejando esses dois direitos, não tarda o pensamento em indagar o que há de comum entre eles para que, apesar de tão distintos quanto à essencialidade, sejam ambos considerados direitos fundamentais.

A resposta que se tem é que, seja qual tenha sido o critério utilizado (se é que houve um), o legislador constituinte optou por incluir os dois direitos, embora bastante distintos, na relação de direitos sociais.

Desse modo, estando o direito à saúde previsto no art. 6º da Constituição Federal, inserido no título II, que versa sobre direitos e garantias fundamentais, nenhuma dúvida pode haver de que se trata de direito dotado de fundamentalidade formal, sendo, por essa razão, dotado dos atributos dos direitos fundamentais.

Por ser um direito dotado de jusfundamentalidade formal, como ensina Ingo Wolfgang Sarlet, o direito à saúde estaria sujeito ao seguinte regime jurídico: a) por estarem inscritos na Constituição, situam-se no ápice do ordenamento jurídico, como norma de superior hierarquia; b) na condição de normas constitucionais fundamentais, encontram-se sujeitas aos limites formais e materiais da reforma constitucional, configurando cláusula pétrea (art. 60, § 4º, da CF) e; c) por força do art. 5º, § 1º da Constituição Federal, são diretamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades estatais e particulares (SARLET, 2007).

Como se vê, a jusfundamentalidade formal submete o direito a um regime jurídico diferenciado em relação aos demais direitos constitucionais que não ostentam esse status, revestindo-o de grande estabilidade, uma vez que considerado cláusula pétrea, de modo que deve ter preservado de reforma pelo menos seu núcleo essencial (SARLET, 2015).

Demonstrada a jusfundamentalidade formal do direito à saúde, bem como o regime jurídico decorrente, cabem ainda duas perguntas: 1) o direito à saúde é também um direito materialmente jusfundamental? 2) tendo em vista sua jusfundamentalidade formal e o regime jurídico protetivo decorrente dessa posição, subsiste interesse em se discutir a jusfundamentalidade material desse direito?

Parece que as duas perguntas merecem respostas positivas.

Quanto à primeira, registre-se que a doutrina vem adotando como critério para o reconhecimento da jusfundamentalidade de um direito a vinculação desse direito com a vida e com a dignidade humana.

Seguindo esse critério, Gregório Peces-Barba Martinez defende que são fundamentais os direitos que tenham por fim promover a dignidade da pessoa humana, possibilitando-lhe a assunção de um papel de protagonismo na vida social (1999).

Na doutrina nacional, em semelhante pensamento, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que a jusfundamentalidade em sentido material encontra-se ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela norma constitucional o que diante da inquestionável importância da saúde para a vida (e vida com dignidade) humana parece ser ponto que dispensa maiores comentários (2016).

Em posição assemelhada, Ana Paula Barcellos sustenta que os direitos fundamentais são condições materiais da dignidade humana, de sorte que, se a dignidade humana é valor fundamental nas sociedades democráticas contemporâneas, tendo sido inclusive alçada pela Constituição de 1988 ao status de princípio fundante da ordem jurídica, é evidente a fundamentalidade dos direitos sociais (2011).

A despeito da inegável importância dos demais direitos catalogados no art. 6º da Constituição Federal, talvez seja possível dizer que o direito à saúde está entre um dos que mais se aproximam da dignidade humana e da proteção à vida. Afinal, o que resta de dignidade numa vida marcada pela dor, provocada pela ausência de saúde, agravada pelo desalento causado pela falta da prestação de saúde capaz de amenizar seu sofrimento?

Desse modo, considerando-se que o direito à saúde está inafastavelmente vinculado à dignidade humana (esteio do Estado Democrático de Direito), estando, ainda, intimamente ligado à vida¹⁵, parece não haver dúvida quanto à sua jusfundamentalidade material.

E qual a importância dessa afirmação, quando o direito já possui a jusfundamentalidade material?

Talvez a seguinte afirmação de Ingo Wolfgang Sarlet já responda a pergunta, quando diz que por mais estranho que possa parecer, as pessoas ainda questionam a razão pela qual um direito à saúde encontra-se previsto na Constituição (2002).

O questionamento a que se refere Sarlet parece evidenciar que há, pelo menos por parte daqueles que não precisam do serviço público de saúde, uma certa incompreensão quanto à essencialidade desse direito para a vida e para a dignidade humana, de sorte que o reconhecimento de sua jusfundamentalidade se presta como um reforço constante para que haja efetivação do direito.

¹⁵ Muitos são os exemplos que poderiam ser colhidos na jurisprudência que confirmam a vinculação do Direito Fundamental à saúde ao Direito fundamental à Vida, mas, por entender suficiente, limitamo-nos a citar a Petição 1.246/SC, que traz importante discussão sobre tratamento de alto custo.

Com efeito, é de notório conhecimento que a efetivação dos direitos sociais não é automática, passando por prévia eleição de prioridades. Assim, tendo em conta inexistirem critérios explícitos delineadores das ações mais importantes, tem-se que a fundamentalidade material do direito é um forte argumento para alicerçar reivindicações voltadas à concretização do direito fundamental à saúde. Isso porque, como assevera Daniel Sarmiento, “Há limites fáticos para a efetivação das promessas constitucionais, decorrentes de variáveis econômicas, geopolíticas, sociais, etc., e desconsiderá-las seria cair num bacharelismo vazio e retórico” (SARMENTO, 2008, p. 2).

Consequentemente, tornada extrema de dúvida sua fundamentalidade material, o direito à saúde passa a gozar de certa primazia na escala de urgência de concretização.

Por tudo isso, insiste-se em que, apesar de ser inquestionável que a saúde é um direito formalmente fundamental, essa circunstância por si mesma não neutraliza a importância de ressaltar sua jufundamentalidade material, porque evidencia sua imprescindibilidade à preservação da vida, à promoção da dignidade humana e, nas palavras de Gregório Peces-Barba Martínez, à assunção de um papel de protagonismo na vida social (1999), impondo-se, por consequência, um empenho constante no sentido de sua efetivação.

5. A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PARA SUA EFETIVAÇÃO NA SOCIEDADE BRASILEIRA

5.1. A INEFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE COMO REALIDADE

Qual critério se pode utilizar para amparar a afirmação de que a inefetividade do direito à saúde é uma realidade?

A resposta pode ser mais ou menos simples, variando segundo a concepção que se adote a respeito do conteúdo do direito à saúde, que pode ter maior ou menor dimensão.

Adotando-se, por exemplo, o conceito de saúde utilizado pela Organização Mundial da Saúde, que considera a saúde “o estado de completo bem-estar físico, mental e social”, poderá chegar-se a um direito fundamental à saúde com um conteúdo substancialmente amplo, compreensivo do maior número possível de prestações. Segundo tal concepção, pelo menos num plano mais hipotético, poderá afirmar-se que a existência de uma longa fila de pessoas aguardando uma cirurgia meramente estética, a ser custeada pelo SUS, poderá caracterizar inefetividade. Por quê? Porque as pessoas que sentem essa necessidade, comprovada por perícia realizada por psicólogo, não estarão num estado de completo bem-estar mental e social, tendo em vista sua insatisfação com sua aparência.

Porém, de outro lado, é possível adotar esse conceito de saúde, mas, apesar disso, vincular a amplitude do direito à saúde ao nível de desenvolvimento econômico do país. Essa parece ser a posição de Sueli Gandolf Dallari.

Essa relação do conceito de saúde com o conteúdo do direito de saúde é ao mesmo tempo importante e complexa. Importante porque a definição do que é saúde deverá influenciar no conteúdo do direito, ou seja, no conjunto de prestações necessárias ao tratamento; complexa porque essas prestações poderão ser tão abrangentes que podem conduzir a uma situação de inviabilidade de atendimento.

Aquele que considera que o direito fundamental social à saúde compreende todas as prestações necessárias à tentativa do alcance daquele “estado de completo bem-estar físico, mental e social” não terá maior dificuldade para se convencer da inefetividade do direito social à saúde. Se o poder público tem dever de assegurar todo tipo de tratamento que, em

tese, possa promover a garantia daquele estado físico, social e mental já referido, mas assegurou apenas alguns tratamentos, não terá se desincumbido de seu dever constitucional. Logo, haverá inefetividade do direito à saúde.

Interessante notar que, em matéria de direito à saúde, as prestações componentes do seu conteúdo vem sendo atualizadas e ampliadas muito rapidamente. Enquanto em 1999 o poder público negava tratamentos essenciais à vida, atualmente o Sistema Único de Saúde oferece tratamentos que, naquela época, possivelmente seriam rotulados de utópicos.

Para melhor compreensão do que está sendo afirmado, basta lembrar que, no início da década de 90, não havia uma política pública de saúde adequada dirigida ao atendimento das pessoas portadoras do vírus AIV, as quais, não obtendo administrativamente os tratamentos indicados ao caso, tinham que ingressar com ação no Poder Judiciário para conseguir tratamento. Porém, desde 2012, por exemplo, o Ministério da Saúde, por intermédio da Portaria 3.149/12, passou a oferecer tratamento para infertilidade pelo SUS.

Nessa Portaria, datada de dezembro de 2012, o Ministério da saúde destinou R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) aos estabelecimentos de saúde que realizam procedimentos de atenção à Reprodução Humana Assistida, no âmbito do SUS, incluindo a fertilização in vitro e/ou infecção intracitoplasmática de espermatozoides.

Verifica-se, nesse sentido, que houve inegável avanço, passando-se de uma fase em que não se obtinha um tratamento essencial para um grave caso de saúde pública, que levava à morte várias pessoas, ao fornecimento de um tratamento inerente ao planejamento familiar, diretamente relacionado a um ideal de satisfação daquele estado de bem-estar físico, mental e social.

No entanto, segundo o ginecologista Nelson Antunes Junior, presidente da Sociedade Paulista de Medicina Reprodutiva, a determinação da portaria é insuficiente para atender à demanda pelo procedimento no país. Afirma que, atualmente, são atendidos 1.800 casos por anos, mas esse número é insuficiente, uma vez que o recomendado é que sejam 1.000 casos atendidos para cada milhão de habitantes. Além disso, no país inteiro apenas 9 hospitais fazem tratamento de infertilidade pelo SUS (PAGAN, 2017).

A se considerar essa avaliação do presidente da Sociedade Paulista de Medicina Reprodutiva, possivelmente haverá uma significativa fila de pessoas aguardando o tratamento para infertilidade. Diante disso, a questão que se coloca é se a existência de fila de pessoas à

espera de tratamento para infertilidade poderá ser um dado a autorizar uma afirmação de que a saúde pública é inefetiva.

Essas considerações foram feitas no propósito de demonstrar que não há um único referencial para amparar a afirmação de que a inefetividade do direito à saúde é uma realidade.

Todavia, apesar da diversidade de concepções sobre quais prestações são devidas pelo poder público para satisfação do direito à saúde, essa circunstância não fragiliza a premissa adotada no estudo, de que a inefetividade do direito à saúde é uma realidade, tendo em vista que ela (a premissa) não está amparada em casos duvidosos, em que poderia haver dissenso, mas sim naqueles em que o descumprimento do dever estatal para com a saúde pública parece inequívoco.

De fato, apesar da inegável relevância para o bem-estar da pessoa que deseja procriar, um tratamento de fertilização, sobretudo dependendo de seu custo, pode não ser uma situação que revele com nitidez e consenso a inefetividade do serviço público de saúde. Porém, as mortes de pessoas por falta de leito hospitalar, por recorrentes erros médicos ou ainda a espera por vários meses para receber uma consulta médica, parecem representar situações que não permitem dúvidas quanto à inefetividade da saúde pública.

Essa afirmação pode ser confirmada, tanto por uma inferência a partir do elevado número de ações judiciais contra o poder público, como também pelos casos recorrentemente noticiados, a exemplo da notícia veiculada pelo Estadão do dia 14 de agosto de 2013, que dava conta de que o MPF estava investigando 581 mortes por falta de vaga no SUS, que teriam ocorrido na cidade de Bauru, no período compreendido entre janeiro de 2009 a junho de 2013, sendo a maioria de pacientes que deram entrada no Pronto-Socorro Central PSC e não conseguiram atendimento ou remoção para leitos por falta de vaga no SUS (SIQUEIRA, 2013).

Além disso, são noticiados casos em que uma simples consulta médica demora até ano para acontecer, podendo levar ao retardo de um diagnóstico tardio de doenças graves e que evoluem muito rapidamente, como determinados tipos de câncer.

Essas situações, que ainda fazem parte do cotidiano brasileiro, não deixam dúvida quanto à inefetividade do direito à saúde como uma realidade.

O desafio não é demonstrar essa realidade, mas sim identificar suas causas e, a partir daí, envidar esforços para construção de meios que sejam capazes de ajudar a supera-la.

5.1.1. Principais obstáculos à concretização do direito à saúde

A concretização do direito social à saúde é um ideal a ser persistentemente buscado, sobretudo porque são muitos os obstáculos para que ela aconteça. Esses obstáculos ou, dizendo de outro modo, as causas de sua inefetividade, são bastante variadas, não sendo possível, desse modo, entender o problema sob uma perspectiva unidimensional. Qualquer tentativa nesse sentido estará fadada ao insucesso.

Por isso, mesmo sem pretensão de exaurir o assunto ou de oferecer resposta pronta e acabada para problema de tão elevada complexidade, o estudo procura demonstrar que a inefetividade do direito fundamental social à saúde decorre de uma pluralidade de causas, nomeadamente: custo da prestação do direito à saúde e a escassez de recursos; falta de vontade política, à qual se vincula a corrupção; a falha na formação do médico e, também, a própria judicialização da saúde, que parece um remédio que, pela alta dosagem, tem virado veneno¹⁶.

5.1.1.1. custo da prestação do direito à saúde. Escassez dos recursos e reserva do possível

Não obstante parcela dos estudiosos dos direitos fundamentais sociais entendam que os custos dos direitos e as consequências teóricas dela advindas, como escassez de recursos e a teoria da reserva do possível, não devam ser consideradas nas decisões definidoras do conteúdo dos direitos sociais, parece demasiadamente difícil pensar seriamente em efetivação de direitos sem considerar que eles possuem um custo.

¹⁶ Atribui-se a Paracelso, médico e físico do séc. XVI, a afirmação de que “A diferença entre um remédio e um veneno está só na dosagem”. Essa afirmação, como se desenvolverá oportunamente, converge com a ideia defendida no estudo a respeito da judicialização da saúde.

Isso porque, ainda que inexista identidade entre gestão de recursos privados e gestão de recursos públicos, a similitude existente entre elas, independentemente do tamanho, permite afirmar que desejar efetivar direitos fundamentais sem considerar seus custos, é como querer comprar carros, construir casas, fazer viagens, frequentar bons restaurantes e realizar outros gastos quaisquer sem levar em conta os ganhos mensais e/ou a fortuna acumulada e o quanto custarão esses bens e deleites.

Por mais que se possa entender indesejável, Direito e Economia andam de mãos dadas e esse é um fato que não se pode recusar, pois a escassez é uma realidade.

A respeito da escassez, em seus múltiplos aspectos, Mullainathan e Shafir desenvolveram um interessante estudo sobre as influências que ela exerce sobre as ações e pensamentos humanos, chegando a afirmar que “a escassez captura a mente”, no sentido de que ela subtrai a capacidade de compreensão a respeito de coisas menos complexas.

Relatam que, quando contaram a um colega economista que estavam estudando a escassez, ele disse o seguinte: “já existe uma ciência da escassez. Vocês devem ter ouvido falar. Chama-se economia”. Concordando com o colega, os autores afirmam que “a economia é o estudo de como usar meios limitados para alcançar nossos desejos ilimitados”. E dizem ainda que: “Se gastarmos dinheiro em um carro novo, temos menos dinheiro para um jantar fora. Se o governo gasta dinheiro em um procedimento experimental para o câncer de próstata, há menos dinheiro para a segurança nas estradas”. E terminam dizendo: “É impressionante a frequência com que discussões que de outro modo seriam inteligentes tendem a ignorar as escolhas conflituosas (um descuido que nossa teoria ajuda a explicar)” (MULLAINATHAN; SHAFIR, 2016, p. 15).

De fato, não oferece dificuldade a compreensão de que, se é realizado o gasto em uma área, haverá menos recursos para gastar em outra. Apesar disso, como já mencionado, parcela da doutrina se mostra avessa ao reconhecimento dos custos dos direitos e da teoria da reserva do possível como fatores delimitadores (ou definidores) do conteúdo dos direitos sociais ou, em termos mais claros, das prestações que devem ser fornecidas pelo poder público para se desincumbir de seu dever constitucional em relação a cada direito social.

Essa posição – que não é a adotada neste estudo – ao que parece, em certa medida, confirma a afirmação de que “a escassez captura a mente”. Esclareça-se que o uso da expressão “em certa medida” decorre do reconhecimento de que, aparentemente, subjacente

aos argumentos desses autores, está uma dose de desconfiança em relação aos responsáveis pelas decisões políticas, que poderiam se valer da teoria da reserva do possível como retórica para legitimar o descumprimento da Constituição. As essas questões se voltará em outro momento do estudo.

Quanto à “captura da mente” ou à “mente capturada”, o problema é que ela pode converter a vontade efetivadora em forte adversário da efetivação dos direitos sociais, produzindo um efeito reverso, que acabe por gerar mais inefetividade.

Desprezar que a escassez de recursos é uma causa da inefetividade é algo perigoso à efetividade. Quando não se considera que determinado direito foi efetivado em determinada intensidade (e não em outra maior) porque havia escassez de recursos a justificar a intensidade da efetivação escolhida pelo poder público, pode-se chegar a uma censura economicamente incorreta, impondo-se que se faça algo que acabará prejudicando a própria efetividade do direito.

Por isso se afirma que a judicialização é um remédio que, pela alta dosagem, está se transformando em veneno. Sendo os recursos públicos limitados, a garantia do direito pela via judicial a alguns pode dificultar a efetivação do direito em relação a todos, tornando mais distante o ideal de efetivação universal e isonômica dos direitos sociais.

Por isso é que se defende não apenas que os custos dos direitos e a escassez de recursos constituem obstáculos à efetivação do direito à saúde, como também que esses obstáculos não podem ser desprezados quando se trata de efetivação desse direito.

5.1.1.2. os custos dos direitos

Como afirmou Flávio Galdino, a “análise dos modelos teóricos sobre os direitos [...] revelou que os direitos fundamentais geram despesas. Todos eles – também os negativos – possuem custos, isto é, na realidade, são positivos” (GALDINO, 2005, p. 338-339).

O Estado, para realizar suas funções, e especialmente para o cumprimento dos diversos deveres que lhe foram impostos pela Constituição de 1988 gasta bastante dinheiro.

De fato, olhando apenas os gastos relacionados à efetivação do direito social à saúde, pode-se verificar que gasta com pagamento dos salários dos diversos profissionais que contrata mediante concurso público, gasta com a aquisição de equipamentos, gasta com os medicamentos, gasta com a manutenção do prédio destinado ao serviço ou com o pagamento do aluguel de um imóvel alugado, gasta com água, energia elétrica, etc. Os gastos são elevadíssimos.

Para o exercício de 2017, no âmbito federal, o Projeto de Lei Orçamentária previu despesas de R\$ 110,2 bilhões para a saúde. Esse valor, segundo informado, seria 7,20% maior que os gastos de 2016, e 6,06% maior que o valor mínimo que o governo é obrigado a gastar (PORTAL PLANALTO, 2016).

Importar não esquecer que, embora saúde e educação sejam os direitos sociais a que aparentemente vem sendo dispensada prioridade, outros direitos existem no catálogo de direitos do art. 6º que precisam ser atendidos. Nesse sentido, aliás, convém registrar que existe entre os direitos fundamentais uma relação de complementariedade, de modo que, para melhorar a qualidade da saúde, o poder público precisará investir em transporte e moradia, por exemplo.

Em razão disso, o orçamento, que envolve um projeto de receita e despesas, não é, como às vezes se proclama, uma peça formal sem relevância na efetivação dos direitos, como entendeu a Ministra Ellen Gracie no julgamento do RE 342413/PR, ao asseverar que “obstáculo de ordem burocrática ou orçamentária [...] não podem ser entraves ao cumprimento constitucional que garante o direito à vida”.

O orçamento, enquanto lei formal ou projeção de receitas e despesas, obviamente não se equipara em valor à vida de nenhum ser humano. O problema é que a visão de que ele é “mero obstáculo burocrático” pode ser um tanto reducionista de uma realidade mais complexa, pois, pelo menos em tese, ele contempla a previsão daquilo que, segundo as possibilidades econômicas, será destinado ao atendimento de todos os indivíduos, e não de apenas alguns que se valeram do Poder Judiciário.

