

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**Intervenção Judicial nas Políticas Públicas de Saúde: uma
análise sob a perspectiva da Sustentabilidade**

DANIEL CARDOSO

Itajaí-SC, setembro de 2018

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

Intervenção Judicial nas Políticas Públicas de Saúde: uma análise sob a perspectiva da Sustentabilidade

DANIEL CARDOSO

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título
de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador(a): Professor Doutor Cesar Luiz Pasold

Itajaí-SC, setembro de 2018

AGRADECIMENTOS

Às minhas amadas Carina e Helena, por toda paciência e apoio, a primeira voluntariamente, a segunda, sob protestos, nos inúmeros momentos de convivência abdicados em razão do estudo.

Aos meus pais, Luiz e Claudete, por me ensinarem que para tudo nessa vida há o tempo certo: o tempo de esperar, o tempo de iniciar, o tempo de perseverar e o tempo de concluir.

Aos meus colegas da Procuradoria Geral do Estado, especialmente os Procuradores João dos Passos Martins Neto, Ricardo Della Giustina e Fernando Mangrich Ferreira, pela confiança em mim depositada na indicação para o cargo de Consultor Jurídico da Secretaria de Estado da Saúde, semente inicial desta dissertação.

Ao meu orientador, Professor Cesar Luiz Pasold, pela condução paciente, zelosa e comprometida, que certamente deixou sua marca no resultado final do trabalho.

Aos amigos, Caetano, Giovani e Daniel Victor, pelas sugestões e comentários sinceros.

Por fim, a Deus, seja Ele quem for, esteja onde estiver.

DEDICATÓRIA

Dedico esta dissertação a todos aqueles que lutam pela construção de um Sistema Público de Saúde que entregue efetivamente o que se propõe à população, sem ceder às pressões políticas, ideológicas, corporativas ou demagógicas.

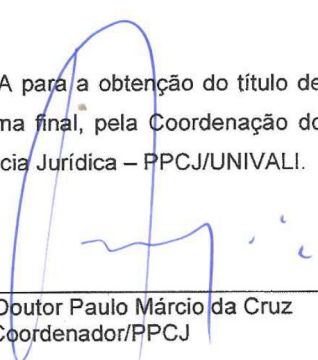
TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, setembro de 2018

Daniel Cardoso
Mestrando

Esta Dissertação foi julgada APTA para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.

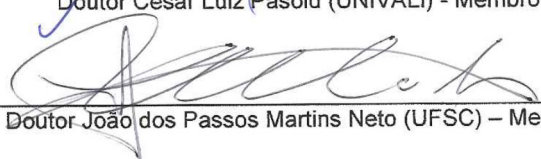


Professor Doutor Paulo Márcio da Cruz
Coordenador/PPCJ

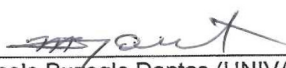
Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores



Doutor Cesar Luiz Pasold (UNIVALI) - Membro



Doutor João dos Passos Martins Neto (UFSC) – Membro



Doutor Marcelo Buzaglo Dantas (UNIVALI) – Membro

Itajaí(SC), 19 de dezembro de 2018

Aplicabilidade: capacidade da norma de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita.¹

Ativismo Judicial: “Ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo”.²

Bem-Estar Social: conjunto de fatores necessários para que o indivíduo possa viver bem em Sociedade, especialmente no que tange ao fornecimento de serviços essenciais pelo Estado.

Democracia: “Democracia é solidariedade do agrupamento social, porque é ação conjunta de todo o povo na consecução dos objetivos comuns e porque ninguém escapa aos efeitos da deliberação coletiva”³.

Direito à Saúde: o Direito à Saúde comporta dois aspectos: um negativo, materializado no direito do indivíduo de exigir que o Estado ou um terceiro se abstenha de prejudicar sua saúde, e outro positivo, consistente no direito a prestações materiais de Saúde.⁴

Direito a Prestações de Saúde: Faculdade de que o sujeito dispõe de exigir do Estado prestações materiais de promoção, proteção e recuperação de sua Saúde.

Direitos de Liberdade: também designados como Direitos Liberais ou de primeira dimensão, são concebidos como direitos de defesa do cidadão à atuação do Estado.

¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 65-66.