Pode ser que o orçamento, em algumas hipóteses, retrate uma ficção, e não a realidade econômica do Estado. Seria, de certo modo, um orçamento fraudulento, porque, podendo ter contemplado um maior espectro de proteção aos direitos, optou por ocultar a capacidade

econômica estatal, fazendo-o no propósito de tentar diminuir-lhe a própria responsabilidade em relação à maior efetivação dos direitos cuja satisfação a Constituição lhe impôs.

Todavia, esse é um pensamento que renega o valor da democracia representativa, o que poderia conduzir a generalizado descumprimento da lei, a pretexto de ilegitimidade, toda vez que se entendesse haver dissintonia entre ela e a vontade popular. Se há dados concretos a denotar a disparidade das ações gerais tomadas pelos representantes com a vontade dos representados, parece que o caminho mais recomendável não é a banalização do orçamento, rotulando-o de “mera burocracia” ou outra coisa qualquer, mas sim incrementar a participação popular nas decisões políticas. Bom exemplo seria o orçamento participativo.

Como reconhece Gustavo Amaral, existe uma “competição por recursos escassos que passa necessariamente entre os diversos direitos básicos e também entre os básicos e outros valores sociais” (AMARAL, 2001, p. 79). Essa competição, em tese teve os vencedores declarados no orçamento.

Não é - que fique claro - uma defesa intransigente do orçamento ou do poder público. Na verdade, é uma defesa à efetivação do direito à saúde como direito de todos, e não apenas daqueles que “ganharam o direito na justiça”. Isso porque, considerando-se que a efetivação do direito fundamental à saúde importa em custos para o poder público, e que os recursos existentes não são suficientes para assegurar tudo, de tudo, a todos, o direito que alguns “ganharam na justiça” pode corresponder, em exata, igual ou maior dimensão, ao direito que muitos outros “perderam na justiça”. É que, via de regra, quando o Poder Judiciário, através de suas decisões, declara um vencedor, concomitantemente estará fazendo um perdedor, nem sempre visível. Os vencedores nas ações de saúde são sempre vistos, pelo menos pelos sujeitos do processo. É, por exemplo, aquela pessoa que foi a um setor da Secretaria Municipal de Saúde e teve a triste notícia de que sua consulta médica ocorreria apenas em dois ou três meses e, por isso, procurou o Poder Judiciário visando ser atendida mais rapidamente e conseguiu uma tutela antecipada para ser consultada em 5 dias. E o perdedor? Não teve perdedor? Numa visão meramente processual o perdedor é alguém sem qualquer importância: no nosso exemplo, é o município. Esse é o perdedor processual ou jurídico. Mas, há algum outro perdedor ou um perdedor que possa ser chamado de perdedor de fato?

Talvez o perdedor seja aquela pessoa ou aquele conjunto de pessoas que a cada decisão judicial acaba sendo colocada em segundo plano para que o usuário com a credencial

do Poder Judiciário possa ser atendido. Obviamente, essa é uma consideração geral, agora lançada para pensar na escassez de recursos como obstáculo à efetivação do direito à saúde.

Bem se sabe, como diz Ana Paula de Barcellos, que “não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição” (2011, p. 245-246). A questão que se coloca é como e com quem gastar.

Dúvida não pode haver de que os recursos emergentes dos tributos devem reverter-se num serviço de saúde mais efetivo. Aliás, o raciocínio que se vem desenvolvendo é sempre no sentido de maximizar a concretização, apenas defendendo uma efetivação que, tanto quanto possível, beneficie a todos igualmente, na medida de suas reais necessidades e das possibilidades estatais.

A questão é que, como adverte Fábio Nusdeo, “não é possível estabelecer ou antever um limite para as necessidades humanas. Ou seja, elas podem ser vistas como tendentes a se multiplicarem ao infinito. Vale dizer: podem ser tidas como ilimitadas” (2015, p. 23).

Desse modo, tendo o poder público que atender a necessidades tendentes à infinitude com recursos finitos, é imperativo o envolvimento da sociedade na questão da arrecadação e destinação dos recursos públicos, participando, o quanto possível, na definição das prioridades.

É claro que essa não é uma atividade simples e se torna ainda mais complexa quando os formadores de opinião não possuem responsabilidade social. Contudo, o esforço é necessário. Esse esforço impõe que algumas informações sejam avaliadas e, em seguida, tente-se extrair o que elas verdadeiramente significam.

Uma ilustração de caso em que essa atuação poderia ocorrer, possivelmente produzindo proveito para todos não apenas no sentido de correção de eventuais desvios, mas para inibir a reiteração de práticas talvez não muito convergentes com o interesse público.

Segundo estudo realizado pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, noticiado por Daniel Wie Liang Wang, somente a despesa total dos municípios com a função legislativa, em 1996, ficou em torno de 2 bilhões de reais, o que equivale a um quarto do montante global do seu gasto com saúde e saneamento básico (WANG, 2008).

Outro dado interessante, também trazido por Wang, foi que, no mesmo ano, vinte e seis por cento das prefeituras da amostra usada na pesquisa gastaram com a função legislativa cinquenta por cento ou mais do que gastaram com saúde e saneamento, sendo que, em 300 municípios, gastou-se mais com as câmaras municipais do que com saúde e saneamento básico (WANG, 2008).

Uma participação mais efetiva da sociedade, mormente no âmbito dos 300 municípios pesquisados, conduziria a uma tentativa de se compreender como os gastos com o funcionamento das respectivas Câmaras municipais podem ter superado os gastos com saúde, quando se considera que, a rigor, as Câmaras Municipais não desempenham atividades outras além das legislativa e fiscalizadora. Em que teriam sido realizados os gastos? Não é recomendável uma precipitada resposta sem estudo dos casos, malgrado a realidade brasileira incite a precipitação.

A respeito dos custos dos direitos, Gustavo do Amaral faz as seguintes considerações:

A atenção aos custos dos direitos revela a extensão em que a efetividade dos direitos, como realizada nos Estados Unidos (e em outros lugares), é feita através de trade-offs, inclusive trad-offs monetários. Isto não significa que as decisões devam ser feitas por contadores, apenas que funcionários públicos e cidadãos democratas tem que levar em conta os custos orçamentários. As finanças públicas são uma ciência ética porque nos forçam a levar em conta, de modo público, os sacrifícios que nós, como comunidade, decidimos fazer, a explicar o que pretendemos abrir mão em favor de objetivos mais importantes.

Em última análise, a realidade dos custos dos direitos e da escassez de recursos para implementa-los todos em sua maior dimensão acaba por vincular a efetivação dos direitos sociais (mas não apenas destes) a uma participação da sociedade na definição das prioridades e no acompanhamento do direcionamento dos recursos públicos, evitando desperdício do que é escasso.

É preciso enfatizar a ideia de que a escassez de recursos inviabilizará o atendimento da pluralidade dos direitos sociais (art. 6º, da CF) se não for adequadamente definido o que se assegurará a nível de prestação individual. Assim é que Jhon Elster, citado por Gustavo Amaral, afirma que “Dizer que um bem é escasso significa que não há o suficiente para satisfazer a todos” (AMARAL, 2001, p. 133).

A busca do equilíbrio entre os custos dos direitos e a escassez dos recursos deve ser uma constante, a fim de que os direitos possam ser efetivados em benefício de todos, com a máxima igualdade.

5.1.1.3. a teoria da reserva do possível

A consideração de que os direitos possuem custos, bem como de que existe escassez de recursos vão constituir a essência da chamada reserva do possível.

Contudo, como se verá, a doutrina nacional não chegou a um consenso quanto à aceitação da teoria da reserva do possível. Também parece não haver consenso na jurisprudência, devendo-se registrar que, embora o Supremo Tribunal venha admitindo a aplicação da teoria em tese, parece não haver registro de casos em que ela tenha sido aplicada.

A teoria da reserva do possível surgiu na Alemanha, quando candidatos às vagas de cursos em algumas universidades públicas exigiram que fosse cumprido o disposto no art. 12, § 1º da Lei Fundamental, que prescrevia que “todos os alemães têm o direito de eleger livremente a sua profissão, o lugar de trabalho e o lugar de formação”.

Nesse julgamento, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha aplicou a reserva do possível, adotando o entendimento de que as prestações estatais ficam limitadas à existência de recursos suficientes, tendo, assim, decidido pela improcedência do pedido daqueles estudantes (KELBERT, 2011).

No Brasil, são reconhecidas duas vertentes da teoria da reserva do possível, uma se referindo a uma escassez chamada ficta ou jurídica e outra referente a uma escassez fática, material ou real.

A primeira consubstancia a ideia de que a responsabilidade estatal pela concretização de direitos se restringe ao estabelecido na legislação orçamentária. Desse modo, uma vez criada a lei orçamentária, que contemplou a proposta do Executivo de distribuição dos recursos públicos disponíveis a cada área de interesse social, fica delimitado o dever do Estado, ao qual cabe o fiel cumprimento da lei orçamentária. Logo, tendo o orçamento

contemplado as opções distributivas e os recursos para custeá-las, não há lugar para realização de despesas diversas das previstas.

Essa concepção da reserva do possível destina-se tanto aos indivíduos quanto ao administrador público, promovendo a garantia de permanência da segurança jurídica. No tocante aos indivíduos, essa visão do orçamento gera a segurança de que os recursos nele previstos serão fielmente investidos em seu bem-estar, tal como previsto na lei. Por outro lado, ao administrador público, um orçamento formalmente definido gera segurança, vez que indicará como e em que o dinheiro do contribuinte será investido.

Porém, essa rigidez orçamentária recebe a crítica de que pode favorecer a distorção da realidade quanto à reserva do possível, municiando o Poder Público com um argumento econômico para escrever-se ao seu dever de efetivação dos direitos previstos na Constituição.

Luís Fernando Sgarbossa assevera o seguinte a respeito:

a despeito de todo apelo ao realismo feito pela doutrina dos custos dos direitos, de se notar que a mesma se baseia, em regra, em uma escassez de tipo ficcional, qual seja, aquela engendrada pela peça orçamentária. A escassez aqui denominada ficta ou jurídica enquadra-se no tipo intitulado por John Elster escassez artificial e, portanto, ostenta a característica pelo mesmo apontada, no sentido de poder o Estado, por uma decisão política, suprir a demanda (2010, p. 219-220).

Nesse sentido, a questão nuclear da crítica é que a cláusula da reserva do possível pode possibilitar a escusa do dever de efetivação da Constituição pautando-se numa ficção.

Como se pode inferir, o receio de que se alegue a escassez para obstar a realização de direitos sem que haja consonância da alegação com a realidade, revela a desconfiança quanto à lealdade do representante para com os seus representados, o que, embora possa encontrar algum respaldo na realidade, não parece suficiente autorizar a banalização do orçamento.

De todo modo, essas disparidades da possível ficção orçamentária com a realidade econômica devem ser remediadas por meio da maior participação popular na construção do orçamento, sobretudo no âmbito dos municípios.

A segunda vertente da teoria da reserva do possível refere-se à escassez fática ou material. Sob essa perspectiva, é necessário refletir que, no âmbito da federação, existem realidades econômicas muito distintas, havendo entes federativos que possuem escassez de recursos (realidade de grande parte dos municípios brasileiros), enquanto há outros em que a realidade é bem diversa.

Em relação à primeira situação, deve-se lembrar que essa é uma situação não muito incomum no Brasil, que resultou das diversas emancipações distritais ocorridas na década de 90, quando muitos distritos transformaram-se em municípios com insuficiente arrecadação tributária.

Por outro lado, existem também municípios com alta arrecadação e aparente autossuficiência de recursos.

Não obstante, se é muito provável que, dependendo da demanda, o município de pequeno porte não será economicamente capaz de suportar, nem por isso se pode concluir que o município de maior envergadura econômica terá capacidade de suportar todas as demandas que lhe forem reclamadas, pois, apesar de uma grande receita e, portanto, maiores recursos, as despesas também são maiores.

Daniel Sarmiento, igualmente apontando a dualidade de concepções, sustenta que tal teoria sujeita à apreciação de dois aspectos distintos, a saber, um fático e outro jurídico. O elemento fático refere-se à “efetiva disponibilização dos recursos econômicos necessários à satisfação do direito prestacional, enquanto o componente jurídico relaciona-se à existência de autorização orçamentária para o Estado incorrer nos respectivos custos” (SARMENTO, 2010, p. 569).

Se bem entendidas as posições defendidas, pode-se dizer que os dissensos que marcam a discussão sobre a teoria da reserva do possível assentam-se, essencialmente, em duas premissas: a primeira é um certo descrédito em relação ao responsável pela definição das políticas públicas, os quais, segundo aqueles que se apõem à teoria, poderiam dela utilizar-se para recusar a realização dos direitos assegurados pela Constituição; a segunda estaria possivelmente alicerçada na natural dificuldade que o ser humano tem de lidar com escolhas trágicas.

De fato, sobretudo quando se está em jogo a saúde e quiçá a vida, ninguém quer assumir a posição de escolher a morte de alguém, quando aparentemente lhe é possível a opção pela vida. Contudo, a despeito disso, casos há em que escolhas trágicas terão que ser adotadas.

A respeito dessas escolhas inevitáveis, Gustavo Amaral apresenta dois exemplos interessantes, nos quais a limitação fática se mostra de difícil contestação. O primeiro se refere à hipótese em que dois feridos à bala, ambos com grave risco de morte, chegam a um

hospital onde existe somente um centro cirúrgico, caso em que, embora ambos tenham direito ao atendimento, a realidade fática somente permite que um seja atendido. Alguma decisão precisa ser tomada, pois a inação (deixar os dois morrerem) já é uma decisão, que, aliás, é a menos adequada. Há, portanto, em tal caso, que se fazer a escolha dramática a ser adotada. Um receberá a prioridade na cirurgia, enquanto o outro poderá morrer.

É claro que se poderia cogitar de procurar outro centro cirúrgico. Contudo, pode-se trazer um contraponto, afirmando-se que a situação é urgente e não comporta qualquer espera, porquanto o menor tempo já é bastante para o óbito de um ou de ambos.

Outro exemplo, esse de um caso concreto, que foi noticiado no jornal Folha de São Paulo, na edição de 26 de setembro de 1999. Segundo relatado, o Ministério da Saúde elaborou uma nova fila para transplantes, específica para quem necessitava de transplante duplo de rins e pâncreas. Essas pessoas, afirma Amaral, normalmente diabéticas do tipo 1, correm risco de ficar cegas, ter falências dos rins e ter as pernas amputadas devido a problemas circulatórios. “Ocorre que enquanto a fila de pacientes esperando rins do Estado de São Paulo tem cerca de 7.800 pacientes, a de pâncreas tem menos de 80”. Com isso, prossegue Amaral,

as pessoas que estão na segunda fila receberão um rim bem antes daquelas que estejam na primeira fila, rompendo o critério cronológico (tempo de espera) e sem que haja uma comparação de urgência ou viabilidade médica entre quem será atendido antes e quem já estava há mais tempo aguardando o transplante (2001, p. 83-84).

Como se depreende, nos casos referidos por Amaral, parece que outra saída não havia senão a de realizar as escolhas. O dilema existia, mas, sobretudo no primeiro exemplo, havia duas vidas na iminência de perecer, de modo que a opção por uma delas oferecia dificuldade apenas no tocante ao critério a se adotar para a escolha. Contudo, muitas situações existem em que as escolhas igualmente são realizadas e sequer são percebidas pelo responsável pela tomada da decisão, o qual, não raro acreditando piamente estar fazendo o seu melhor como profissional e como ser humano, profere uma decisão assegurando um determinado atendimento pelo poder público e, ao final do dia, vai embora com o sentimento de justiça marcando sua memória. Porém, não se deu conta de que, ao garantir aquele atendimento tão rápido, acabou por retardar o atendimento de outros que já estavam esperando há mais tempo. É o que às vezes ocorre quando um juiz determina ao poder público pública, em tutela de urgência ou mesmo na sentença, que atenda prontamente o autor da ação.

Retomando às posições em relação à teoria da reserva do possível, tem-se que, enquanto alguns rejeitam veementemente a possibilidade de sua aplicação como limite ou obstáculo à concretização de um direito fundamental, outros consideram que sua aceitação decorre da lógica das coisas.

Figurando entre os defensores da primeira posição, Andreas Krell defende que a utilização da cláusula da reserva do possível não leva os direitos a sério, pois favorece politicamente o administrador e relativiza o compromisso do Estado na concretização dos direitos. Em referência ao dilema concernente a quem tratar numa situação em que os recursos da saúde sejam insuficientes, ele afirma que, em tal hipótese, devem ser atendidos, tirando, se for o caso, de outras áreas, como transporte, fomento econômico, serviço da dívida (KRELL, 2002).

Perfilhando a mesma posição, Ana Carolina Lopes Olsen sustenta que a questão dos recursos financeiros disponíveis para a efetivação dos direitos fundamentais sociais revela-se mais propriamente como uma escassez artificial que natural, pois, se os recursos econômicos se tornam escassos para um fim, é porque houve uma decisão política que os manejou para outro. Reconhece que não existem recursos suficientes para promover uniformemente todos os direitos, sendo este um dado da realidade do qual muitos autores tomam como premissa básica e irrefutável para a teorização da reserva do possível. Entretanto, advoga que

se a dimensão do custo dos direitos for apreciada no momento da definição daquilo que está ou não está normativamente protegido, é inegável que se abre um espaço praticamente incomensurável de discricionariedade para os poderes públicos que controlam a destinação dos recursos orçamentários. Neste sentido, a consideração da reserva do possível como limite imanente dos direitos fundamentais sociais pode se apresentar riscos para a sua exigibilidade (OLSEN, 2012, p. 191).

Em apoio ao seu raciocínio, cita Jorge Reis Novaes, o qual teria afirmado que, na medida em que se determina o que pode ser atendido pela norma de direito fundamental, ou seja, quais são as situações jurídicas que poderão ser tuteladas, está a se promover uma escolha, pois outras dadas situações não serão atendidas. E, se essa escolha for considerada mera delimitação do conteúdo do âmbito normativo, ela estará fora do controle de legitimidade e constitucionalidade, tornando-se uma atividade restritiva livre de qualquer tipo de controle (OLSEN, 2012).

De início, não se pode concordar com asserção de que a cláusula da reserva do possível não leva os direitos a sério, pois levar a sérios os direitos não significa fazer algo que seja economicamente inviável. Apesar de indesejável, a feição dos direitos acaba por ser

fortemente influenciada pela realidade econômica. De outro lado, há como discordar da afirmação de que, ao prestigiar um direito e não outro, os responsáveis pelas decisões políticas estarão fazendo uma escolha. Todavia, parece não haver qualquer transgressão ou ilegitimidade nisso, porquanto as escolhas, a princípio, inserem-se no âmbito próprio do exercício do poder político e, para, além disso, são iminentes às situações em que existem várias necessidades a serem atendidas, vários direitos a serem tutelados, mas, ao mesmo tempo, existe uma situação de insuficiência de recursos disponíveis para atendimentos de todas essas necessidades ou de todos esses direitos ou de atendê-los numa determinada extensão. Também parece de pouco peso a circunstância de a escolha importar limitação do conteúdo do âmbito normativo, pois tal restrição é ínsita à escolha. O que parece realmente decisivo, e esse é um ponto onde reside certa dificuldade, é a demonstração da conformidade da alegação de escassez de recursos com a realidade financeira do poder público. E mais: salvo melhor compreensão, considerando-se que as normas veiculadoras dos direitos sociais possuem conformação eminentemente aberta, não parece que a hipótese seja efetivamente sempre de restrição do conteúdo do direito, parecendo tratar-se da própria definição do conteúdo do direito, realizada segundo as possibilidades econômicas existentes no momento da feitura do orçamento.

Um exemplo talvez ajude a elucidar a distinção que se pretendeu fazer entre restrição do conteúdo do direito e definição do conteúdo do direito.

Quando a Constituição Federal, no art. 5º, inciso XX, prescreve que ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado, parece não oferecer espaço para se discutir qual é o conteúdo do direito em questão ou, em outros termos, o que está abrangido nele. Então, se vem uma lei e determina que toda pessoa ao completar 60 anos de idade deverá se associar aos grupos de idosos formados em sua cidade ou em seu bairro, essa lei estará restringindo o conteúdo do direito de liberdade de associação, pois, nesse caso, antes se tem uma situação de ampla liberdade; porém, agora, com o advento da lei, ao completar 60 anos, a pessoa já não mais usufruirá de mesmo grau de liberdade, porquanto terá que fazer parte de uma associação de idosos. Terá havido restrição do seu direito.