² COP por ADOÇÃO: RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 119.

³ COP por ADOÇÃO, a partir de: RIBEIRO, Telmo Vieira. Primeira tese: democracia, solidariedade do agrupamento social. In: OLIVO, Luiz Carlos Cancellier de; PASOLD, Cesar Luiz (Orgs.). **Duas teses de Telmo Vieira Ribeiro**. Joaçaba: UNOESC, 2015. p. 61.

⁴ COP PROPOSTO a partir de: SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 309.

Direitos Sociais: prestações e garantias proporcionadas pelo Estado com o intuito de reduzir as desigualdades existentes na Sociedade.⁵

Eficácia: capacidade de determinada norma para produção dos efeitos pretendidos.

Estado Social: Estado garantidor de prestações sociais, aptas a reduzir as desigualdades existentes na sociedade e a possibilitar o desenvolvimento das potencialidades inerentes a cada indivíduo.⁶

Fraternidade: “dinâmica de reciprocidade na ação entre pessoas humanas, inerente à sensação de pertencimento à sociedade em que se vive, geradora do sentimento de responsabilidade de uns para com os outros, independentemente de identidades e pertencimentos à classes ou nacionalidades”.⁷

Função Social para o Estado Contemporâneo: “A Função Social deve implicar ações que – por dever para a com a Sociedade – o Estado tem a obrigação de executar, respeitando, valorizando e envolvendo o seu SUJEITO, atendendo o seu OBJETO e realizando os seus OBJETIVOS, sempre com a prevalência do social e privilegiando os valores fundamentais do ser humano.”⁸

Intervenção Judicial: É a interferência do Poder Judiciário, no uso de suas atribuições constitucionais, no processo de concretização de Direitos Sociais.

Isonomia: Princípio Geral de Direito, segundo o qual não deve haver discriminação entre situações ontologicamente iguais.

⁵ COP PROPOSTO a partir de: MIRANDA, Jorge. Os novos paradigmas do estado social. In: CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DE ESTADO, 37., 28 set. 2011, Belo Horizonte. **Os novos...** Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2011. Disponível em: <<https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1116-2433.pdf>>. Acesso em: 6 jul. 2017. p. 2.

⁶ MIRANDA, Jorge. Os novos paradigmas do estado social. In: CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DE ESTADO, 37., 28 set. 2011, Belo Horizonte. **Os novos...** Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2011. Disponível em: <<https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1116-2433.pdf>>. Acesso em: 6 jul. 2017. p. 2.

⁷ COP PROPOSTO a partir de: SILVA, Ildete Regina Vale da; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Constituição e fraternidade:** o valor normativo do preâmbulo da constituição. Curitiba: Juruá. 2015. p. 110.

⁸ COP por ADOÇÃO, a partir de: PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo.** 4. ed. rev. e ampl. Itajaí: Univali, 2013. Disponível em: <<https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202013%20FUN%C3%87%C3%83O%20SOCIAL%20%20DO%20ESTADO%20CONTEMPOR%C3%82NEO.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2018. p. 57.

Judicialização da Saúde: Judicialização de Políticas Públicas voltadas especificamente à concretização do Direito à Saúde.

Judicialização de Políticas Públicas: fenômeno multitudinário de redirecionamento de expectativas democráticas ao judiciário, decorrente do somatório de pretensões individuais de correção de desigualdades materiais.⁹

Justiça: virtude consistente em dar a cada um o que é seu.

Neoconstitucionalismo: paradigma que propõe uma leitura valorativa do Direito para colocar a Teoria dos Direitos Fundamentais no topo da hierarquia normativa, mediante ampliação da força normativa da Constituição e de seus inúmeros princípios.

Poder Judiciário: conjunto de órgãos dotados de competência geral ou específica para realizar a função jurisdicional.

Políticas Públicas: decisões governamentais, resultantes do processo de escolha, dentre as alternativas disponíveis, daquelas mais adequadas à consecução de objetivos específicos.¹⁰

Políticas Públicas de Saúde: opções governamentais de prioridades de utilização dos recursos do Estado voltadas à concretização do Direito à Saúde, de maneira universal e igualitária.¹¹

Saúde: “A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.”¹²

⁹ COP proposto por COMPOSIÇÃO, a partir de: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 192-193.