Porém, quando a Constituição Federal assegura o direito fundamental social à educação, não estabelece que o aluno do ensino fundamental ao médio terá direito ao ensino de tais e quais línguas estrangeiras. A conformação do conteúdo do direito à educação será feita posteriormente pelo legislador. Logo, se a Constituição não determinou ao poder público

o oferecimento de mais de uma língua estrangeira no ensino médio ao fundamental, não se poderá acertadamente afirmar que o oferecimento de uma única língua, e não duas ou três, como pretende determinado indivíduo, representa restrição ao direito fundamental à educação. Essa será uma decisão política.

Pode ser que, daqui a alguns anos, o conhecimento de dois ou três determinados idiomas se torne tão necessário para que a educação atenda às suas finalidades constitucionais que o não oferecimento dessas disciplinas represente diminuição ao próprio direito.

Por fim, qual seria a alternativa real para o poder público numa situação em que não tenha recursos para fazer frente a uma determinada necessidade?

Pode-se construir um exemplo com um município bem pobre que tenha um munícipe padecendo de enfermidade rara e grave, cujo tratamento somente se encontra disponível na Alemanha e custa cerca de 250 mil Euros. O município não deferiu administrativamente alegando escassez de recursos, razão pela qual foi acionada e, uma vez citado, apresentou suas contas bancárias e toda a sua contabilidade, por meio das quais se verificou que não havia todo aquele dinheiro disponível. O juiz, nesse caso propositalmente extremista, estará decidindo corretamente impondo ao município a obrigação de custeio daquele tratamento? E de onde sairá o dinheiro?

A resposta é pergunta é dada pela segunda posição a respeito da aplicabilidade da teoria da reserva do possível, ora representada por George Marmelstein, o qual categoricamente afirma que “A reserva do possível é uma limitação lógica e, de certo modo, óbvia à atividade jurisdicional em matéria de efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Afinal, sem dinheiro não há como realizar diversos direitos” (2011, p. 356). Ou seja, do poder público somente é exigível o possível.

Logo, nesse dissenso parece a razão está com a segunda corrente acima mencionada, porque a reserva do possível, mormente quando observada em sua vertente “real”, é resultado do reconhecimento da escassez de recursos para fazer frente à totalidade de necessidades.

Na jurisprudência, parece que a primeira vez que o Supremo Tribunal Federal fez referência à reserva do possível foi no julgamento da DPF 45, de relatoria do Ministro Celso de Melo, onde foram feitas algumas considerações a respeito da limitação de recursos e dos custos dos direitos. Em breve digressão, anote-se que, no acórdão, já se inicia tentando estabelecer a excepcionalidade da atuação do Poder Judiciário na formulação e implantação

de políticas públicas, registrado que, em regra, elas não se incluem no âmbito da “função institucional do Poder Judiciário”, ao qual somente caberá tais funções quando a omissão dos órgãos políticos competentes vier a comprometer a eficácia e a integralidade dos direitos fundamentais.

Embora o acórdão tente delimitar o espectro de atuação do Poder Judiciário, ressaltando que a competência para formulação e implantação de políticas públicas é dos órgãos políticos e que a atuação do Judiciário é excepcional, ao expor as situações de excepcionalidade que autorizariam sua intervenção, acabou por não se valer de uma de uma definição mais precisa. De fato, a afirmação de que o Judiciário atuará quando “a omissão dos órgãos políticos competentes vier a comprometer a eficácia e a integralidade dos direitos fundamentais” não acrescenta muito, pois deixa em aberto – e seria muito difícil fazê-lo de modo diferente – a questão de saber qual é o nível de eficácia que o poder político deve assegurar para que sua ação não seja tida como omissão.

Exemplificando a questão: em se tratando do direito fundamental à saúde, quais os medicamentos e tratamentos o poder público deve disponibilizar para que não haja omissão e, desse modo, o Judiciário não possa intervir?

Da leitura do acórdão, extrai-se que, embora reconhecendo a possibilidade da aplicação da reserva do possível, foram estabelecidos os seguintes condicionamentos:

- I) Que, no caso concreto, fique objetivamente comprovada a incapacidade econômico-financeira;
- II) Que a reserva do possível não seja utilizada pelo poder público com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais e que, notadamente, dessa conduta não haja aniquilação dos direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade;
- III) Que a prestação exigida do poder pública seja irrazoável;
- IV) Que a reserva do possível não sirva de justificativa para a inércia estatal irrazoável que comprometa as condições mínimas necessárias a uma existência digna e essencial à própria sobrevivência do indivíduo.

Com esses delineamentos feitos pelo STF, considera-se que aqueles riscos de que a reserva do possível seja usada para que o poder público se escuse de suas responsabilidades se tornam difíceis de concretizar. Aliás, a bem da verdade, o que se tem é que, embora admitindo

a teoria, os condicionamentos estabelecidos pela Corte são tantas e geram um ônus tão difícil para o poder público para que possa se desincumbir da prestação valendo da reserva do possível, que possivelmente será difícil verificar sua aplicação em casos práticos.

Com efeito, já de começo, caberá ao poder público demonstrar, no bojo do processo, sua incapacidade econômico-financeira de custear determinados tratamentos.

Note-se que o acórdão não vinculou à incapacidade econômico-financeira a recursos destinados àquele determinado direito, o que faz dessumir que somente será possível o reconhecimento de tal incapacidade quando não houver possibilidade de extrair recurso de nenhum setor da administração para custear o direito social que, em nosso estudo, é a prestação de saúde.

Assim, se o indivíduo ajuíza a ação pedindo um tratamento de R\$ 250.000,00, não bastará que o Estado demonstre não ter essa quantia disponível nos recursos destinados à saúde. Terá que demonstrar que não tem esse recurso em nenhuma outra área. Se tiver o dinheiro reservado para a educação, por exemplo, parece que não se desincumbirá da obrigação.

Outro requisito é a preservação do mínimo existencial, que, em matéria de saúde, impedirá que o poder público se exonere da obrigação de fornecer um medicamento ou tratamento sob a alegação de alto custo, pois, ainda que o custo seja alto, deve-se preservar a vida.

Porém, parece possível compreender, por exemplo, que, demonstrada a incapacidade econômico-financeira, o poder público conseguirá se desencilhar de prestações como aquelas voltadas à fertilização, tendo em vista que, salvo compreensão diversa, não se trata de uma prestação que esteja na base da noção de dignidade humana.

Por fim, o poder público poderá exonerar-se da prestação de saúde se a prestação exigida for irrazoável.

Desse modo, conclui-se o tópico com a asserção de que o custo dos direitos e a escassez de recursos, que são realidades, são obstáculos à efetivação do direito fundamental à saúde.

5.1.1.4. falta de vontade política: necessidade de contextualização

Como registrado em outro momento deste estudo, especialmente quando se cuidou dos custos dos direitos, da escassez de recursos e da reserva do possível, registrou-se a percepção de que havia entre os doutrinadores que se opunham à aplicação da teoria da reserva do possível como limite à efetivação dos direitos sociais a preocupação de que essa teoria pudesse ser invocada como justificativa para não concretização dos direitos. Inclusive, em relação às escolhas orçamentárias, parece que tais autores mantinham essa mesma desconfiança em relação aos responsáveis pela formulação e implantação das políticas públicas.

Na jurisprudência, pode-se observar no acórdão proferido na ADPF 45 que, malgrado se admitindo em tese a aplicação da teoria de reserva do possível, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu diversos condicionamentos para que o poder público pudesse exonerar-se do dever constitucional de garantir a efetividade dos direitos fundamentais sociais.

Digno de registro que, no referido acórdão, ficou consignado que a reserva do possível não se mostrará lícito ao Poder Público:

mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa, criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (STF, ADPF 45– DF, Relator: Celso de Melo).

Ao não ser que se trate meramente de recurso retórico, essa passagem do acórdão proferido na ADPF 45 igualmente denota uma desconfiança da Corte Suprema de que o poder público possa fazer indevida manipulação da atividade financeira e usar obstáculo artificial para fraudar e frustrar o estabelecimento dos direitos sociais.

Essas colocações, tanto da doutrina quanto da jurisprudência, revelam uma desconfiança de que exista, de fato, uma vontade política de concretização dos direitos sociais. De fato, se estivesse vinculado ao compromisso de efetivação dos direitos sociais, o poder público, em sua instância política, que se manifesta através dos agentes públicos eleitos, não se valeria de manobras para criar uma situação artificial de inviabilidade de efetivação desses direitos. Ao contrário, uma vontade política concretizadora dos direitos sociais, moveria os agentes a envidar esforços para, mediante leis orçamentárias, construir uma

política pública ampliadora dos direitos sociais, em nosso estudo o direito à saúde, e seguir fielmente no esforço para execução dessa política.

Contudo, as afirmações doutrinárias e jurisprudenciais em comento denotam, como dito, a descrença de que os agentes políticos atuem movidos por uma vontade política de efetivação dos direitos sociais. Disso se pode deduzir que, nesses discursos, está subjacente a noção de que a falta de vontade política é um dos obstáculos à efetivação do direito fundamental à saúde.

É esse também o ponto de vista sustentado neste estudo.

Embora a identificação da falta de vontade política nem sempre seja tarefa fácil, em algumas situações a dificuldade resulta um tanto abrandada. Ademais, optou-se pela inserção da questão da vontade política neste estudo porque ela, se realmente caracterizada, revela um distanciamento entre as ações dos responsáveis pela efetivação dos direitos sociais e a vontade do povo, o que demonstra a fragilização da democracia representativa e chama a atenção para necessidade de implementação de instrumentos da democracia participativa, a exemplo do orçamento participativo e dos Conselhos Municipais de Saúde.

Assim, neste tópico o objetivo é apresentar uma noção básica sobre o significado de falta de vontade política, conectar a noção de falta de vontade política à teoria da vontade pública, apresentar alguns elementos que revelam a falta de vontade política como obstáculo à efetivação dos direitos e, a partir disso, propor uma maior participação popular nas decisões relativas à coisa pública.

A existência de *déficit* de concretização dos direitos sociais, especialmente do direito à saúde, desperta um sentimento de descontentamento e indignação, talvez substancialmente intensificado na atual conjuntura, em que é nítido o quadro de desmando, evidenciado, por exemplo, pelos múltiplos esquemas de corrupção que vem sendo descobertos nos últimos anos no Brasil¹⁷.

Nesse contexto de lacunas de concretização de direitos e de descrença nas autoridades políticas, tornou-se lugar comum ler ou ouvir afirmações que associam a não efetivação de direitos sociais à corrupção e à “falta de vontade política”.

¹⁷ Citem-se, apenas para ilustrar, os casos apurados nas operações que ficaram conhecidas nacionalmente como “Mensalão” e “Lava Jato”, denotando um quadro de institucionalização da corrupção.

Essas asserções não são por acaso, pois os escândalos vindos à tona no país nos últimos anos conferem substrato a essas percepções, que são compartilhadas neste estudo, tanto que a falta de vontade política e a corrupção figuram como obstáculos à efetivação do direito fundamental à saúde.

Contudo, apesar disso, a recorrência do uso da expressão produz a sensação de que quando não se tem resposta para qualquer questão, sobretudo de maior complexidade, atribui-se à “falta de vontade política”, parecendo que essa afirmação por si mesma já possibilita que se ponha uma pá de cal sobre a questão, dispensando as reflexões que são ínsitas a temas tão complexos.

Tentando algum significado para expressão, anota-se que, de acordo com o Dicionário Houaiss da língua portuguesa, vontade é:

1. faculdade que tem o ser humano de querer, de escolher, de livremente praticar ou deixar de praticar certos atos; 2. força interior que impulsiona o indivíduo a realizar algo, a atingir seus fins ou desejos; ânimo, determinação, firmeza, disposição, empenho, interesse, zelo; 3. capacidade de escolher, de decidir entre alternativas possíveis; volição; 4. sentimento de desejo ou aspiração motivado por um apelo físico, fisiológico, psicológico ou moral; querer; (...) 8. nas doutrinas filosóficas racionalistas, motivação subjetiva capaz de conduzir de forma moral e refletida a ação humana, em oposição aos desejos e inclinações de caráter meramente afetivo; 9. na tradição empirista ou hostil ao racionalismo, impulso de natureza emotiva ou desejante por meio do qual o ser humano age na realidade objetiva e conduz sua atividade mental (HOUAISS).

Desse modo, à luz desses vários significados, entende-se possível conjuga-los e resumi-los para uma noção segundo a qual a vontade é uma faculdade do ser humano de querer, de praticar ou deixar de praticar certos atos e de escolher entre as alternativas possíveis, podendo fazê-lo por diversas motivações, sendo que, nas doutrinas filosóficas racionalistas, essa ação deve ser conduzida de forma moral e refletida, em oposição aos desejos e inclinações meramente afetivo.

Vontade pode ser entendida como uma força pura de realização de fins, uma energia pura [...] que se identifica com a ação ou com a antecipação da resposta motriz (BLANCO, 2002).

Corno define a vontade como força, diligência, sistema dinâmico de processos de controle que protegem a concentração e o esforço, cuja função é implementar e administrar as metas. Realizar algo por vontade própria é fazê-lo pelos próprios meios e esforços, independentemente de pressões externas (1993, p. 13).

Mas a que se refere quando se fala em falta de vontade política?

Leon Victor de Queiroz, em interessante artigo publicado no Estadão, enfatiza sua percepção de que tem ocorrido uma banalização no uso da expressão “falta de vontade política”, a qual vem sendo empregada como, se por si mesma, fosse capaz de explicar todos os problemas sociais. Nesse sentido, afirma que a expressão é um produto da liberdade poética dos comentaristas políticos, que, retoricamente, tem forte poder explicativo, tendo em vista que obediente a uma lógica linear, segundo a qual se não houve determinado evento, é porque ninguém quis produzi-lo, apesar de se presumir dispor dos meios para fazê-lo (QUEIROZ, 2015).

Desse modo, seguindo essa noção, pode-se afirmar que, quando se fala recorrentemente em “falta de vontade política”, está-se a fazer referência à omissão da realização de algo socialmente necessário, apesar da existência dos meios. Logo, pode-se dizer que há falta de vontade política no comportamento daquele que, embora tenha os meios, deixa de fazer algo socialmente relevante.

5.1.1.5. falta de vontade política e fragilidade da democracia representativa

Quando se percebe que se está diante de uma verdadeira omissão de algo socialmente relevante e possível, percebe-se uma desconexão entre Estado e Sociedade e, mais precisamente, entre representantes e representados.

De acordo José Felipe Ledur, Sociedade e Estado podem ser qualificados como instituições, estruturas ou organizamos a serem apreendidos dentro do desenvolvimento da história. Segundo afirma, até o fim do feudalismo, Sociedade e Estado não tinham estruturação com características próprias e distintas.

Naquele período, as classes sociais, como afirma Ledur, viviam lado a lado e possuíam um grupo dirigente autônomo e fechado, sendo que a forma de Estado como conhecida hoje teria começado no século XVII.

Diz o autor que a separação entre sociedade e Estado mantém vínculos históricos com o reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais individuais e da democracia representativa (LEDUR, 2009).

Porém, nosso constitucionalismo está marcado pelo reconhecimento de direitos fundamentais que não expressaram conquista do povo, traduzindo concessões dos donos do poder, incorporadas às nossas constituições por importações de outros países da Europa e dos Estados Unidos (LEDUR, 2009).

Disso resulta que não houve um fortalecimento do sentimento de respeito aos direitos. Antes, a forma de incorporação dos direitos parece que favoreceu uma cultura em que os direitos não são vistos propriamente direito, mas como concessões feitas pelo dono do poder.

Esse não é um problema da história recente do país, apenas tendo fincado raízes ao longo dos anos. Com efeito, no Brasil, culturalmente o papel do povo, no que diz respeito ao poder, é meramente figurativo. Referindo-se a essa situação, Raymundo Faraó registrou que:

toda nossa política, assim monárquica como republicana, mostrou-se geralmente ou duvidosa da capacidade do povo, ou suspeitosa do caráter de suas manifestações, de tal maneira que, entre nós, o povo foi sempre mais um símbolo constitucional do que fonte de autoridade em cujo contato dirigentes, representantes e líderes partidários fossem retemperar o ânimo e o desejo de servir (2001, p. 384).

E segue dizendo: “Nossa política nunca aprendeu a pensar normalmente no povo, a aceitar a expressão da vontade popular como base da vida representativa” (2001, p. 384).

A posição do povo como um fantoche parece nítida, numa expressão de uma democracia meramente simbólica. Faraó, referindo-se ao reinado de dom Pedro II, afirma que “O sistema se apoiava sobre pés de barro frágil, todos sabiam que as eleições pouco tinham a ver com a vontade do povo” (2001, p. 404).

Embora Faraó se refira, como se pode ver, a um momento remoto da história brasileira, a cultura de redução do povo a um papel figurativo não mudou, apesar do transcurso do tempo.

Essa afirmação parece corroborada por Ledur, quando assevera que a estrutura democrática da Constituição de 1988 contribuiu para que se começasse a fazer frente às sequelas produzidas pelo autoritarismo de 20 anos produziu na forma de exercício do poder no país, mas o exercício do poder tem raízes fundas, que ainda não foram removidas (2009).

Destarte, o exercício do poder ainda não se realiza inteiramente segundo as diretrizes democráticas.

A respeito da relação Estado e Sociedade, Rofl Roschner, citado por Ledur, afirma que não se deve pensar numa separação entre Sociedade e Estado, mas sim postular uma diferenciação (*apud* LEDUR, 2009).

No caso brasileiro, diz Ledur, a Constituição “promove a interação entre a Sociedade e o Estado, na medida em que ela reconhece não só o direito de participação da Sociedade em sentido clássico, por meio de eleições, mas também nas próprias ações do governo e administração” (2009, p. 125).

Exemplo de interação da Sociedade e Estado é oferecido por Maria da Glória Gohn, que discute os conselhos gestores como canais de participação possibilitadores da interlocução entre a população e o poder público estatal (GOHN, 2001).

Essa interação entre Estado e Sociedade deveria ser refletida na tomada das decisões políticas, que haveriam de prestigiar os interesses da coletividade.

Sendo assim, se existe recurso público disponível, a não concretização dos direitos sociais revela falta de vontade política.

5.1.1.6. falta de vontade política e espaço de escolha

Quem em sã consciência discordaria de que a educação e a saúde são essenciais ao desenvolvimento humano e que, por essa razão, é socialmente relevante que o Estado se empenhe em investir recursos para promove-las e otimizá-las?

Contudo, se a realidade econômica não permitia o atendimento concomitante dos dois direitos (saúde e educação) ou a saúde de todos os grupos, não seria acertado afirmar que houve falta de vontade política, no sentido de deixar de fazer algo socialmente relevante embora possível, pois a preterição de uma área para atendimento de outra seria decorrência da limitação de recursos para atendimento de todas.

Se foi bem compreendido, Germano Schwartz, por exemplo, é um dos estudiosos que atribui o problema da efetivação do direito à saúde à falta de vontade política. É o que se deduz, dentre outras, das passagens em que o autor afirma que “a questão da efetivação da saúde aos cidadãos e/ou estrangeiros residentes no país, está no desejo de o Estado cumprir a Constituição” (2001, p.157-158) e que,

caso existisse uma real vontade política, nossa Constituição seria efetivamente implementada, e a problemática sanitária brasileira encontraria uma maior possibilidade de efetivação da saúde como processo sistêmico que objetiva a preservação e cura de doenças, ao mesmo tempo em que visa à melhor qualidade de vida possível (2001, p. 161).

Apesar de a falta de vontade política interferir na tomada de decisões, fato é que nem sempre se pode dizer que algo não foi feito simplesmente por falta de vontade política, pelo menos numa conotação pejorativa, reveladora de descompasso entre a ação do governante e o que é bom para coletividade.

A esse respeito Ana Paula de Barcellos et al., enfatizando a necessidade de realização de escolhas, na realização do direito à saúde, afirmam que “O crescimento permanente de demanda por serviços sanitários e a escassez de recurso exigem a fixação, ainda que preliminar, de prioridades”. Nesse sentido, corretamente defendem que há necessidade de se definir que doenças ou que pessoas ou que prestações sanitárias serão atendidas, e em que extensão e profundidade, e quais receberão recursos num determinado momento histórico (2017, p. 459).

De fato, não se pode desprezar que as demandas por prestações sanitárias são crescentes e tal circunstância acaba impondo a necessidade de definição de prioridades para um determinado período. Assim, o gestor público pode se ver diante do dilema de escolher se investirá mais no atendimento à saúde infanto-juvenil ou se investirá no cuidado dos idosos. Poderá ter que escolher se investirá mais no atendimento das pessoas portadoras de diabetes ou se investirá no tratamento de dependentes químicos, sendo certo que, em nenhuma dessas hipóteses, é possível afirmar que houve uma falta de vontade política num sentido pejorativo. Houve uma vontade política de priorizar a saúde infantil ou a saúde do idoso em detrimento da saúde do dependente químico, mas, qualquer que fosse a escolha, estaria dirigida ao atendimento do interesse público.

Esses conflitos, numa realidade de escassez de recursos, parecem inevitáveis, impondo-se, desse modo, atenção para que não se considere que a opção por priorizar uma

determinada área, e não outra, por si revele uma falta de vontade política reveladora de descompasso com a sociedade.

São escolhas que estão inequivocamente compreendidas na liberdade decisória do administrador, as quais poderiam ser feitas mediante atuação direta da comunidade através dos Conselhos municipais de saúde, órgão com matriz constitucional, vocacionado a contribuir para impingir feição mais democrática à efetivação do direito à saúde.

Há, portanto, que se atentar para discernir cada situação.

5.1.1.7. falta de vontade política e a teoria da escolha pública

Há uma teoria que ajuda a compreender a falta de vontade política, entendida como a omissão na realização de algo socialmente relevante, embora fosse possível fazê-lo.

Trata-se da chamada Teoria da Escolha Pública, a qual, embora receba esse nome, na verdade, as escolhas nada teriam de públicas, visto que, segundo essa teoria, os políticos não agem em favor do interesse público, mas sim dos próprios interesses. Segundo Arthur Seldon, citado por Antônio Augusto Bello Ribeiro da Cruz, a Teoria da Escolha Pública desenvolveu-se sobre as motivações econômicas dos políticos e as consequências econômicas de seu poderio político em dirigir ou influenciar a vida das pessoas, através das leis, normas, regulamentos, impostos e taxas (*apud* DA CRUZ, 2017).

A ideia central da teoria é a negação da coincidência das ações do governante com a vontade do povo a quem representa. De acordo com Antônio Augusto Bello Ribeiro da Cruz, Arthur Seldon destaca a ideia de Tullock, para quem as pessoas estão sujeitas às mesmas motivações, seja na vida privada, seja na vida pública, havendo, em qualquer dessas esferas de atuação (pública ou privada), uma motivação econômica na sua atuação (*apud* DA CRUZ, 2017).

Essa visão econômica da motivação humana estaria a contrastar com a ideia defendida pela ciência política, que apresenta o ser humano como se comportando de forma distinta nas esferas pública e privada.

De acordo com Antônio Augusto Bello Ribeiro, Arthur Seldon afirma que Tullock tem a percepção de que os cientistas políticos e os sociólogos acreditam numa dualidade comportamental do homem, que agiria desinteressadamente na vida pública e egoisticamente na vida privada. Entretanto, a análise da escolha pública revelaria que se trata de distinção falaciosa, que tem levado a um erro considerável no estudo e na condução da vida pública pelo governo (*apud* DA CRUZ, 2017). Tal situação, para, além disso, diz Antônio Augusto Bello Ribeiro da Cruz, tem levado as pessoas a se permitirem ser reguladas por representantes que elas elegem esperando que salvaguardarão seus interesses.

No entanto, isso não acontece, pois, como visam aos próprios interesses, os políticos deixariam a vontade popular para um plano secundário, resumindo com a afirmação de que eles “vivem de ganhar eleições, e buscarão políticas com as quais as pessoas os recompensem com seus votos” (DA CRUZ, 2017, p. 2-5).

Nesse sentido, seria equivocado falar em escolha pública, sendo essa expressão criticada por Seldon, uma vez que considera que as escolhas feitas no sistema econômico e político não espelham as escolhas do público real. Para ele, as instituições públicas politizadas não estão preocupadas prioritariamente com as escolhas do público real como indivíduos ou família, o que decorreria do fato de as decisões coletivas não serem tomadas pelas próprias pessoas, mas sim por seus representantes (*apud* DA CRUZ, 2017).

James Buchanan definiu a escolha pública como a “política sem romance”, afastando a imagem de que os agentes políticos sempre buscam o bem da coletividade. Segundo ele, a escolha pública incorpora uma compreensão sobre a natureza humana um tanto diferente daquela que James Madison e seus colegas da época da fundação americana (*apud* DA CRUZ, 2017).

Há, na leitura desses teóricos da Teoria da Escolha Pública, uma ilusão de que o governo trabalha buscando realizar a convergência de suas ações com o interesse público. Nesse sentido, Tullock assevera que quem estuda a Teoria da Escolha Pública não pensará que o governo está, sistematicamente, engajado na maximização do interesse público, mas compreenderá que os políticos estão dispostos a maximizar seus interesses particulares, aduzindo, também, que, apesar de algumas análises prévias admirem implicitamente o alcance de perfeição no setor governamental, o estudo da escolha pública demonstra o contrário, apontando inúmeros possíveis melhoramentos na estrutura de governo (*apud* DA CRUZ, 2017).

É interessante ressaltar que, como diz Bobbio et al., o voto destina-se “não só a escolha de pessoas a quem se confia a alavanca do Governo, mas também a expressão do consenso e do dissenso, a representação dos interesses, o controle das atividades do Governo e a mobilização das massas” (BOBBIO et al., 2000, p.1174).

Disso resulta a possibilidade de que, no momento de responder às diversas demandas, o governo considerará seus níveis de popularidade frente aos diversos seguimentos sociais, não apenas para manutenção do seu crédito presente, mas também para o momento futuro.

Assim, medidas que deveriam ser tomadas, mas que poderiam favorecer ou prejudicar determinado seguimento social acabam ficando fora agenda política porque podem ser consideradas prejudiciais aos seus interesses atuais ou futuros (LOBO, 2007).

A questão das escolhas que serão feitas e dos grupos que serão beneficiados torna-se mais aguda para efeito da discussão da falta de vontade política, quando se admite que elas são orientadas de modo que à massa seja reservado apenas o indispensável à funcionalidade do organismo político. Cuidado da chamada Teoria das Elites, Norberto Bobbio afirma que:

em todas as sociedades, a começar por aquelas mais mediocrementemente desenvolvidas e que são apenas chegadas aos primórdios da civilização, até as mais cultas e fortes, existem duas classes de pessoas: a dos governantes e a dos governados. A primeira, que é sempre a menos numerosa, cumpre todas as funções públicas, monopoliza o poder e goza as vantagens que a ela estão anexas; enquanto que a segunda, mais numerosa, é dirigida e regulada pela primeira, de modo mais ou menos legal ou de modo mais ou menos arbitrário e violento, fornecendo a ela, ao menos aparentemente, os meios materiais de subsistência e os que são necessários à vitalidade do organismo político” (BOBBIO et al., 2000, p.385).

Assim, a ideia é de que, nessa divisão, alguns propositalmente são excluídos de algumas vantagens, uma vez que lhes são reservados o mínimo.

5.1.1.7.1. falta de vontade política, teoria da escolha pública e institutos afins

A Teoria da Escolha pública trata ainda de algumas outras ideias como o Logrolling, Lobbying Organizado, Rent Seeking Burocracia, a cujo respeito se farão breves anotações, em razão do potencial de distorção na tomada de decisões.

O Logrolling, que poderia ser traduzido como “uma mão lava a outra”, representando, na essência, a troca de votos ocorridas no processo político, em que um parlamentar ou grupo de parlamentares apoia uma lei de interesse do outro em troca de obtenção de aprovação de outra lei de seu interesse (DA CRUZ, 2017).

Isso pode ocorrer, por exemplo, na Câmara Municipal de qualquer município, onde três grupos de vereadores querem aprovar três projetos distintos, mas nenhum consegue aprovação de seu projeto sem o apoio do outro. Um grupo que apoia o prefeito quer aprovar uma lei de isenção de IPTU para imóveis de até determinado valor apresentado pelo Chefe do Executivo; outro quer melhorias para o bairro “X”, enquanto um terceiro quer aprovar lei para melhorias no bairro “Y”. Ainda que haja rivalidade política entre eles, renunciam suas diferenças e votam um em benefício do projeto do outro, a fim de possibilitar o projeto de seu interesse.

Diz-se que pode ser benefício ou prejudicial, dependendo do custo que importe para o grupo não beneficiado. Será prejudicial se as vantagens para um grupo ocasionar elevadas desvantagens para o outro, de modo que somente um grupo de indivíduos seja beneficiado. Apesar de poder ser benéfico, a Teoria da Escolha Pública, ao examinar o fenômeno, questiona sua moralidade, uma vez que haveria uma distorção entre o comportamento público do parlamentar e seus valores individuais (DA CRUZ, 2017).

Outra situação seria a do Lobbying Organizado, o qual seria um dificultador da escolha pública. Como diz Antonio, “quando um pequeno grupo de pessoas é consideravelmente afetado por uma atividade coletiva, há interesse em organizar-se para apoiar uma medida a favor ou derrubar uma medida contrária” (DA CRUZ, 2017, p. 08). Porém, sendo grande o número de pessoas a experimentarem pequenas perdas, não haverá organização, pois cada um entende que sua contribuição não fará diferença no resultado.

Logo, o lobbying é capaz de intervir severamente na tomada das decisões políticas, podendo-se deduzir que, embora se possa dizer que o “poder político está em condições de recorrer em última instância (e está em condição de fazê-lo porque detém o monopólio)” (BOBBIO, 1987, p. 82), não se pode desprezar que poderes como o econômico e o ideológico são utilizados para interferir decisivamente nas ações do governo em suas esferas de poder.

O lobbying, como sugere Nownes, citado por Cristiano Lobo, “é um esforço proposital para afetar o que governos fazem”, funcionando para manutenção ou alteração de um padrão

existente (*apud* LOBO, 2007, p. 19). Entretanto, por ser uma prática ainda não foi legalizada no Brasil e que costuma receber um tom pejorativo, pouco se sabe quanto ao número de decisões influenciadas por essa prática (LOBO, 2007).

Porém, reconhece-se que também existe o lobbying popular, que, segundo Kollman, citado por Cristiano Lobo, “é importante porque é um modo comum (quicá o mais comum com exceção às eleições) para a elite dos criadores de políticas públicas vivenciarem pressão na forma de participação popular”, sendo, de acordo com Cristiano Lobo, “poderoso instrumento que os cidadãos possuem para ser utilizado como ferramenta de mudança” (*apud* LOBO, 2007, p. 23).

Como vem sendo dito ao longo do estudo, as escolhas fazem parte da política, podendo, inclusive, ser influenciadas pelo Lobbying de determinados setores. Contudo, as escolhas válidas em uma democracia precisam encontrar justificativa no interesse da coletividade. Se a escolha for daquelas que produz vantagens para alguns poucos a um custo muito elevado para a sociedade não se pode visualizar não é possível afirmar que é algo próprio da democracia. Portanto, as vantagens sociais decorrentes de alguma situação que imponha ao corpo social sacrifícios precisam ser reveladas e necessitam ser justificadas.

Qual a vantagem para a sociedade em se aderir à ideologia neoliberal? Esse é o único caminho a ser seguido pelas economias dos países em desenvolvimento?

5.1.1.7.2. falta de vontade política e adesão do Brasil à ideologia neoliberal

A inclinação do Estado brasileiro à adoção de um modelo de estado mínimo foi destacada por Gilberto Bercovici e Luís Fernando Marçoneto no artigo intitulado constituição dirigente invertida, no qual afirmam que, a partir da década de 1980, passou-se a adotar a retórica do controle do *déficit* público, “vinculada ao discurso neoliberal de repúdio ao estado”, por meio da qual, em última análise, a pretexto de redução dos gastos públicos, diminuem-se aqueles dedicados ao social e os deslocam para despesas com a política monetária, especialmente as altas taxas de juros. Por isso, já em 2006, ano da publicação do artigo, disseram que “hoje é o *déficit* público que garante a remuneração para o capital” (BERCOVICI; MARÇONETO, 2006, p.67-68).

O capital que o Brasil recebe em empréstimo vem sendo bem remunerado. A quantidade de recursos públicos destinados ao pagamento da dívida pública representa parcela substancial do orçamento público.

Em 2011, 45,05% do orçamento da união foram destinados ao pagamento de juros/amortizações da dívida pública; em 2012 o percentual foi de 43,98% e, em 2013, o percentual foi de 40,30%. Enquanto isso, os gastos com saúde, em tais anos, representaram, respectivamente: 4,07%, 4,17%, 4,29% e 3,98% (RODRIGUES, 2015).

Tal circunstância evidencia que a prioridade recaiu sobre os pagamentos dos juros/amortizações da dívida pública, em detrimento da saúde, que ficou, em cada ano, com menos de 10% dos percentuais dedicados às primeiras despesas.

Reconhece-se, neste estudo, a necessidade de melhor avaliação, sob o ponto de vista da política e da economia, se havia outras opções menos amargas para a sociedade brasileira. Contudo, num primeiro juízo, esses percentuais estão a denotar que, apesar do grave *déficit* de efetividade da saúde, não houve vontade política em prioriza-la.

Como mencionam Bercovici e Marçoneto, a Constituição dirigente não é do agrado de muitos, os quais lhe despejam críticas, assentadas no argumento de que “amarra” a política e, com isso, substitui o processo de decisão política pelas imposições constitucionais. Contudo, ao mesmo tempo em que criticam a constituição dirigente por aprisionamento da política, contraditoriamente são grandes defensores das políticas de estabilização e de supremacia do orçamento monetário sobre as despesas sociais (BERCOVICI; MARÇONETO, 2006). Ou seja, são defensores de uma constituição dirigente invertida, consistindo a “inversão” no fato de que, em vez de se voltar para realização do estado social, como é próprio da constituição dirigente, volta-se para a garantia do lucro do capital especulativo.

Essa inclinação por prestigiar e garantir a remuneração de investidores, alguns verdadeiros especuladores, em detrimento da realização do social, sentida e criticada por Bercovici e Marçoneto em 2006, continua a revelar a realidade das decisões que são adotadas na atualidade, o que se acreditar restar confirmado pela circunstância de considerável parte do orçamento público estar sendo dedicado ao pagamento de juros da dívida pública.

No ano de 2015, por exemplo, o Brasil gastou 367 bilhões de Reais com pagamento de juros da dívida pública, sendo que, possivelmente para poder continuar a fazer frente a essa e outras despesas dirigidas a interesses diversos da realização dos direitos sociais, em 5 de

dezembro de 2016, o Congresso Nacional promulgou a Emenda constitucional nº.95, que congelou por 20 anos os gastos públicos, com elevado potencial de repercussão em relevantes direitos sociais, como saúde e educação, do que resultará no agravamento do *déficit* de concretização desses e de outros direitos sociais.

Obviamente que não se está defendendo que o estado brasileiro simplesmente despreze as obrigações contraídas e assumam a posição de inadimplente irresponsável, tendo em vista não se tratar de postura condizente com a respeitabilidade e credibilidade que se deve preservar nas relações internas ou externas, entre outras razões porque um calote nos credores desencadearia quebra de confiança dos investidores, tornando ainda mais penosa a retomada do crescimento econômico, tão importante à geração de empregos e receitas tributárias.

Contudo, em nenhum momento, os exercentes do poder político, leiam-se Executivo e Legislativo, deram mostras de que buscaram, sem êxito, medidas alternativas àquela que gera diminuição de investimentos públicos em setores essenciais.

Em situação de tal gravidade e relevância social, cabia-lhes o ônus argumentativo de demonstrar a ausência de alternativa e a imprescindibilidade da imposição de limitação de gastos como única, ou melhor, medida para a satisfação do bem comum, ônus do qual, entretanto, não se desincumbiram, gerando a presunção de que o poder político é exercido em benefício do capital, e dando indícios de que o a Constituição brasileira vai tomando o rumo de uma constituição de uma constituição dirigente invertida.

Esse panorama conduz ao entendimento de que a saúde, embora sabidamente precária, não tem sido tão prioridade como possivelmente devesse ser.

Até que se demonstre o contrário, pode-se dizer que não tem havido suficiente vontade política. Talvez, se houvesse mais vontade política, pudesse haver pagamento de menor percentual de amortização/juros da dívida e um investimento um pouco maior na saúde.

Diante disso, tem-se que a falta de vontade política é, de fato, um dos obstáculos à efetivação do direito fundamental à saúde, o qual deve ser superado ou pelo menos minimizado, para o que se faz necessária a maior atuação popular.

5.1.2. Corrupção

Nos últimos anos têm sido noticiados diversos casos de corrupção no Brasil, dentro das duas maiores operações já instauradas para apuração de esquemas criminosos envolvendo agentes políticos. Primeiro foi a operação que ficou conhecida como mensalão; a segunda a Operação Lava-Jato, na qual a cada dia são descobertos novos casos, gerando a sensação, para dizer o mínimo, que a corrupção se encontra institucionalizada no país. Seus impactos financeiros reais ainda não são, e talvez nunca sejam conhecidos, sequer numa aproximação de exatidão. Contudo, sabe-se que o prejuízo é grande.

Ao discorrer sobre os efeitos sociais e econômicos da corrupção, Lucas Rocha Furtado coloca a questão de saber, nessa relação entre pobreza e corrupção, qual seria a causa e qual seria o efeito, sugerindo que talvez a corrupção seja tanto causa como consequência da pobreza (FURTADO, 2015).

A corrupção, esse mal social, é favorecida pela ignorância, pois,

se a população não tem condições de acompanhar a aplicação dos recursos destinados a programas sociais, por exemplo, ou não sabe como denunciar irregularidades ou suspeitas de fraudes ou desvios, os sistemas de fiscalização da atividade administrativa deixam de contar com um dos mais importantes de controle social (FURTADO, 2015, p. 49-50).

Isso denota a interconexão entre os direitos à saúde e à educação, porquanto a ausência de concretização de um direito não se limita à privação daquele direito não realizado, mas traduz-se em facilitador ou causa da violação de outros. É a ideia de complementariedade dos direitos fundamentais.

No caso da corrupção, como visto, o baixo nível de educação formal ocasiona a incapacidade de avaliação da realidade e de exercício de um protagonismo desejável numa República, inviabilizando ações relevantes no combate à corrupção. Consequentemente, sem eficiente fiscalização da sociedade, os recursos que poderiam ser vertidos para a saúde, foco de nossa atenção, acabam sendo desviados, comprometendo a concretização desse direito.

Quando se aponta a corrupção como um dos obstáculos à concretização do direito à saúde, não se está fazendo apenas uma afirmação meramente especulativa, mas chamando à atenção para algo que consiste em triste realidade.

Com efeito, o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes, abordando o tema “Corrupção e Desenvolvimento”, ao referir-se aos reflexos prejudiciais da corrupção sobre a saúde, registrou que a corrupção resulta em perdas enormes no setor da saúde pública, onde os recursos são limitados. Ainda segundo o relatório, nos países mais desenvolvidos, por exemplo, se estima que a fraude e o abuso nos serviços de saúde custam entre US\$ 12 e US\$ 23 bilhões por ano a cada governo. Especialmente em relação ao setor financeiro, realçou a existência de grande vulnerabilidade do setor farmacêutico, os gastos anuais com compra de produtos podem chegar a US\$ 50 bilhões, onde, segundo avaliações realizadas recentemente pela Organização Mundial da Saúde, a fraude e a corrupção podem acarretar a perda de 25% dos medicamentos comprados (UNODC, 2017).

Como se pode depreender, a corrupção não é “privilégio” dos países em desenvolvimento ou periféricos e tampouco do Brasil, o que, evidentemente, ressalta a dificuldade de solução do problema, já que, se países desenvolvidos ainda não conseguiram vencer esse mal, das duas uma: ou é porque não houve vontade ou é porque a solução, se existente, é tarefa demasiadamente difícil.

Portanto, a corrupção é seguramente um dos obstáculos à efetivação do direito à saúde, tendo em vista que recursos que deveriam voltar-se ao desenvolvimento do sistema de saúde, com aquisição de equipamentos, medicamentos e outras ações, acabam recebendo destinação que em nada favorece à saúde.

Existem dificuldades em encontrar dados que revelem o impacto da corrupção na saúde pública no Brasil. Contudo, os poucos que existem, que certamente representam um percentual exíguo da realidade, já conferem alguma mostra da dimensão do problema. Em reportagem do Gazeta do Povo, intitulada “Corrupção na Saúde Público desviou R\$ 2,3 bilhões em nove anos”, foi noticiado o desvio da cifra supramencionada da área da saúde, tendo o TCU afirmado que essa quantia correspondia a 1/3 do que foi desviado na União no período, significando dizer que, segundo órgão de controle externo, a União perdeu o total de 6,89 bilhões (CORRUPÇÃO na saúde desviou R\$2,3 bilhões em nove anos, 2011)

Mais recentemente, em 2017, a situação de calamidade pública em que se encontra o sistema de saúde pública no estado do Rio de Janeiro foi associada a uma “corrupção orquestrada” durante o governo de Sérgio Cabral e revelada pela Operação Fatura Exposta da Polícia Federal, a qual, no período compreendido entre 2007 a 2016, teria ocasionado desvios que podem chegar a 300 milhões (VILLELA, 2017).