¹⁰ COP proposto por COMPOSIÇÃO.

¹¹ COP proposto por COMPOSIÇÃO.

¹² COP legal: ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Constituição (1946). Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946. **Biblioteca Virtual de Direitos Humanos**, São Paulo, 2018. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omsworld.html>> Acesso em: 15 maio 2018.

Sistema Único de Saúde: “Conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”.¹³

Sociedade: produto das interações e relações de interdependência entre indivíduos em determinado local e momento histórico.

Solidariedade: “Responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social”, que tem fundamento ético “na idéia de justiça distributiva, entendida como a necessária compensação de bens e vantagens entre as classes sociais, com a socialização dos riscos normais da existência humana”.¹⁴

Sustentabilidade: Princípio segundo o qual o uso dos recursos naturais para a satisfação das necessidades presentes não pode comprometer a satisfação das necessidades das gerações futuras.¹⁵

¹³ COP legal: Art. 4º da Lei 8.080/90. BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Portal da Legislação**, Brasília, mar. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 31 ago. 2018.

¹⁴ COP por ADOÇÃO, a partir de: COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 78-79.

¹⁵ COP proposto por COMPOSIÇÃO, a partir de: FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Forum, 2012.

SUMÁRIO

RESUMO	12
ABSTRACT	13
INTRODUÇÃO	14
1 A PROMESSA DO CRESCIMENTO ECONÔMICO COMO CAMINHO PARA O ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL	18
1.1 O ESTADO SOCIAL A DESEJAR	18
1.1.1 Do Estado Liberal ao Estado Social	19
1.1.2 A noção de Estado Democrático de Direito	23
1.1.3. O Estado no “Tempo XXI”	25
1.2 A SUSTENTABILIDADE E SUAS DIMENSÕES	30
1.2.1. Sustentabilidade Social	33
1.2.2. Sustentabilidade Econômica	35
1.2.3. Sustentabilidade Ética	39
1.3 O ESGOTAMENTO DE UM MODELO FALIDO: A FALÁCIA DO CRESCIMENTO ECONÔMICO	42
1.3.1 Um modelo esgotado	42
1.3.2 A inviabilidade do crescimento infinito	46
1.3.3 A necessidade de uma alternativa	49
2 DIREITO À SAÚDE: DO RECONHECIMENTO À JUDICIALIZAÇÃO	52
2.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO À SAÚDE	52
2.1.1 Do reconhecimento ao plano normativo	52
2.1.2 A categoria Direito à Saúde	54
2.1.3 A questão da Eficácia do Direito à Saúde	57
2.2 MOLDURA CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE	64
2.2.1 Divisão de competências	64
2.2.2 Financiamento do Sistema	67
2.2.3 Forma de atuação	71
2.3 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DA SAÚDE	74
2.3.1 Ativismo Judicial e Judicialização	74

	11
2.3.2 Análise da expansão da Intervenção Judicial no Brasil	79
2.3.3 Judicialização das Políticas Públicas de Saúde	82
3 CAUSAS DESTACADAS, ASPECTOS PREOCUPANTES E PERSPECTIVAS DE FUTURO	
PARA A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE	85
3.1 CAUSAS DESTACADAS DO FENÔMENO	85
3.1.1 Ineficiência Administrativa e Falta de Credibilidade	85
3.1.2 Complexidade da Administração	88
3.1.3 A cultura e a Conveniência da Judicialização	93
3.2 ASPECTOS PREOCUPANTES DA JUDICIALIZAÇÃO	96
3.2.1 Quebra da Isonomia	96
3.2.2 “Paradoxo” da legalidade	99
3.2.3 Esvaziamento do Sistema e Desperdício de Recursos	103
3.3 PERSPECTIVAS DE FUTURO	108
3.3.1 A Sustentabilidade como paradigma	108
3.3.2 A aguardada manifestação do Supremo Tribunal Federal	114
CONSIDERAÇÕES FINAIS	119
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS	123