Esses dados, embora poucos, evidenciam que a corrupção é mais uma das causas de inefetividade do direito fundamental à saúde.

5.1.3. Falha na formação profissional e humanística do médico

A qualificação e a própria humanização do profissional responsável pelo atendimento das pessoas enfermas é fundamental. Evidentemente, esse ideal deve se estender a todos os profissionais, e não apenas ao médico, mas se optou por fazer menção apenas a ele por dois motivos: o primeiro é porque, no fundo, o objetivo é enfatizar a capacitação e humanização de todos profissionais da saúde, fazendo-se referência ao médico apenas por ser ele, via de regra, o profissional que, durante o seu horário de trabalho, de algum modo dará o tom da música. Segundo porque uma pormenorização de cada profissional acabaria alongando demasiadamente um tema por meio do qual se deseja essencialmente chamar a atenção para o elemento humano responsável por um serviço.

Feita essa breve explicação, passa-se ao ponto sobre o qual se deseja discorrer.

Não é de agora que se levanta a questão da formação do médico no Brasil. Em 1997, ao prefaciar o livro “Os médicos no Brasil: um retrato da realidade”, Waldir Paiva Mesquita, então Presidente do Conselho Federal de Medicina, abordou a questão, afirmando que, devido ao “boom” resultante da desenfreada abertura de escolas médicas na década de 70, aconteceu um crescimento muito elevado de profissionais no mercado com formação inadequada, conseqüente da má estruturação curricular das escolas, referindo que, “Para agravar o quadro, ocorreu também intensa concentração desses profissionais em determinadas áreas geográficas, resultado da péssima distribuição dos serviços de saúde no País” (MACHADO, 1997, p. 12).

O problema é de elevada gravidade, porque, na relação entre médico e paciente, “A lógica da confiança, da credibilidade ético-profissional assume feições marcantes”, decorrendo que “o médico não só tem autoridade profissional sobre o paciente, mas, principalmente, exerce um real e forte poder de ação sobre ele, tornando-o um consumidor passivo, pouco à vontade para decidir sobre condutas independentes da opinião do médico” (MACHADO, 1997, p. 22), podendo-se inferir que o paciente, a rigor, comportar-se-á segundo a orientação do seu médico.

Além disso, não se pode desprezar que, nas questões que envolvem saúde, os maus resultados tendem fortemente à irreversibilidade, porquanto o retardo ou equívoco no diagnóstico¹⁸ de um câncer, exemplificativamente, pode fazer toda diferença, determinando entre a permanência ou o fim da vida do paciente.

Entretanto, apesar de sua relevância, o problema persiste refletindo a realidade nos dias atuais. Registre-se que, em 2003, o Conselho Regional de Medicina de São Paulo se manifestou contrariamente à abertura de novas escolas de Medicina no país, alicerçando sua posição na afirmação de que “O Brasil não precisa de mais médicos. O Brasil precisa, sim, é de bons médicos”, realçando sua posição com a asserção de que “Os erros médicos e as punições dos Conselhos de Medicina, em sua maioria, estão ligados às condutas de profissionais com formação inadequada” (LOPES, 2017, p. 11).

Depois de cerca de treze anos, notadamente, em 2016, o Conselho Regional de Medicina de São Paulo mostra a subsistência do problema, tecendo relevante crítica quanto ao nível da formação técnica dos médicos, salientando os insatisfatórios resultados do exame realizado em 2015, em que se registrou o percentual de 48,13% de reprovação dos participantes, médicos recém-formados que demonstraram desconhecimento em procedimentos considerados básicos.

Segundo Eduardo Luiz Bin, Conselheiro Corregedor do CREMESP, percebeu-se que houve índices preocupantes de equívocos para tratamentos de algumas enfermidades.

Conjugando-se a costumeira demora para a realização da consulta um paciente do SUS¹⁹ com um diagnóstico equivocado, tem-se como resultante uma combinação perfeita para o agravamento da enfermidade ou quiçá para o óbito do paciente cuja enfermidade, se diagnosticada tempestiva e adequadamente, seria tratada sem maiores repercussões negativas.

Além da deficiência técnica, estudos apontam a “fraca formação humanística, psicológica, sociológica e filosófica necessária a um profissional médico, bem como a ausência de comprometimento com aspectos políticos e sociais que propiciem soluções para os problemas de saúde da população” (AMORETTI, 2005, p. 141).

¹⁸ No dia 26 de outubro de 2016, a Revista Veja.com publicou que, a cada três minutos, cerca de dois brasileiros morrem em um hospital por consequência de um erro que poderia ser evitado. A conclusão é de um estudo apresentada no Seminário Internacional “Indicadores de qualidade e segurança do paciente na prestação de serviços na saúde”, realizado em São Paulo. (ERRO médico mata mais que câncer no Brasil, 2016)

¹⁹ Como registrado na nota 9, há casos em que o paciente precisa esperar mais de ano para conseguir uma consulta médica.

Em pesquisa de campo realizada para a elaboração de seu trabalho de conclusão de curso, Mário Lopes entrevistou vários usuários do Sistema Único de Saúde e obteve diversos relatos de atuações absolutamente inadequadas dos médicos, dados que não apenas confirmam as falhas na formação profissional, como também revelam a necessidade de maior comprometimento com o ser humano.

Vários são os casos citados por Mário Lopes. Entretanto, a fim não delongar neste ponto, faz-se a opção por mencionar apenas um dos casos referidos, em que um dos entrevistados relatou a seguinte experiência como usuário do SUS:

um certo dia estava passando mal e fui até o pronto socorro, chegando lá estava uma fila enorme, peguei minha ficha de atendimento e fiquei aguardando na fila, mas eu estava muito mal e cada vez piorava mais e mais senti que ia desmaiar e minha cabeça parecia que ia explodir de tanta dor acompanhada de vômito, pedia socorro mas ninguém me socorria então furei a fila chegando até o médico que estava de papo o celular, e virando-se para mim falou – não mandei ninguém entrar espere lá fora, eu respondendo disse-lhe –só sarei daqui quando for atendida (LOPES, 2017, p. 51)²⁰.

Considerando-se ser médico essencial à preservação, ao alívio das dores e à recuperação da saúde humana, decorre como consequência que sua má-formação, sem dúvida, traduz-se em obstáculo à concretização do direito fundamental à saúde, pois pouco ou nada adianta a realização de elevados investimentos em construções de novos hospitais, criação de novos leitos, aquisição de novos equipamentos e fornecimento de medicamentos, se não houver médico capacitado a diagnosticar as enfermidades, prescrever os tratamentos adequados e a auxiliar o enfermo a perceber a importância de uma séria e responsável adesão ao tratamento.

5.1.4. Excesso de judicialização e os impactos orçamentários e financeiros

O direito à saúde é um direito formal e materialmente fundamental, mas, apesar de sua jusfundamentalidade material, somente se tornou direito de todos com o advento da Constituição de 1988. Até então, era direito cujo acesso ficava restrito a quem pudesse pagar o serviço particular ou estivesse vinculado à previdência social.

²⁰ A reprodução é fiel à forma como a entrevistada escreveu seu relato e ao que consta da obra consultada.

A Constituição mudou o panorama jurídico, já que inseriu o direito à saúde como direito fundamental social (CF, art. 6º). Contudo, apesar de todo o entusiasmo e expectativas que a positivação do direito à saúde ocasionou, a realidade não experimentou significativas modificações imediatamente, o que fez com que os necessitados das prestações de saúde começassem a recorrer ao Poder Judiciário na tentativa de ver efetivado o direito à saúde.

Num primeiro momento, as respostas do Judiciário a essas pretensões foram negativas, sobretudo, porque, naquele momento, ainda se entendia que as normas constitucionais veiculadoras do direito social à saúde eram programáticas e, em razão disso, não geravam direito subjetivo vindicável contra o poder público.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, em maio de 1996, no Recurso em Mandado de Segurança nº 6.564/RS, de relatoria do Ministro Demócrito Reinaldo, reconheceu que a pretensão de imposição ao poder público de complementação da quantia necessária para a aquisição de um aparelho marca-passo, fabricado e vendido nos Estados Unidos. O Superior Tribunal de Justiça, não podia prosperar, porque as normas programáticas não geram direito subjetivo, de modo que não teria havido violação a direito individual (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº. 6564-RS. Relator: Ministro Demócrito Reinaldo, de 17 de junho de 1996. No mesmo sentido se decidiu o Recurso Especial nº. 57614-RS de relatoria do mesmo ministro acima referido, julgado em 01 de julho de 1996)

Porém, já em novembro de 1999, a jurisprudência inaugura uma nova fase, passando a reconhecer a saúde como direito exercitável contra o poder público. Naquele ano, o Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental em Agravo de instrumento nº 238.328/RS, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, asseverando que a norma do art. 196 da Constituição Federal é de eficácia imediata, garantiu prestação de tratamento a paciente que estava contaminado pelo vírus da AIDS (Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 238.328-RS. Relator: Ministro Marco Aurélio, de 11 de maio de 1999).

Nesse mesmo sentido, em agosto de 2000, no Recurso em Mandado de Segurança nº 11.183/PR, de relatoria do Ministro José Delgado, o Superior Tribunal de Justiça assegurou ao recorrente o medicamento Rilutek (Riluzol), afirmando ser

despicienda de qualquer comentário à discussão a respeito de ser ou não a regra dos arts 6º e 196, da CF/88, normas programáticas ou de eficácia imediata. Nenhuma hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido, em 1988, na Constituição Brasileira, de que a saúde é direito de todos e dever do Estado (art.

196). (Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº. 11.183-PR. Relator: Ministro José Delgado, de 04 de setembro de 2000).

Em setembro de 2000, o Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental em Agravo de instrumento nº 271.286-9/RS, de relatoria do Ministro Celso de Melo, assegurou o direito a prestação de saúde, alicerçando o acórdão na tese de que “O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente [...]”. (Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271286 –RS. Relator: Min. Celso de Mello, de 12 de setembro de 2000).

5.1.4.1. da inefetividade ao excesso de judicialização

Visando à concretização do direito social à saúde, os interessados passaram a recorrer ao Judiciário, o qual, após um primeiro momento de denegação das pretensões, passou a reconhecer amplamente o direito à saúde, assegurando as mais variadas prestações.

A partir de então, embalada pela posição jurisprudencial concretista, a judicialização da saúde experimentou amplo e constante crescimento, chegando a um quadro de “judicialização excessiva”.

Balanco do Conselho Nacional de Justiça realizado em 2011 dava conta de que, naquele ano, já existiam em trâmite cerca de 240.980 processos judiciais relativos a algum tipo de prestação de saúde, sendo a maior parte destes, conforme divulgado, contendo postulação de acesso a medicamentos procedimentos médicos e vagas em hospitais públicos, além de ações movidas contra os planos e operadoras de saúde (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011).

De acordo com o CNJ, a estimativa é de que os gastos da União, estados e municípios com atendimento de determinações judiciais chegue a 7 bilhões de reais em 2017 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017).

Como se vê, existe um elevado gasto com saúde em decorrência da judicialização, o qual acaba por gerar distorção na distribuição dos recursos disponíveis.

Para demonstrar essa distorção e impacto da judicialização nos orçamentos públicos, Daniel Wunder Hachem traz dois convincentes exemplos.

O primeiro é relativo ao Município de Campinas que, no ano de 2009, gastou a quantia de R\$ 2.505,762,00 com pagamento de condenações judiciais para fornecimento de medicamentos, em 86 ações propostas naquele ano, atendendo ao número de 253 pacientes. Os gastos por si chamam a atenção. Contudo, o destaque está na distribuição desses recursos. Isso porque, no período, a totalidade de recursos do município dispensados com medicamentos para atendimento dos usuários do SUS perfaz R\$ 16.929.316,29. Considerando o número de habitantes do Município, chegou-se à conclusão de que quase 16% do orçamento municipal foi utilizado para cobrir as despesas que beneficiaram a apenas 0,023% da população (HACHEM, 2013).

O outro exemplo vem do Estado de Minas Gerais que, em 2010, dos R\$ 360.029,986,11 despendidos com fornecimento de medicamentos básicos e de alto custo, R\$ 55.052,216,84 foi destinado ao cumprimento de decisões judiciais, beneficiando 4.762 pacientes em um Estado com 19.595.309 habitantes. Isso significa que cerca de 15,3% do orçamento do estado foram utilizados para beneficiar 0,024% dos cidadãos (HACHEM, 2013).

Esses dados revelam como a judicialização da saúde produz desigualdade na distribuição dos recursos orçamentários, na medida em que se verifica que, em ambos os casos, um percentual de menos de 1% da população recebeu mais de 15% do orçamento. Em cálculo aproximado, chega-se a conclusão de que, mantida essa proporção de gastos, a totalidade orçamentária não seria suficiente para atender sequer a 10% da população. Logo, para atendimento de toda população, o orçamento haveria de ser multiplicado por 10. Ou seja, gastando-se no nível verificado nos dados apresentados, o orçamento deveria ser 10 vezes maior. É claro que há muitas variáveis que não são consideradas nesses cálculos, mas de algum modo eles nos mostram os efeitos nocivos da judicialização. Será que os entes federativos referidos nas duas estatísticas teriam como elevar seus orçamentos a nível de 10 vezes o que é atualmente?

A pergunta é meramente retórica.

De fato, se mais de 15% dos orçamentos trazidos como exemplos foram utilizados em benefício de menos de 1% da população, significa que o orçamento todo não seria suficiente para atender sequer a 7% da população. E como ficaria o restante?

De tudo isso, é possível depreender que a parte remanescente desses orçamentos necessariamente teve que submeter-se a uma redistribuição, priorizando áreas e excluindo outras.

5.1.4.2. a tensão entre o direito individual e o direito coletivo: a quebra do tratamento isonômico

Num estudo em que se defende a concretização dos direitos sociais, talvez, num primeiro momento, torne-se questionável a razão de se falar em excesso de judicialização quando o próprio estudo reconhece a inefetividade do direito social à saúde, de modo que o elevado número de ações em trâmite poderia ser visto como algo inevitável e recomendável para superar ou minimizar o problema.

Porém, a grande questão é que, embora a judicialização em outro momento tenha exercido papel significativo no desenvolvimento do direito fundamental social à saúde, na atualidade parece ter chegado ao limite de sua capacidade de continuar contribuindo para evolução desse direito e começa a dar mostras de seus efeitos negativos.

Com efeito, se de um lado ela favorece o direito individual daquele que ajuizou a ação, de outro ela prejudica o desenvolvimento das políticas públicas de saúde, uma vez que, impactando nos orçamentos das unidades federativas, acaba refletindo no serviço disponibilizado à coletividade. A ideia é que os gastos gerados pela judicialização acabam por reduzir os recursos disponíveis para a promoção da saúde coletiva.

É importante considerar que, muitas vezes, as ações são aforadas visando à imposição ao poder público da satisfação de uma preferência por um determinado medicamento não constante da relação do SUS ou para maior celeridade na marcação de consultas ou agendamento para início de tratamentos.

Em tais circunstâncias, não há dúvida de que as decisões judiciais acabam por refletir negativamente no sistema, gerando uma tensão entre o direito individual daquele que ajuizou a ação e o direito coletivo, que acaba por quebrar a isonomia.

Vejamos como acontece essa tensão de direitos e violação à isonomia.

Quanto aos tratamentos, a judicialização eleva o tempo de espera por uma consulta ou início de um tratamento por aqueles que não procuram o Poder Judiciário aumente significativamente.

É simples de imaginar: a pessoa está aguardando há dois meses um determinado atendimento. Vem outra pessoa e toma conhecimento de que, pela via administrativa, terá que esperar cerca de três meses para que seu atendimento aconteça. Sabendo que poderá “cortar fila” por determinação judicial, a pessoa não espera os três meses. Pede e recebe a tutela jurisdicional, conseguindo ser consultada ou iniciar seu tratamento por força de uma tutela de antecipada 10 dias após ter procurado atendimento. Muito bom para essa pessoa. Para ela a judicialização foi positiva, pois diminuiu radicalmente o tempo de espera.

Referindo-se a essa situação, Vanessa Gomes Leite diz que está havendo formação de categorias de usuários do serviço público de saúde e manifesta sua correta opinião quanto à anormalidade dessa situação:

hodiernamente, pode-se dizer que o fenômeno da judicialização alcançou um nível patológico, atingindo um ponto de saturação. Afinal, quando os hospitais criam setores específicos para auxiliarem os pacientes a ingressarem com ações judiciais, é um claro sinal de anormalidade (LEITE, 2017, p. 14).

Veja que a criação de setores específicos para pacientes específicos beneficiados pelo Poder Judiciário revela a claramente a violação da isonomia, bem como a tensão do direito individual do beneficiado pela determinação judicial e daqueles outros que permanecem na fila. Aqueles que estão esperando terão que esperar um pouco mais a fim de que aqueles priorizados pelo Judiciário possam ser atendidos.

Isso, sem dúvida, aumenta em muito o tempo de espera de quem não foi ao Judiciário, de maneira que, se para aquele que foi atendido por força de determinação judicial houve maximização de efetividade, para quem continuou esperando o atendimento administrativo, a judicialização produziu ou aumentou a situação de inefetividade da saúde, que talvez nem pudesse ser caracterizada.

Num enfoque um pouco distinto, mas com perfeita pertinência com esse ponto da discussão do problema, Luís Roberto Barroso assevera que:

as políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as *desigualdades* econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres. Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média (BARROSO, 2007, p. 27).

Na perspectiva em que assunto da desigualdade vinha sendo abordado até aqui, ainda não focava a uma distinção centrada na classe do beneficiado e do prejudicado pela judicialização, restringindo-se a considerar que, existindo identidade de condição de saúde, o desrespeito à ordem cronológica imposta pela judicialização traduz afronta ao princípio da isonomia.

Porém, o enfoque dado à questão por Barroso é interessante, porque, como revelam as regras da experiência, e isso parece ser perceptível a olhos nus, a maior ou menor visibilidade das pessoas, sobretudo para obtenção ou não de determinadas utilidades, em alguma medida se vincula à classe econômica de que fazem parte. Embora possa ser perigosa uma afirmação peremptória, isso não impede que se diga que, na realidade social brasileira, a pobreza ainda silencia e torna pessoas invisíveis. Por isso, e conquanto não se possa desprezar que também algumas pessoas mais pobres por vezes se valham da judicialização da saúde, perfilha-se o entendimento de Barroso, para reconhecer que a judicialização da saúde poderá, como regra, contribuir para maior invisibilidade dos já invisíveis.

A respeito do assunto, Luís Roberto Barroso, adverte que o Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos. Na frase inspirada de Gilberto Amado, “querer ser mais do que se é, é ser menos” (BARROSO, 2007, p. 04).

De fato, quem não raro acaba sendo prejudicado pela imposição judicial de que o poder público forneça determinadas prestações em benefício de algumas pessoas são todas as outras que, em razão do contingenciamento de recursos que essas decisões acabam

ocasionando, ficaram sem receber os serviços e tratamentos que lhe poderiam ser disponibilizados.

Isso mostra também o quão equivocada se mostra aquela afirmação de que entre atender a saúde ou respeitar as formalidades orçamentárias o que deve prevalecer é a saúde. Se o confronto fosse realmente entre as regras orçamentárias e o direito à saúde, não haveria dúvida de que este é que deveria prevalecer, pois se trata de direito fundamental. Contudo, a questão é que, na verdade, o conflito, via de regra, é entre o direito a saúde de uns e o mesmo direito de outros, de sorte que, olhando a questão sob esse ângulo, não se mostra recomendável que se despreze o orçamento, reduzindo-o à noção de mera formalidade jurídica.

O conflito é entre a saúde de uns e de outros. A tensão é entre direitos individuais daqueles que foram ao Judiciário e direito da coletividade.

5.1.4.3. a dupla face da judicialização: efeito e causa da (in)efetividade dos serviços de saúde

Quando se fala em dupla face da judicialização o que se quer ressaltar é exatamente aquele aspecto há pouco referido, qual seja, o favorecimento da efetivação do direito à saúde em sua dimensão individual, gerando obstáculo à sua efetivação coletiva, porquanto compromete toda a programação prevista no orçamento do ente público.