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na Linha de Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade e produzida no programa de pós graduação *stritu senso* em ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. O objetivo do estudo é verificar a Sustentabilidade da Intervenção Judicial nas Políticas Públicas de Saúde. Com a utilização do método dedutivo e por meio da análise de obras bibliográficas e dados de instituições oficiais, são desenvolvidos três capítulos, cada qual voltado ao desenvolvimento do tema. No primeiro, examina-se a viabilidade de manutenção de um modelo econômico que atrela sua capacidade de expansão ao crescimento da economia, e a fragilidade de qualquer Política Pública que desconsidere o eventual comprometimento da satisfação das necessidades das gerações futuras. O segundo trata da categoria Direito à Saúde, com considerações sobre a falta de compreensão de seu significado e a ausência de consenso terminológico entre os Operadores do Direito. Cuida, também, da diferenciação dos fenômenos do Ativismo e da Judicialização, e seus efeitos sobre a execução de Políticas Públicas por parte do Administrador. O terceiro investiga especificamente a Judicialização da Saúde, por meio da observação de algumas de suas causas, destacadas a Ineficiência Administrativa, a Falta de Credibilidade, a Complexidade da Administração, e a própria Conveniência da Judicialização; e consequências a exemplo da Quebra de Isonomia, a falta de coerência entre decisões, o Esvaziamento do Sistema e o Desperdício de Recursos. Ao final, conclui-se que, a exemplo das Políticas Públicas, a Sustentabilidade deve ser utilizada como paradigma também para aferir as chances de sucesso do fenômeno da Judicialização como instrumento de concretização do Direito à Saúde.

Palavras-chave: [Saúde – Políticas Públicas – Sustentabilidade - Judicialização].

ABSTRACT

This dissertation is part of the line of research Environmental Law, Transnationality and Sustainability, and was produced for the *stricto sensu* postgraduate program in Legal science of the University of Vale do Itajaí. The objective of the study is to determine the Sustainability of Judicial Intervention in Public Health Policies. Using the deductive method, and analysis of bibliographical works and data from official institutions, three chapters are developed, focusing on the development of the theme. The first chapter examines the feasibility of maintaining an economic model in which economic growth is tied to its capacity to expand, and the fragility of a Public Policy that fails to take into account its ability to meet the needs of future generations. The second chapter addresses the category of Right to Health, focusing on the lack of understanding of its meaning and the absence of a terminological consensus among Law Operators. It also distinguishes between the phenomena of Activism and Judicialization, and their effects on the execution of Public Policies by the Administrator. The third chapter focuses specifically on the judicialization of health, through the observation of some of its causes, highlighting administrative inefficiency, lack of credibility, complexity of administration, and the convenience of judicialization itself; and consequences, such as the shortage of isonomy, lack of coherence between decisions, system emptying, and waste of resources. This work concludes that, like public policies, sustainability should also be used as a paradigm to assess the chances of success of the phenomenon of Judicialization as an instrument for achieving the Right to Health.

Keywords: Health - Public Policies - Sustainability - Judicialization

INTRODUÇÃO

Como não poderia deixar de ser, dada a relevância do bem jurídico tutelado, o processo de Judicialização da Saúde provoca intensa discussão em toda a Sociedade. Ao acompanhar a produção científica sobre o tema, todavia, verifica-se que uma reflexão passa ao largo diante de todo esse debate: em que momento a Judicialização deixa de ser uma alternativa para a solução e passa a ser parte do problema. A reflexão, como não poderia deixar de ser, leva em conta a experiência do autor como Procurador do Estado lotado na Secretaria de Estado da Saúde no período de 2015 a 2017.

De volta ao tema, não se desconhece que o reconhecimento de Direitos Sociais, dentre eles o Direito à Saúde, é fruto de longo processo histórico de amadurecimento da Sociedade. Tanto o é que a própria Constituição se ocupou de discipliná-lo, ainda que em linhas gerais.

Nada obstante, o mero reconhecimento do Direito à Saúde na Constituição e em outros diplomas normativos não é suficiente para materializá-lo em efetivas Prestações de Saúde ao alcance da População. O processo de concretização de Direitos Sociais é notadamente complexo, e demanda a aplicação de recursos não apenas financeiros, mas também humanos, naturais e a própria disponibilidade de tempo.