A respeito do assunto, Bernardo Augusto Ferreira Duarte, afirma que:

se algum avanço se percebeu na implementação dos direitos sociais, de fato um sem-número de efeitos colaterais puderam ser observados. Alguns entes estatais tiveram seu orçamento tão contingenciado por decisões que foram obrigados a reduzir drasticamente investimentos no saneamento público ou em farmácias populares; a descoberta de escritórios de advocacia especializados na defesa de grandes grupos farmacêuticos que determinavam a aquisição de medicamentos caros sem licitação; a percepção de que a classe média que tem condições de acesso ao Judiciário estava “monopolizando” a atenção do Judiciário em detrimento de classes menos favorecidas; a dificuldade de hospitais de atendimento de internação quando não havia mais leitos disponíveis; o desrespeito às filas de espera para transplantes de órgãos; enfim, os problemas de um Judiciário acostumado a questões de microjustiça diante de problemas macroscópicos de uma política pública tão importante fizeram com que um reexame de todos os pressupostos do constitucionalismo da efetividade social fosse realizado (DUARTE, 2012, p. 28).

Especialmente no tocante às prestações que geram impacto orçamentário, tem-se que as aquisições de medicamentos por determinação judicial acabam por diminuir os recursos disponíveis para atendimento de toda a coletividade.

É certo que, se a finalidade é a proteção à saúde da pessoa, não se pode desprezar que determinados medicamentos fornecidos pelo SUS, embora eficazes para a generalidade das pessoas, podem não ser eficazes para uma determinada pessoa ou para um grupo de pessoas, o que favorece a compreensão de que o poder público poderá ser constrangido ao oferecimento de medicamento diverso daquele constante da relação do SUS. Contudo, essa avaliação deve ser cuidadosa.

Isso porque, se o medicamento foi incluído na lista do SUS, exsurge a presunção de que, em regra, ele é apto a atender a finalidade para qual foi preparado. Não se pode cogitar que o poder público tenha agido de má-fé ou com absoluto desleixo ao eleger os medicamentos componentes de sua relação. Consequentemente, se essa é a presunção, disso decorre que a pessoa que deseja um medicamento diverso daquele que o SUS considera adequado ao tratamento de determinada enfermidade tem o ônus de comprovar que o medicamento é inócuo para qualquer pessoa ou que, por peculiaridades de seu organismo, não é eficaz para sua saúde.

Por isso, parece equivocado o argumento sistemático e genericamente utilizado pelo Judiciário no sentido de que:

o médico que acompanha o paciente é quem possui as melhores condições de avaliar o seu estado de saúde e a necessidade de prescrever o tratamento adequado para aliviar os sintomas da enfermidade diagnosticada, não podendo prevalecer o entendimento demonstrado em parecer genérico emitido pelos técnicos da SES que sequer tiveram contato com o doente (Agravo de Instrumento Nº 70064117633, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em 30/04/2015).

Como mencionado, não se pode presumir que o poder público tenha colocado na relação medicamentos algum que seja ineficaz. Logo, como existe a presunção de eficácia, cabe ao autor da ação o ônus de elidi-la, comprovando que, por peculiaridades do seu organismo, o medicamento é ineficaz para seu tratamento. E essa prova, vale destacar, não pode ser unilateral, emanada do profissional que atende a paciente, pois há entre eles uma natural e desejável convergência de interesses, de modo que suas manifestações, mesmo que

preponderantemente orientadas pelo interesse profissional, serão tendentes a que o paciente tenha a máxima comodidade no tratamento, o que, embora desejável, nem sempre é possível para a realidade de país com padrão econômico como o brasileiro.

Afora esse aspecto, conquanto não se deva por em dúvida que a grande maioria dos profissionais da medicina constitui-se de pessoas sérias, não se pode desprezar o fato de que, em alguns casos, o profissional pode não ser tão desinteressado ao optar pela prescrição de um medicamento distinto daquele fornecido pelo SUS.

A esse respeito, registre-se que a médica Ghislaine Lanctot escreveu um livro chamado “A Máfia Médica”, que lhe rendeu a expulsão do colégio de médicos e a retirada de sua licença para o exercício da medicina. O livro não foi lido pelo autor deste estudo, que apenas leu a entrevista divulgada no sítio Cura e Ascensão, na qual a autora do livro afirma que existe uma máfia na Medicina, da qual participam:

em diferentes escalas e com distintas implicações, com certeza, a indústria farmacêutica, as autoridades políticas, os grandes laboratórios, os hospitais, as companhias seguradoras, as Agências dos Medicamentos, as Ordens dos Médicos, os próprios médicos, a Organização Mundial de Saúde (OMS) - o Ministério da Saúde da ONU- e, com certeza, o governo mundial na sombra do dinheiro (1994).

Além disso, há notícia de que, segundo o Conselho Regional de Medicina de São Paulo, pelo menos 38% de todos os médicos paulista prescrevem medicamentos indicados pela indústria farmacêutica (QUASE 40% dos médicos receitam remédios indicados pelos laboratórios, 2010) donde se depreende que percentual substancial dos médicos do Estado de São Paulo são influenciados pelos laboratórios e, desse modo, prescrevem os medicamentos desses laboratórios não por serem dotados de algum diferencial benéfico à saúde do paciente, mas sim para atendimento de conveniências particulares.

Em situações como essa, a judicialização acaba servindo a interesses econômicos privados em detrimento da efetividade da saúde, pois gera para o poder público o dever de adquirir um medicamento específico, indicado pelo médico, embora tendo outro em seu estoque plenamente apto ao atendimento da saúde da coletividade e, inclusive, do próprio autor da ação.

No tocante à questão da obrigatoriedade de o poder público fornecer medicamentos não constantes da lista do SUS, ou seja, da Portaria nº 2.982/2009 do Ministério da Saúde,

registre-se que está sendo discutida no Recurso Especial nº 1.657.156-RJ, afetado ao rito dos julgamentos repetitivos.

Contudo, afigura-se muito remota a possibilidade de o Superior Tribunal de Justiça chegar a resultado diferente do reconhecimento da obrigatoriedade de fornecimento, tendo em vista que, de fato, podem existir situações peculiares em que o medicamento disponibilizado pelo SUS, embora eficaz para a generalidade dos casos, não o seja para aquela situação específica.

Nessa hipótese, parece não haver fundamento para denegação do medicamento específico, pois isso importaria na denegação do próprio direito à saúde. A questão jurídica em debate deve acabar sendo reorientada no sentido de se criarem alguns critérios mais rigorosos para que se forneça o medicamento.

Fato é que a concessão de medicamentos não constantes da portaria sem observância de critérios rigorosos não beneficia a efetividade do direito à saúde. Muito ao contrário.

É relevante considerar que muitas decisões, fundadas mais na emoção do que na razão, determinam ao Poder Executivo o fornecimento de prestações que extrapolam os limites do razoável e colocam em xeque o prosseguimento das políticas públicas, inviabilizando o planejamento das ações administrativas voltadas à universalidade da população.

Nesse sentido, parece possível afirmar que a judicialização não é capaz de efetivar o direito fundamental à saúde com isonomia, podendo no máximo possibilitar a fruição por alguns mas, via de regra, em detrimento de outrem.

Quer-se enfatizar que, a pretexto de efetivar o direito, ela acaba por negar o próprio direito a todos que não se valeram do Poder Judiciário. Não concorre para a universalidade e isonomia do direito fundamental à saúde.

Apropriando-se da expressão de Edgar Morin, pode-se dizer que a judicialização produz uma circularidade recursiva, na medida em que funciona como efeito e causa da inefetividade do direito fundamental à saúde.

Ela é efeito da inefetividade porque, via de regra, as pessoas precisam ajuizar as ações judiciais devido à inefetividade existente. Se falta um medicamento ou se o tempo de espera para uma consulta ou um tratamento estará sujeita a uma demora irrazoável, há um problema

de inefetividade. Então, a judicialização será efeito dessa realidade. Não tem, o indivíduo vai buscar através do Judiciário.

Por outro lado, ela é causa porque, quando pessoas furam a fila ou quando um percentual elevado do orçamento fica destinado a uma fração ínfima, a judicialização provocará mais inefetividade. Portanto, será causa.

Poderia cogitar de que o orçamento não corresponde à realidade econômica, que foi incluído um determinado percentual para saúde e não outro maior por falta de vontade política ou porque o elevado nível de corrupção é que inviabiliza uma mudança positiva na sorte da saúde pública brasileira. Esses fatores, como visto nos tópicos anteriores realmente concorrem para a situação atual da saúde.

Realmente, viu-se que é grande o nível de corrupção, como também se viu que a destinação de recursos em percentuais elevados para pagamento de juros e amortização da dívida também podem estar indicando uma falta de vontade política em relação à saúde e outros direitos sociais.

Porém, por outro lado, embora sem muitos dados econômicos, viu-se que existe uma situação de escassez de recursos que também concorre para que não se possa dar tudo o quanto pareça necessário em relação às prestações sanitárias.

É por não haver recursos suficientes para o oferecimento de tudo quanto se deseja é que a judicialização tem gerado efeitos positivos no individual, mas desfavoráveis no coletivo, o que caracteriza a sua dupla face.

6. BUSCA DA SUPERAÇÃO DOS OSBSTÁCULOS À (IN) EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: ORÇAMENTO PARTICIPATIVO E O CONSELHO MUNICIPAL DE SAÚDE

6.1.TENTATIVA DE DENSIFICAÇÃO DA DEMOCRACIA ATRAVÉS DO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO

A democracia no Brasil ainda é exercida eminentemente através da representação, o que não seria um mal se houvesse convergência real entre os interesses dos representantes e dos representados. Contudo, como estudado em tópicos anteriores, essa convergência nem sempre acontece, uma vez que os representantes, não raro, vão agir buscando os caminhos que melhor satisfaçam a seus próprios interesses.

O voto, por meio do qual se diz exercer a democracia, tem sido instrumento não muito eficiente, pois, muitas vezes, após a eleição, o eleitor não consegue sequer expressar sua vontade perante o candidato que ajudou a eleger com o seu voto.

A Constituição criou alguns instrumentos incrementadores da participação popular, como os diversos conselhos municipais, o que, contudo, não foi suficiente para evitar a subsistência de um distanciamento entre as decisões políticas e a vontade popular.

Como afirma Fernando de Brito Alves, a instituição de novas práticas esbarra no ceticismo quanto à participação política. Isso, segundo afirma, ocorre especialmente em relação aos marginalizados (BRITO ALVES, 2013)

Segundo Brito, grande parte das organizações sociais é criada por agentes políticos, governamentais ou não, o que faria parte do processo de produção ou manutenção do clientelismo eleitoral.

Para Brito, não há um efetivo compromisso dos setores do governo em respeitar as decisões dos processos participativos, porquanto a participação seria simbólica. E esse simbolismo decorre do fato de que altera a percepção dos atores sociais, fazendo-os crer que são capazes de interferir nas escolhas públicas, dando a noção de partilhamento do poder, mas é uma forma enganosa (BRITO ALVES, 2013).

Se a representação não funciona e os meios de participação se mostram ineficiente, verifica-se um cenário convidativo à descrença e ao desânimo.

Contudo, seja como for, parece necessário que a sociedade assumira senão posição de protagonismo, pelo menos de efetiva participação e, destarte, rompa com esse simbolismo, fazendo-se ouvir.

Esperança e determinação são sempre necessários. É preciso que, em algum momento, o povo realmente suas esperanças e, a partir disso, busque a alteração do panorama.

Mesmo aquilo que é feito para não dar certo, é possível ter sua sorte transformada, mesmo que a contragosto daquele que o engendrou. Talvez um fato histórico possa ajudar a compreender essa afirmação. José Sarney convocou a Assembleia Nacional Constituinte contra sua vontade, fazendo-o apenas para cumprir o compromisso de Tancredo Neves, a quem sucedeu. Imaginava Sarney, possivelmente, que ela seria instalada, mas se dissolveria antes mesmo de encerrar os seus trabalhos. Desse modo, seu compromisso estaria cumprido e, se uma nova Constituição não fosse promulgada, não teria sido por sua responsabilidade. Estaria paga a dívida com a sociedade.

Porém, os trabalhos mudaram os rumos e se decidiu democraticamente não apenas que se promulgaria uma nova Constituição, como também que seria uma Constituição com feição social.

Vendo o que estava por acontecer, às vésperas do segundo turno da Constituinte, Sarney resolveu falar ao povo em rede nacional, declarando, naquela oportunidade, que a Constituição que estava sendo discutida, se fosse promulgada, iria inviabilizar a governabilidade do país.

A Constituição foi promulgada. Os problemas do país não se resolveram completamente e tampouco todos os direitos sociais estão concretizados. Porém, inegavelmente houve avanços.

Aquele sentimento de esperança que moveu o povo no momento da Assembleia Nacional Constituinte, especialmente os movimentos voltados à saúde, fizeram toda diferença.

A Constituição tem sobrevivido aos ataques e, apesar de haver, como tantas vezes destacado, um certo grau de inefetividade, o direito à saúde não é uma utopia, como se disse ou ainda dizem alguns, mas sim uma realidade.

A judicialização contribuiu para a evolução do direito fundamental à saúde, embora agora parece ter chegado ao seu limite de contribuição para que o avanço continue sendo, por isso, chegada a hora de a sociedade se envolver com as decisões públicas.

Quanto ao orçamento, tem-se que, em suma, é o documento onde são decididas as prioridades do ente federativo para um determinado exercício financeiro. É nele que haverá a previsão das áreas que receberão maior ou menor investimento, bem como a receita que se espera arrecadar para garantir as despesas.

Por isso, orçamento participativo reveste-se de caráter democrático, pois permitirá que haja um diálogo entre o poder público e a sociedade ou, mais especificamente, entre representantes e representados.

Apesar de a Constituição haver aberto espaço para a participação popular, sobretudo através dos diversos conselhos, não previu, pelo menos não textualmente, uma participação direta na formulação do orçamento. Ou seja, o chamado orçamento participativo.

Apesar disso, ele é realidade em alguns locais.

Em maio de 2014, a Presidência da República editou o Decreto 8.243, de 23 de maio de 2014, em que institui a Política Nacional de Participação Social (PNPS) e o Sistema Nacional de Participação Social (SNPS), que traduziria uma tentativa de resposta aos clamores vindos das manifestações de rua e com o objetivo declarado de “fortalecer e articular os mecanismos e as instâncias democráticas de diálogo para uma atuação conjunta entre o governo federal e sociedade civil”. Pretende-se possibilitar o compartilhamento de decisões sobre programas e políticas públicas, por meio de instrumentos como conselhos, conferências, ouvidorias, mesas de diálogo, consultas públicas, audiências públicas e ambientes virtuais de participação social.

No inciso V do artigo 4º deste Decreto, é estabelecido, como um de seus objetivos, aquele de desenvolver mecanismos de participação social nas etapas do ciclo de planejamento e orçamento. Parece-nos, aqui, que a intenção é a de implantar o conhecido mecanismo de Orçamento Participativo em nível federal, expressão da cidadania fiscal, designação

comumente dada para a participação direta do cidadão na definição das políticas públicas e seu viés financeiro em sociedade.

O orçamento participativo é, como se vê, uma forma de participação popular na elaboração do orçamento público, constituindo-se, nas palavras de Marcus Abranham e Vitor Pimentel Pereira, num “terceiro centro opinativo” de questões orçamentárias, que funcionaria paralelamente ao Poder Executivo, que propõe o projeto de lei orçamentária, e ao Poder Legislativo, que o aprova (ABRANHAM; PEREIRA, 2014).

Segundo afirmam, naqueles lugares onde se adota o modelo de orçamento participativo, a concretização da participação popular na elaboração do orçamento público ocorre através da realização de assembleias locais (municipais, regionais ou de bairros), em que qualquer integrante da coletividade pode participar dos debates (ABRANHAM; PEREIRA, 2014). A participação abrange também eleição de representantes ou delegados para transmitirem e negociarem com o governo as deliberações assembleares.

Desse modo, as necessidades locais, poderiam ser melhor percebidas e discutidas, a fim de que, o quanto possível, sejam realizadas.

Segundo afirmam, os principais temas de interesse local que tradicionalmente são abordados no orçamento participativo seriam saneamento básico, habitação, pavimentação, educação, assistência social, saúde, circulação e transporte, esportes e lazer, iluminação pública, turismo, cultura, saneamento ambiental e infância e juventude.

Régis Fernandes de Oliveira, referindo-se ao orçamento participativo, destacou que iniciativa poderia ser assim resumida:

a) busca a decisão descentralizada, b) cria conselhos populares, o que enseja produção de opinião pública independente; c) faz com que o cidadão desloque seu centro de atenção para os problemas locais; gera a consciência do cidadão; do nascimento a dois focos de poder democrático: um, pelo voto; outro, pelas instituições direta de participação; f) objetiva criar condições para aprovação do orçamento e despertar a participação; g) enseja a instauração de um processo aberto para discussão; h) necessita de autorregulação interna, para disciplina do processo decisório e para que não nasça ele viciado (OLIVEIRA, 2013, p. 451).

O ideal de democratização das políticas públicas e de participação na elaboração do orçamento é mais do que louvável.

O orçamento público é um fundamental instrumento de planejamento e controle financeiro, sendo mais do que um documento técnico, ao revelar as políticas públicas

adotadas pelo Estado, buscando atender às reais necessidades e interesses da sociedade, conjugando-as com as pretensões e possibilidades de realização do governante.

Embora o nível de conhecimento da real importância dos orçamentos públicos no Brasil ainda seja pequena, acredita-se que, por intermédio deles, fica mais claro qual o dinheiro disponível e em que o governo está usando os recursos obtidos dos cidadãos.

Consequentemente, a conscientização sobre o papel do orçamento e a participação social em sua elaboração se demonstram importantes neste processo, pois o orçamento, quando visto apenas como um documento de previsão de receitas e autorização de despesas, fica desprovido de legitimidade e de tende à inefetividade.

Por tudo que se viu, dúvida não há de que o orçamento participativo se revela um eficiente instrumento a contribuir para maior concretude da democracia e, por meio dela, da efetivação do direito à saúde de forma isonômica.

Não se tem a ilusão de que seja a solução para todos os problemas ou que venha torna desnecessária a judicialização. Porém, envolvendo o cidadão na tomada da decisão, permitirá que ele tenha conhecimento da realidade econômica do poder público e possa exigir mais ou menos, de acordo com essa consciência. Assim, por exemplo, poderá saber quanto custam para o município os medicamentos.

6.2. OS CONSELHOS MUNICIPAIS DE SAÚDE COMO ALIADOS NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE OBSERVANDO A ISONOMIA E A UNIVERSALIDADE

Em relação às políticas de saúde, a Constituição Federal de 1988 atentou para importância da participação da sociedade de tal modo que o inseriu como um dos princípios que alicerçam o Sistema Único de Saúde. De fato, ao lado dos princípios da universalidade, isonomia e outros, foi constitucionalizado o princípio da participação da comunidade (artigo 198, inc. III, Constituição Federal).

A participação popular, em matéria de saúde, aliás, antecedeu a própria Constituição de 1988 e contribuiu para que lhe fosse conferida essa formatação, eis que, para a

constitucionalização do direito à saúde, foi muito importante a atuação popular, notadamente através dos movimentos sanitaristas (MATTOS, 2005).

Houve, assim, uma opção da Constituição no sentido de que houvesse participação da sociedade na definição das políticas públicas de saúde. Assim, além das eleições, e mais precisamente do voto, intentou-se alargar o espaço para participação e deliberação. Para esse propósito, a Lei 8.142/90 criou os Conselhos de Saúde, que são espaços destinados à deliberação e à participação da sociedade no sistema público de saúde. São esses conselhos um meio de permitir a construção de decisões democráticas.

Existem Conselhos nas três esferas do poder, ou seja, Conselhos Municipais, Estaduais e Nacional, os quais funcionam com 50% de representação dos usuários, 25% de trabalhadores da saúde e 25 % representando o governo e prestadores de serviços conveniados.

Vera Coelho aponta que a divulgação das eleições para os Conselhos são muito restritas no município de São Paulo e normalmente são pouco divulgadas, sendo informadas apenas as associações e movimentos populares conhecidos dos gestores de saúde. No Conselho participaria um número de pessoas com baixa escolaridade e renda, havendo ênfase na participação daqueles grupos que já possuem vinculação com agentes estatais. Nesse sentido, para autora, seriam os excluídos organizados, preterindo aqueles que não possuem relação com esses agentes. Como se verifica, na época de seu estudo, o município de São Paulo era governado pelo Partido dos Trabalhadores, sendo que, dos 30 representantes dos usuários, 20 eram eleitores ou tinham relação com esse partido e 3 com o Partido Comunista do Brasil, que era aliado ao governo (COELHO, 2004).

Essa abordagem revela um aspecto negativo do Conselho, porquanto tende a conduzi-lo a ineficácia. De fato, se os representantes da sociedade participantes do Conselho, estiverem vinculados à política do governo, não haverá uma deliberação séria, mas apenas uma confirmação da orientação governamental.

Maria Eliana Labra, a partir dos relatórios finais da 11ª e 12ª Conferência nacional de Saúde, aponta alguns problemas relacionados aos Conselhos, tais como: a) falta de representatividade dos conselheiros, que muitas vezes são indicados clientelisticamente; b) pouca informação da população sobre os Conselhos, que gera uma baixa adesão e pouco envolvimento da população e c) falta de prestação de contas pelos secretários de saúde, que

não discutem o orçamento, não acatam as resoluções do colegiado, definem previamente ou manipulam a pauta de discussão, além de imporem decisões com fundamentos tecnocráticos. Também evitam discussões de teor político e cooptam conselheiros ou lideranças comunitárias estratégias clientelísticas (2005).

Como se vê o Conselho apresenta muitas fragilidades, as quais, no entanto, podem ser paulatinamente superadas. Na superação dessas debilidades é possível, inclusive, que o Conselho conte com o auxílio do Ministério Público, não no sentido de impor sua vontade em substituição à dos conselheiros, mas para garantir que o Conselho alcance autonomia e se desenvolva enquanto instituição democrática. Essa parceria, aliás, parece que já vem sendo realizada em algumas localidades.

O Ministério Público do Rio de Janeiro, desde 2010, lançou o material intitulado “Ministério Público, Conselhos Municipais de Saúde e Noções Gerais sobre o Sistema Único de Saúde”, o qual, em 2010, estava em sua segunda edição.

Não há dúvida de que, se houver investimentos nos Conselhos Municipais de Saúde, eles poderão constituir-se em eficiente instrumento para contribuir para melhoria da saúde local e, desse modo, favorecer a sua efetivação universal e isonômica.

Um Conselho independente e verdadeiramente atuante, sobretudo no que diz respeito aos representantes dos usuários, tende a funcionar como um fiscal na realização dos gastos públicos destinados à saúde, inclusive tomando conhecimento da totalidade do orçamento do município. Também poderá ter conhecimento sobre as dificuldades e necessidades de cada localidade dentro do município. Poderá avaliar se há ou não a necessidade de aquisição de determinado medicamento em substituição àqueles que já constam da lista do SUS. Em suma, muito poderão os Conselhos Municipais fazer para contribuir na definição das prioridades locais.

6.2.1. Um modelo comparativo: Portugal

O direito comparado é sempre uma fonte interessante para análise dos problemas internos. Destarte, considerando-se que o Brasil parece ter encontrado inspiração também na Constituição Portuguesa de 1976 para elaboração de sua Constituição, acredita-se que uma breve comparação de alguns aspectos de ambos os sistemas tende a ampliar o espectro de conhecimento acerca da saúde, favorecendo uma compreensão da própria realidade nacional.

De início, antes de focar na forma prioritária adotada para superar o problema da não concretização do direito à saúde, cabe registrar que:

a) a Saúde é um direito constitucional em ambos os países. Ou seja, em ambos o direito foi constitucionalizado, ensejando a necessidade do desenvolvimento de um sistema de saúde que dê conta, em alguma medida, da topografia constitucional deste direito. Porém, isto não quer dizer que a força normativa da Constituição se expresse da mesma forma em ambos os países;

b) porém, no Brasil, a topografia constitucional do direito à saúde reforçou a exigibilidade de tal direito sobremaneira, ao passo que em Portugal a topografia constitucional não se expressa como argumento jurídico (político, social ou cultural) relevante;

c) os Sistemas de saúde são contemporâneos. Em que pese terem se solidificado em momentos históricos relativamente distintos (décadas de 1940 e 50 em Portugal e de 1980 e 90 no Brasil), é possível afirmar que os sistemas de saúde são verdadeiramente contemporâneos. A qualificação de “contemporâneos”, porém, não diz respeito somente à temporalidade em que foram constituídos, mas às próprias características de tais sistemas: universalização, participação social, serviços de baixa, média e alta complexidade e regionalização;

d) Sistemas de saúde universais e públicos: a universalização e o caráter público são características definidoras de ambos os sistemas de saúde. No entanto, vale dizer que isso não significa que a universalização ou caráter público não tenham desafios para sua efetivação. No Brasil, por exemplo, a universalização a 190 milhões de brasileiros ensejou desafios econômicos e institucionais para a administração em saúde. Além disso, o caráter público da saúde veio acompanhado, pelo menos em serviços de baixa e média complexidade, de relativa

precarização. Por outro lado, em Portugal, a universalização esteve amplamente condicionada às políticas de governo, o que legitimou o estabelecimento de políticas de restrição de saúde no país. Ainda o caráter público veio acompanhado de uma desvinculação de qualquer gratuidade, com introdução das taxas moderadoras, além de também incorporar uma diversidade de subsistemas de saúde públicos e privados (ASENSI, 2013).

Cite-se, ademais, que em ambos se propõe a participação social. Contudo, enquanto no Brasil participação se desenvolveu de forma privilegiada em espaços institucionalizados estatais, com foco especial nos Conselhos e Conferências de Saúde, em Portugal a participação se desenvolveu em espaços informais. Por fim, a diferença de maior relevância para encerramento desse tópico é que, no cenário de efetivação de direitos brasileiro, o Judiciário é ator privilegiado para conferir esta concretude, ao passo que em Portugal, temos o protagonismo do governo. Além disso, enquanto no Brasil, fora da Judicialização, a forma a influência da população na concretização se dá por meio formal, em Portugal isso é feito por meios não institucionais, como protestos e reclamações (ASENSI, 2013).

Como se vê, há bastantes similitudes entre os dois sistemas jurídicos.

7. CONCLUSÃO

A Constituição 1988, para cuja promulgação concorreu de maneira relevante a participação popular, representa uma grande conquista da sociedade brasileira, entre outras razões porque introduziu um catálogo de direitos sociais, reconhecendo à saúde *status* de direito fundamental social de caráter universal e igualitário.

É muito interessante ressaltar que, apesar de se tratar de um direito materialmente fundamental, porque indispensável à dignidade e à própria vida humanas, somente com o advento da Constituição de 1988 o direito à saúde teve a sua fundamentalidade e universalidade reconhecidas. O interesse pelo realce desse aspecto se explica porque denota a pouca ou nenhuma importância que até então se dispensou a um direito tão vinculado ao homem e, de certo modo, confirma que a experiência vivenciada no presente em termos de *déficit* de concretização do direito à saúde está inequivocamente associada à existência de falta de vontade política.

De fato, quando se considera que apenas aqueles que estivessem vinculados à previdência social poderiam usufruir das prestações de saúde, não é difícil depreender que o Estado acabava por deixar desamparado quem, por encontrar-se desempregado, era mais necessitado de sua proteção.

A Constituição de 1988 foi alvo de muitas resistências, uma vez que considerada utópica, entre outras razões porque previa vários direitos sociais (inclusive a saúde) em um momento em que o mundo era influenciado pelo neoliberalismo e o Brasil passava por crise econômica.

Contudo, mesmo depois da promulgação da Constituição, muitos continuaram a concebê-la como portadora de utopia. Os direitos sociais, por importarem custos e terem sido reconhecidos num momento de grave crise econômica nacional, e no qual a ideologia neoliberal vinha numa crescente, foram vistos como utópicos e, assim, incompatíveis com a realidade econômica brasileira. Críticas desse *jaez*, não é ocioso registrar, foram feitas à Constituição em seu vigésimo aniversário.

A despeito de todas as oposições, a Constituição de 1988 tem sobrevivido e o direito fundamental social à saúde vem sendo concretizado. O nível de concretização alcançado talvez cause admiração a muitos céticos. Porém, fato é que, depois de mais de 28 anos de sua

promulgação, o nível de concretização de tal direito ainda é precário, podendo-se tranquilamente asseverar que o direito à saúde ainda não foi satisfatoriamente concretizado na sociedade brasileira.

Nos primeiros anos seguintes à promulgação da Constituição, como era de se esperar, havia uma grande deficiência em relação ao direito à saúde e, em razão disso, as pessoas que precisavam de alguma prestação começaram a recorrer ao Poder Judiciário para obtê-las.

Porém, num primeiro momento, os pedidos eram julgados improcedentes, porque se entendia que as normas veiculadoras do direito à saúde são programáticas e, em razão disso, incapazes de gerar direito subjetivo a uma prestação de saúde. Significa dizer que tais normas constitucionais tinham normatividade bastante reduzida, porque bloqueavam a criação de outras que viessem a revogar o direito, mas não produziam seu principal efeito, que é gerar obrigação para o poder público e direito subjetivo para o indivíduo.

Mesmo sem construção de argumentos fortes para superação da tese firmada ao longo dos anos de que as normas programáticas são de eficácia limitada, fato é que, adotando uma solução pragmática, a jurisprudência mudou sua orientação. A partir dessa virada jurisprudencial, passou-se a reconhecer o direito individual à saúde, multiplicando-se grandemente o número de ações judiciais em que se postula o fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde.

É importante salientar que a judicialização da saúde teve um papel relevante para a evolução desse direito social, mas não foi e não é suficiente para garantir a superação do problema de concretização do direito fundamental social à saúde na sociedade brasileira. Hoje, os números vêm mostrando que os gastos com o atendimento das determinações judiciais são enormes e tendem a dificultar ainda mais a concretização do direito em sua dimensão coletiva.

Desse modo, embora as decisões judiciais tenham exercido alguma pressão sobre os entes públicos e conseqüentemente contribuído para a evolução do direito à saúde, beneficiando toda a coletividade, parece que atualmente, com um número tão elevado de ações judiciais, a judicialização passou a produzir um duplo efeito: favorece a concretização do direito individual daquele que ajuizou a ação, mas prejudica o direito da coletividade, atingindo perigosamente todos aqueles que não se valem da via judicial para a obtenção das prestações de saúde.

Isso pode ser sentido, por exemplo, a partir da verificação de que já se tem formado filas para atendimento de “pacientes do Judiciário”. Tal situação é insustentável, pois dotada de vários aspectos negativos.

Em primeiro lugar porque interfere na concretização do direito, subtraindo do orçamento público recursos que deveriam ser destinados ao atendimento de toda a coletividade. Nesse aspecto, não é ocioso considerar que, como em tudo no Brasil, atualmente já são conhecidos acordos escusos entre médicos e laboratórios, por meio dos quais o profissional faz indicação de medicamentos e demais elementos de saúde que poderiam ser substituídos por outros de menor custo e igual eficácia.

Nessas hipóteses, o juiz, dotado do sentimento de estar realizando justiça, acaba sendo um instrumento nas mãos das pessoas desprovidas do mínimo ético e absolutamente descompromissadas com a saúde da população. De fato, muitos medicamentos ou tratamentos são pedidos em antecipação de tutela e o julgador, assombrado com o problema de saúde que lhe é apresentado, acaba sendo induzido a proferir decisão pautando-se em uma realidade inexistente, sobretudo no que tange à necessidade do medicamento ou equipamento postulado na ação.

Assim, por exemplo, o paciente, orientado por seu médico, vai ao Poder Judiciário e obtém uma determinação para que o poder público lhe assegure determinado medicamento para tratamento de diabetes diferente daquele que está disponibilizado na rede pública, sem que haja efetiva necessidade daquele específico medicamento. Tal circunstância fatalmente onera o Poder Público, subtraindo-lhe os recursos necessários para execução da política pública de saúde que havia sido elaborada.

Registre-se, ainda, que a determinação judicial acaba por criar uma situação de urgência, dando lugar a uma hipótese de dispensa de licitação, o que igualmente contribui para a elevação dos custos.

Com isso, o Poder Judiciário, tencionando cumprir a Constituição e assegurar a efetivação de um direito materialmente fundamental, gera um agravamento do problema da saúde pública.

Outra contribuição negativa da judicialização no que se refere à concretização ao direito à saúde é a disparidade de tratamentos entre pessoas que se encontram na mesma situação. Aquele que estava esperando na fila para atendimento acaba sendo preterido pelo

que foi colocado na frente por força de uma determinação judicial. Isso faz com que aumente o tempo de espera e, assim, um atendimento que poderia ocorrer em três meses pode chegar a anos. Significa que um prazo de espera que seria razoável se torna absolutamente irrazoável. Aquele que foi ao Poder Judiciário aguarda uma semana ou um mês, ao passo que aquele que estava esperando por uma decisão administrativa e foi preterido por determinação judicial acaba aguardando anos. Isso, sem dúvida, ofende o princípio da isonomia, que preside todo o ordenamento jurídico e, tamanha sua importância, foi repetido no capítulo da Constituição que trata do direito à saúde.

Destarte, embora não se possa negar àquele que tenha o direito individual à saúde a prestação de que necessita, sobretudo quando dentro da realidade econômica do Estado, fato é que é necessário que a via judicial vá paulatinamente deixando de ser a prioritária e volte a ser reservada a casos extraordinários.

Anoto que, quando faz menção à realidade econômica do Estado, não se está defendendo que não poderá haver fornecimento de medicamento ou tratamento de alto custo, mas apenas que é preciso verificar quais são as prioridades. Essas prioridades não devem ser determinadas pelo custo, mas sim pela essencialidade da prestação à vida.

Essa circunstância igualmente demonstra a dificuldade de resolver adequadamente o problema da saúde na via judicial. Com efeito, embora a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal seja no sentido de que é possível a aplicação da teoria da reserva do possível para delimitação da obrigação estatal no fornecimento de medicamentos e tratamentos, certo é que os condicionamentos criados para tanto são tão rigorosos que, em termos práticos, muito dificilmente o poder público conseguirá, em um processo judicial, desincumbir-se do ônus de demonstrar que a decisão judicial não dispõe de recursos para tanto.

A solução para aplicação da teoria é de fato complicada. De fato, ao reconhecer a possibilidade de o poder público invocar a teoria da reserva do possível para justificar a denegação de um direito prestacional, o Supremo Tribunal Federal deveria acautelar-se a fim de que essa possibilidade não se tornasse uma válvula de escape para que a administração pública se isente de seu dever constitucional de garantir o direito social à saúde. Porém, os condicionamentos acabaram obstando a aplicação da teoria, podendo-se dizer que a Corte Suprema brasileira, com tais condicionamentos, deu com uma mão e tirou com a outra, negando, em termos práticos, a aplicação da reserva do possível.

A questão do impacto da decisão judicial e da possibilidade de o poder público ser reduzido à incapacidade de cumprimento do quanto determinado é grave. Essa incapacidade, via de regra, não ocorre em um único processo, mas na multiplicidade de processos espalhados pelo Estado.

Imagine-se que, em várias cidades do Estado de São Paulo, a Fazenda Estadual seja demandada em diversas ações individuais, nas quais os autores pretendem a obtenção de tratamentos para infertilidade. Examinando cada processo em sua individualidade não é possível verificar o impacto daquela decisão no orçamento do Estado. Contudo, esse impacto pode ser real, quando considerados todos os processos espalhados nas diversas unidades judiciárias do Estado.

Aparentemente, o problema é apenas fazendário, ou seja, a discussão estaria centrada em, de um lado, interesses fazendários e, de outro, o direito fundamental à saúde. Analisando a questão sob essa perspectiva, como aliás vem fazendo o Supremo Tribunal Federal em diversos acórdãos, seria fácil chegar à conclusão de que toda e qualquer prestação de saúde haveria de ser fornecida pelo poder público, não havendo sequer espaço para dissenso quanto a isso. Com efeito, ninguém duvida da essencialidade da concretização do direito à saúde para a dignidade e até mesmo para a vida humanas e, por conseguinte, de sua prioridade em relação a questões meramente formais.

Contudo, apesar de sedutor, esse argumento é um tanto enganoso, pois, em verdade, o conflito não é propriamente entre formalidades orçamentárias *versus* direito à vida ou à saúde, mas sim entre o direito à saúde daqueles que estão postulando prestações judicialmente e os direitos de todos os outros que estão esperando a concessão administrativa da prestação sanitária. Assim, não é difícil inferir que, se os recursos são escassos —e essa é a realidade brasileira— a garantia de tudo para alguns pode representar a impossibilidade de fruição do mínimo por todos os outros destinatários do direito à saúde.

É ainda importante atentar ao fato de que os direitos fundamentais são independentes, mas se complementam. Assim, nem sempre será possível exercer o direito à liberdade de locomoção se não houver transporte. Também não se poderá ter saúde sem uma boa educação. Aliás, a conexão do direito à educação com a saúde é enorme, bastando verificar que boas práticas de higiene, fundamentais a uma boa saúde, passam por uma boa educação, na qual as pessoas sejam ensinadas a como cuidar de si mesmas.

O que se quer dizer é que, gastando-se demasiada e erroneamente os recursos públicos com a saúde, é possível que não se consiga nem uma saúde boa e tampouco uma educação de qualidade. Sem uma educação de qualidade, por certo os indivíduos não alcançam discernimento suficiente para a compreensão dos problemas sociais e serão incapazes de contribuir positivamente para a modificação, por exemplo, do grave quadro de corrupção, que constitui grande mazela social, altamente prejudicial à concretização de todos os direitos sociais.

Com efeito, a corrupção precisa ser delatada aos órgãos competentes, a fim de que esse quadro se altere e o Estado possa empregar na realização dos direitos sociais os recursos que estão sendo indevidamente transferidos para as economias.

Há, como se vê, inegável vinculação entre os direitos sociais, de maneira que uma boa educação ajuda a melhorar a saúde, tanto porque possibilita que o indivíduo possa cuidar melhor de sua higiene pessoal e do ambiente em que vive, como também porque lhe permite acessar os conhecimentos necessários para reconhecer os casos de corrupção e delata-las aos órgãos de controle, como Tribunais de Contas e Ministério Público. Por outro lado, a saúde será essencial para que o indivíduo tenha capacidade de aprendizado e disposição para mobilizar-se em benefício da proteção dos recursos públicos, favorecendo, desse modo, a sua correta aplicação na garantia dos direitos sociais.

Exatamente por essa relação de complementariedade dos direitos fundamentais é que se faz imperativo que os gastos com o direito à saúde não reduzam o poder público à incapacidade de assegurar os demais direitos sociais contemplados na Constituição Federal.

A população precisa ter consciência dos gastos que são realizados com a saúde. Esse conhecimento será possível com sua efetiva participação na vida social, inclusive buscando a solução adequada dos problemas verificados na sociedade. Isso significa que o indivíduo não pode preocupar-se apenas com aquelas ocorrências reprováveis que afetam diretamente os seus próprios interesses, sendo necessário, ao contrário, que atue como um guardião dos interesses gerais do corpo social.

Muitas vezes as pessoas que vão ao Poder Judiciário postular um medicamento diferente daquele que é oferecido pelo SUS sequer sabem da existência de outros que produzem efeitos iguais e com menor custo.

O conhecimento e a participação do cidadão são fundamentais para a superação do problema da insuficiência de concretização do direito à saúde. É por isso que neste estudo se propôs a efetivação do orçamento participativo e de uma atuação mais intensa dos Conselhos Municipais de Saúde. Realmente, conhecendo o que há de recurso disponível, o indivíduo terá maior capacidade de avaliar se determinados gastos são ou não possíveis e necessários e, assim, contribuir na realização de escolhas que beneficiem a concretização do direito à saúde.

É evidente que a participação popular de forma mais efetiva na solução dos problemas sociais não é algo que acontece de um momento para o outro, pressupondo trabalho constante para a obtenção de um nível satisfatório. De fato, não se tem a imaginação ingênua de que o quadro se alterará da noite para o dia.

Por certo são muitas as resistências que precisam ser superadas. Isso porque existe uma cultura no meio social de se manter uma postura de inércia frente aos problemas que não afetam diretamente um determinado indivíduo em especial. Em outras palavras, firmou-se o entendimento de que cada um deve agir apenas por si mesmo e ao Estado caberá cuidar de todos. Isso faz com que a corrupção esteja presente mesmo na vida das pessoas menos afortunadas economicamente, as quais, para satisfação de interesses pessoais menores, entregam seus votos a quem resolva pagar-lhes um preço qualquer, que pode ser até um simples saco de cimento. Além disso, o eleitor e os exercentes do poder político habituaram-se a uma noção de democracia bastante reduzida, restrita ao voto. Com isso, o único momento em que o indivíduo tem alguma participação é quando escolhe os exercentes do poder político, que deveriam representar o seu eleitor, mas, na prática, poucas vezes efetivamente o representam.

Há, desse modo, uma democracia um tanto simbólica, que se tem revelado inadequada à concretização do direito fundamental social à saúde e dos demais direitos fundamentais sociais.

Assim, é necessária a formação de uma consciência democrática, por meio da qual o indivíduo saia do estado de apatia e dê sua contribuição para a superação dos graves problemas que atingem a sociedade, inclusive a inefetividade do direito à saúde. Não se defende, é bom que se ressalte, o fim da democracia representativa, pois isso é inviável, sobretudo em se considerando as diversas complexidades da vida moderna, onde o conhecimento é muito especializado e, por certo, somente essa circunstância já é bastante para demonstrar a inviabilidade do fim da democracia representativa.

Porém, o que se propugna é uma maior implementação da democracia participativa, através do orçamento participativo e dos Conselhos Municipais de Saúde. É preciso que os indivíduos despertem para sua responsabilidade e, assim, participem das decisões do poder público. Logo, poderão, por exemplo, melhor se informar a respeito da forma como seus candidatos agem em relação à saúde, verificando se suas ações são condizentes com os seus discursos ou reciprocamente.

Não é benéfico ao desenvolvimento da sociedade e à superação da deficiência de concretização do direito à saúde que o indivíduo seja absolutamente alheio ao que ocorre na sociedade, inclusive ao que fazem aqueles que exercem o poder político, e procurem o Poder Judiciário como o solucionador de todos os problemas. O Poder Judiciário sabidamente tem exercido um papel muito relevante na sociedade brasileira, mas não se mostra adequada a pretensão de judicialização da vida, pois, antes desse poder, cada indivíduo é corresponsável pela transformação da sociedade brasileira, inclusive no que se refere à sua pessoal contribuição para que os direitos fundamentais não sejam meramente promessas constitucionais.

Para melhor funcionamento dos Conselhos Municipais de Saúde, constatando-se dificuldades em realizar a democracia naquele ambiente, por estar comprometido com as posições do Chefe do Executivo, poderão os Conselheiros buscar auxílio, por exemplo, junto ao Ministério Público, tendo em vista que esta instituição tem como atribuições, entre outras, a defesa do Estado Democrático de Direito e o funcionamento dos Conselhos Municipais de Saúde livre de pressões e interferências ilegais é uma forma de garantir esse Estado Democrático de Direito.

Nota-se, portanto, que a concretização do direito à saúde na sociedade brasileira não é tarefa fácil, mas somente evoluirá com a própria evolução da cidadania, mediante participação efetiva na definição das políticas públicas de saúde.

8. REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, Ecassez & Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AMORETTI, Rogério. **A Educação Médica diante das Necessidades Sociais em Saúde**. Revista Brasileira de Educação Médica. Rio de Janeiro, v. 29, n.2. 2005. Disponível em:<http://www2.ghc.com.br/ghc/Noticias/Not071105_01.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2017.

ANDERSON, Perry. **Balanco do Neoliberalismo**. In SADER, Emir & GENTILI, Pablo (orgs.) Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

ASENSI, Felipe Dutra. Saúde, Poder Judiciário e sociedade: uma análise de Brasil e Portugal. **Physis Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, nº. 23, v. 3, 2013.

AUAD, Denise. Os direitos sociais na Constituição de Weimar como Paradigma do Modelo de Proteção Social da Atual Constituição Federal Brasileira. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 103. Jan/Dez. 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos Princípios Constitucionais**: O princípio da dignidade da pessoa humana. 3.ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos e a construção do novo modelo. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2ª tiragem, 2014.

_____. **Da falta de efetividade à Judicialização Excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. 2007. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: Pós-modernidade, teoria crítica e positivismo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 5, n. 37, jul/set. 2001. Disponível em:<

bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47562/44776>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista Informação Legislativa**. Brasília, v. 36, n.142, abr/jun. 1999. Disponível em:<
<http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/08/Constitui%C3%A7%C3%A3o-dirigente-e-garantia.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. Notas sobre a jusfundamentalidade ou apontamentos sobre o problema de todo direito ser considerado fundamental. **Revista Informação Legislativa**, v. 52, n. 208, p. 81-100, out./dez. 2015. Disponível em:<
<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/517699>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. São Paulo: Campus Elsevier, 2004.

_____. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 2.ed. Trad. Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000.

BOTELHO, Catarina Santos. **Os Direitos Sociais em Tempos de Crise**. Coimbra: Almedina, 2015.

BRAMO, Cláudio. **Constituinte e Democracia no Brasil**. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1985.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 fev. 2017.

_____. **Decreto-lei nº 5.452**, de 1 de maio de 1943. Consolidação das Leis Trabalhistas. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 12 jul. 2017.

_____. Constituição (1988). **Emenda constitucional nº. 95, de 15 de dezembro de 2016**. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o novo regime fiscal, e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm>. Acesso em: 09 fev. 2017.

_____. **Lei nº. 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 jul. 2017.

_____. **Lei nº. 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 12 jul. 2017.

_____. **Lei nº. 8.213**, de 24 de julho de 1991. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 12 jul. 2017.

_____. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. **A reforma administrativa do sistema de saúde. 1998**. Disponível em:< <http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/cadernosmare/caderno13.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº 238.328-RS**. Relator: Min. Marco Aurélio Mello, de 11 de maio de 1999. Disponível em:< <http://cress-sc.org.br/doc/308002.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no RE com agravo nº 639.337-SP**. Relator: Min. Celso de Mello, de 23 de agosto de 2011. Disponível em:< <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 02 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271286 –RS**. Relator: Min. Celso de Mello, de 12 de setembro de 2000. Disponível em:< <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000103463&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº. 6564-RS**. Relator: Ministro Demócrito Reinaldo, de 17 de junho de 1996. Disponível em:< <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3613247/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-6564-rs-1995-0068782-8>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Especial nº. 57614-RS**. Relator: Ministro Demócrito Reinaldo, 01 de julho de 1996. Disponível: < <http://dj.stj.jus.br/20111107.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº. 11.183-PR**. Relator: Ministro José Delgado, de 04 de setembro de 2000. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8185068/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-11183-pr-1999-0083884-0>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

BRITO ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental**. Curitiba: Juruá, 2013.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2.ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPONI, Sandra. **A propósito del concepto de salud**. Florianópolis: UFSC, 1997.

CARNEIRO, Bernardo Lima Vasconcelos. **A Efetivação Jurisdicional do Direito à Saúde: Para uma análise da temática sob a ótica tópica e concretista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CARNEIRO, João Paulo de Souza. **Delimitação Judicial do Direito à Saúde: um exercício de aplicação do modelo de direitos fundamentais de Robert Alexy**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CIARLINE, Álvaro Luis A. S. **Direito à saúde: Paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CLAUDIO, Ari Mello. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, ano 14, n. 54, jan/mar. 2006. São Paulo: Revista dos Tribunais.

COELHO, Vera Schjattan P. Conselhos de Saúde enquanto instituições políticas: o que está faltando? *In*: Vera Schjattan P. Coelho e Marcos Nobre (org.). **Participação e Deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo**. São Paulo: 2004.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Brasil tem mais de 240 mil processos na área de saúde**. 2011. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/56636-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>>. Acesso em: 02 out. 2017.

_____. **CNJ avança para qualificar decisões judiciais sobre gastos com saúde**. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84486-cnj-avanca-na-qualificacao-da-judicializacao-para-otimizar-gasto-de-saude>>. Acesso em: 02 out. 2017.

CORRUPÇÃO na Saúde desviou R\$ 2,3 bilhões em nove anos. *Gazeta do Povo*, 2011. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/corruptao-na-saude-desviou-r-23-bilhoes-em-nove-anos-caid4fzg8u7veuqcc8om75jym>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

DA CRUZ, Antônio Augusto Bello Ribeiro. **Teoria da Escolha Pública**: uma visão geral de seus elementos sobre a ótica de Gordon Tullock em sua obra “Government Failure”. Disponível em: <<http://www.mcampos.br/REVISTA%20DIREITO/PRODUCAOCIENTIFICA/artigos/antoni-oaugustocruzteoriadaescolhapublica.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2017.

DALLARI, Sueli Gandolfi; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Direito sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

DA ROSA, Alexandre de Moraes; MARCELLINO JÚNIOR, Júlio César. Os direitos fundamentais na perspectiva de custos e o seu rebaixamento à categoria de direitos patrimoniais: uma leitura crítica. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, v. 1, n. 1, Ago-Dez, 2009.

DA SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003.

DEL NERO, Carlos R. O que é economia da saúde? In: PIOLA, Sérgio Francisco; VIANNA, Solon Magalhães. **Economia da Saúde: conceitos e contribuição para a gestão da saúde**. 3.ed. São Paulo: IPEA, 2002.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DÍVIDA pública sobe 11,42% em 2016, para R\$3,11 trilhões, novo recorde. 2016. Disponível em:< <https://g1.globo.com/economia/noticia/divida-publica-sobe-1142-em-2016-para-r-311-trilhoes-ghtml>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. **Direito à Saúde e Teoria da Argumentação: Em Busca da Legitimidade dos Discursos Jurisdicionais**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

DUARTE, Leonardo de Farias. **Obstáculos econômicos à efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2011.

ERRO médico mata mais que câncer no Brasil. Veja, São Paulo. Out, 2016. Disponível em< <http://veja.abril.com.br/saude/erro-medico-mata-mais-que-cancer-no-brasil/>>. Acesso em 17 jul. 2017.

ERROS de recém-formados em casos médicos básicos preocupam Cremesp. 2016. Disponível em:< <http://g1.globo.com/sp/ribeirao-preto-franca/noticia/2016/02/erros-de-recem-formados-em-casos-medicos-basicos-reocupam-cremesp.html>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

FARAO, Raymundo. **Os donos do Poder: formação do patronato político brasileiro**. Rio de Janeiro: Globo, 2001.

FERNANDES, Antônio Jorge; PAIS, Cassiano. **A Economia Brasileira na Década de 80: consequências da crise da dívida externa, inflação e crise do Estado**. 2015. Disponível em:< https://danilopastorelli.files.wordpress.com/2015/02/fernandes_pais_crise_anos80.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2017.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAZ, Marcos Bosi. **Dilemas e escolhas do sistema de saúde: Economia da Saúde ou Saúde da Economia?** Rio de Janeiro: MEDBOOK-Editora Científica Ltda., 2008.

FILHO, Rodolfo Pamplona; BARBOSA, Charles. **Reflexões filosóficas sobre a neutralidade e imparcialidade no ato de julgar**. 2012. Disponível em:<<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/reflex%C3%B5es-filos%C3%B3ficas-sobre-neutralidade-e-imparcialidade-no-ato-de-julgar>>. Acesso em: 09 fev. 2017.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOHN, Maria da Glória Marcondes. **Conselhos gestores e participação sociopolítica**. São Paulo: Cortez, 2001.

GRAU, Eros Roberto. A Constituição brasileira e as normas programáticas. **Revista de Direito Constitucional e Ciência Política**. Rio de Janeiro: Forense, ano III, n. 4, p. 40-47, jan./jun. 1985, p. 43.

HACHEM, Daniel Wunter. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, n. 3, 2013. Disponível:< <https://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/direitos-fundamentais-micos-sociais-pela-525767078>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

JOBIM, Nelson. **A esquerda, que era contra a Constituição de 1988, agora é a sua maior defensora**. Estadão, São Paulo. Set. 2016. Disponível em:<<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,a-esquerda-que-era-contra-a-constituicao-de-1988-agora-e-a-sua-maior-defensora,10000076913>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

JÚNIOR, José Caubi Diniz. **A eficácia das decisões judiciais na área da saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

KRELL, Andréas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LOBO, Christiano de Aquino. **A Prática do Lobbying nas Relações entre os Setores Público, Privado e Civil Organizado**: Uma abordagem filosófica sobre este instrumento de controle democrático e de gestão estratégica. 2007. Disponível em:<
http://www.legitimus.com.br/upd_blob/0000/324.pdf>. Acesso em: 17 set. 2017.

LOPES, Mário. **Políticas de Saúde Pública**: Interação dos Atores Sociais. 2.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUNARDI, Valéria Lerch. Problematizando conceitos de saúde, a partir do tema da governabilidade dos sujeitos. **Revista Gaúcha de Enfermagem**. Porto Alegre, v. 20, n. 1, jan. 1999. Disponível em:<
<http://seer.ufrgs.br/RevistaGauchadeEnfermagem/article/view/4219>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. **Derechos Sociales y Positivismo Jurídico**. 1999

MARTINS, Ives Gandra. **Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais sobre a justiça social**. Revista de Direito Público, 1991.

MELLO, Cláudio Ari. Os Direitos Sociais e a Teoria Discursiva do Direito. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 224. Abr/Jun. 2001. Disponível em:<
<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47768/45562>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Constituição e revisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MULLAINATHAN, Senddhil; SHAFIR, Eldar. **Escassez**: uma nova forma de pensar a falta de recursos na vida das pessoas e nas organizações. Rio de Janeiro: Best Business, 2016.

NOVAES, Jorge Reis. **Direitos Sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Lisboa: Editora AAFDL, 2016.

NUSDEO, Fábio. Curso de Economia: **Introdução ao Direito Econômico**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Fábio Correa Souza de. Eficácia Positiva das Normas Programáticas. **Revista Brasileira de Direito**. Passo Fundo-RS, v.11, n.1. 2015. Disponível em:< <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/860/958>>. Acesso em: 10 set. 2017.

OLIVEIRA, Regis Nascimento de. **Curso de Direito Financeiro**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2012.

PAGAN, Manuela. **Tratamento de infertilidade pelo SUS**: como fazer reprodução assistida gratuitamente. Disponível em:< <http://www.tratamentodeinfertilidade.com.br/tratamento-de-infertilidade-pelo-sus-como-fazer-reproducao-assistida-gratuitamente/>>. Acesso em: 18 set. 2017.

PEREIRA, Vitor Pimentel; ABRAHAM, Marcus. Orçamento Participativo deve ser aplicado com cautela para atingir objetivos. **Revista Consultor Jurídico**, 2014. Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2014-jun-03/orcamento-participativo-nacional-aplicado-cautela>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

PILATTI, Adriano. **A Constituição de 1988**: progressistas, conservadores, ordem econômica e as regras do jogo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris: 2008.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Direito fundamental à saúde**: Regime jurídico, políticas públicas e controle judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PRADO, Ney. **A Revisão Constitucional**: uma forma de totalitarismo normativo. 2005.

Disponível em:<

https://www.sescsp.org.br/online/artigo/compartilhar/4002_A+REVISAO+CONSTITUCIONAL>. Acesso em: 10 jul. 2017.

_____. A constituição de 1988: alguns equívocos de origem. In: MARTINS, Ives Gandra; REZEK, Francisco. **Constituição Federal**: Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PORTAL PLANALTO. **Governo eleva orçamento de 2017 para saúde e educação**. 2016.

Disponível em:<<http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/noticias/2016/09/governo-eleva-orcamento-de-2017-para-saude-e-educacao>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

QUASE 40% dos médicos receitam remédios indicados pelos laboratórios, 2010. Disponível em:< <http://noticias.r7.com/saude/noticias/quase-40-dos-medicos-receitam-medicamentos-indicados-pelos-laboratorios-20100531.html>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

QUEIROZ, Leon Victor de. **O Mito da Vontade Política**. Estadão, São Paulo. Set. 2015.

Disponível em:< <http://politica.estadao.com.br/blogs/legis-ativo/o-mito-da-vontade-politica/>>. Acesso em: 10 set. 2017.

REZENDE, Nanci Figueirôa. **A amplitude da expressão saúde no marco normativo brasileiro**, BLIACHERRIENE, Ana Carla: et al (org). p. 222-236. São Paulo: Atlas, 2010.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº. 0300204-17.2010.8.19.0001**, da 14ª Câmara Cível. Apelante: XXX. Apelados: Estado do Rio de Janeiro; Município do Rio de Janeiro. Relator: Desembargador José Carlos Paes. Rio de Janeiro, 31 de agosto de 2011.

Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2011-set-01/moca-nao-reverter-decisao-negou-protese-capilar-rio>>. Acesso em: 02 out. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70014417869**, da 7ª Câmara Cível. Relator: Desembargadora Maria Berenice Dias. Porto Alegre, 03 de abril de 2006. Disponível

em:<<https://blogdoadvogadomarcelogomesfreire.wordpress.com/2011/09/01/funcao-estetica/>>. Acesso em: 02 out. 2017.

RODRIGUES, Alberth Alves. Notas sobre o orçamento público e políticas sociais no Brasil. In: SEMINÁRIO DE SERVIÇO SOCIAL, TRABALHO E POLÍTICA SOCIAL. 2015. Florianópolis, Santa Catarina. Disponível em:<http://seminarioservicosocial.paginas.ufsc.br/files/2017/05/Eixo_3_267.pdf>. Acesso em: 02 out. 2017.

ROSILHO, André; SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Direito da Regulação e Políticas Públicas**. Malheiros: São Paulo, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador, n.11, 2007. Disponível em:<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/rere-11-setembro-2007-ingo_sarlet_1.pdf>. Acesso em: 02 out. 2017.

_____. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. **O conceito de direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Conjur. 2015. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2015-fev-27/direitos-fundamentais-conceito-direitos-fundamentais-constituicao-federal-1988>>. Acesso em: 17 set. 2017.

SAMPAIO, Marcos. **O Conceito Essencial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2013. 165 p.

SANTOS, Marcus Gouveia dos. **Direitos Sociais: Efetivação, Tutela Jurisdicional e Fixação de Parâmetros para a Intervenção Judicial em Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. 221 p.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **As dores do pós-colonialismo**. Folha de São Paulo: São Paulo. Ago. 2016. Disponível em:<<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz2108200608.htm>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

_____. **É preciso "vontade política" para combater o crime**. RPT Notícias: Lusa. Mar. 2010. Disponível em:<https://www.rtp.pt/noticias/pais/e-preciso-vontade-politica-para-combater-o-crime-boaventura-sousa-santos_n332301>. Acesso em: 17 jul. 2017.

_____. **A Esquerda do futuro: uma sociologia das emergências**. Sul 21. Dez. 2015. Disponível em:< <https://www.sul21.com.br/jornal/a-esquerda-do-futuro-uma-sociologia-das-emergencias-por-boaventura-de-sousa-santos/>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

SANTOS, Ricart César Coelho dos. **Financiamento da Saúde Pública no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARMENTO, Daniel. Direito Adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e Justiça Social. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador-BA, n. 12. 2007. Disponível em:< http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/RERE-12-DEZEMBRO-2007-DANIEL-SARMENTO.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____; NETO, Cláudio Pereira de Souza. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SCHAWARTZ, Germano. **Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. **Sistema Único de Saúde e suas diretrizes Constitucionais**. 2.ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Aplicação das normas constitucionais**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SIQUEIRA, Chico. **MPF investiga 581 mortes por falta de vagas no SUS**. Estadão, São Paulo. Ago. 2013. Disponível em:< <http://www.estadao.com.br/noticias/geral,mpf-investiga-581-mortes-por-falta-de-vagas-no-sus,1063970>>. Acesso em: 17 set. 2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria Constitucional e democracia deliberativa: Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 236 p.

STIEFELMANN, Roger. **Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais**. 2011. Disponível em:<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15167-15168-1-PB.htm>>. Acesso em: 17 set. 2017.

STRECK, Lênio Luiz. **O pan-principiologismo e sorriso do lagarto**. Conjur. 2012. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>>. Acesso em: 17 set. 2017.

SUS gasta R\$1,8 bi por ano com dependentes: Recursos foram para o atendimento de 3 milhões de usuários de drogas. 2012. Disponível em:<<http://vivabem.band.uol.com.br/saude/noticia/?id=100000503637>>. Acesso em: 10 set. 2017.

TORRES, Ricardo Lobo. **As jusfundamentalidades dos direitos fundamentais**. In: MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Direitos Humanos*. vol.5.

_____. **O Orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

UNODC. **Corrupção e Desenvolvimento**. 2017. Disponível em:<http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Campanha-2013/CORRUPCAO_E_DESENVOLVIMENTO.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2017.

VENTURA, Solange Christine. **A Máfia Médica**. 2017. Disponível em:<http://www.curaeascensao.com.br/segredos_arquivos/segredos100.html>. Acesso em: 10 ago. 2017.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Rio de Janeiro: Forense, 2004..

VILLELA, Flávia. **Corrupção tem direta relação com calamidade da saúde no Rio, diz juiz**. Agência Brasil, 2017. Disponível em:<<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-04/corruptao-tem-direta-relacao-com-calamidade-na-saude-do-rio-diz-juiz>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

ZURITA, Robsmeire Calvo Melo, et.al. Evolução dos gastos hospitalares com internação psiquiátricas por drogas. **Revista Gaúcha de Enfermagem**. V. 37, nº. 03, e. 53289. Ago. 2016. Disponível em:< http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1983-14472016000300402&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 02 out. 2017.

WANG, Daniel Wie Liang. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF**. Revista Direito GV, v. 2, n.4. Jul/Dez. 2008. Disponível em:<<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a09v4n2.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2017.