As dificuldades inerentes ao processo de promoção do Bem-Estar Social, somadas a outros fatores que também serão abordados adiante, levam os clamores da Sociedade ao Judiciário, esfera distinta daquela prevista constitucionalmente para sua solução. O Poder Judiciário, por seu turno, no afã de oferecer resposta às crescentes demandas sociais, passa a atuar, ainda que no caso concreto e de maneira individualizada, em um número cada vez maior de ações, e a movimentar, mesmo que indiretamente, volume cada vez mais expressivo de recursos, a ponto de interferir sensivelmente no exercício das atribuições executivas e legiferantes dos demais poderes.

Uma primeira observação a respeito da Judicialização de casos concretos em que se buscam prestações de Saúde diz respeito ao descompasso entre os

provimentos obtidos judicialmente e as diretrizes estabelecidas pelas autoridades administrativas competentes. O que se verifica é que o Judiciário garante o acesso a tratamentos não disponíveis a toda a população, ou, quando disponíveis, em detrimento dos protocolos a que se sujeitam aqueles que ingressam no Sistema Único de Saúde pelas vias ordinárias.

Ao agir dessa maneira, esvazia as atribuições do Poder Executivo, na medida em que patrocina a desconsideração das Políticas Públicas regularmente estabelecidas, sem, contudo, oferecer alternativa viável, do ponto de vista global, já que sua intervenção se encontra limitada ao caso concreto.

A presente Dissertação, portanto, apresentada como requisito para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - Univali, se propõe à análise de problema definido: juridicamente, pode o Poder Judiciário determinar o acesso irrestrito a toda e qualquer prestação de Saúde, em detrimento das Políticas Públicas existentes sobre o tema?

Para a pesquisa, foram levantadas as seguintes hipóteses:

- a) a Intervenção Judicial, ao determinar o fornecimento gratuito de prestações não padronizadas nas Políticas Públicas, extrapola a competência do próprio Poder Judiciário;
- b) da forma em que se apresenta, a chamada Judicialização da Saúde contribui para o agravamento do problema que se propõe a resolver;
- c) somente se considerada a dimensão econômico-financeira da Sustentabilidade pode o Poder Judiciário auxiliar na garantia de Direitos Sociais.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente Dissertação, de forma sintetizada, como segue.

No primeiro Capítulo, examinar-se-á a viabilidade de manutenção de um modelo econômico que pretende fazer frente ao natural aumento das demandas sociais atrelando sua capacidade de expansão ao crescimento da economia. O mesmo capítulo cuidará, ainda, do conceito de Sustentabilidade, com enfoque nas suas dimensões social, econômica e ética, para demonstrar a fragilidade de qualquer Política Pública que desconsidere o eventual comprometimento da satisfação das necessidades das gerações futuras.

O segundo capítulo, por seu turno, tratará da categoria Direito à Saúde, partindo da própria importância do uso da terminologia adequada, até sua Eficácia e Aplicabilidade. Cuidar-se-á, ainda, da Divisão de Competências entre os Entes da Federação, do financiamento do sistema e da noção de Políticas Públicas, ponto chave do raciocínio que leva à parte final do capítulo, que analisa as categorias Ativismo Judicial e Judicialização.

O terceiro capítulo, por fim, será dedicado à investigação específica da Judicialização da Saúde, por meio da observação de algumas de suas causas e consequências. Será avaliada, também, a possibilidade de utilização da categoria Sustentabilidade como paradigma para aferir as chances de sucesso do fenômeno da Judicialização enquanto instrumento de concretização do Direito à Saúde. Ocupar-se-á, por fim, da análise do posicionamento de alguns dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento de dois processos decisivos no encaminhamento futuro da Judicialização da Saúde no Brasil.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados aspectos destacados da Dissertação, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a Judicialização da Saúde.

Para a concretização deste trabalho o Método utilizado na Fase de Investigação foi Dedutivo; na fase de Tratamento dos Dados foi empregado o Método Analítico; e, em virtude do resultado das análises, no presente Relato dos Resultados da Pesquisa, é empregado o Método Indutivo. As Técnicas do

Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica forneceram o suporte aos Métodos acima referidos.¹⁶

¹⁶ Conforme a Orientação oficial do Programa de Pós Graduação em Ciência Jurídica da UNIVALI-PPCJ/UNIVALI , para a escolha e emprego dos Métodos e das Técnicas foi utilizada a obra: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 14. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: EMais, 2018. Em especial da p. 23 a 115.

CAPÍTULO 1

A PROMESSA DO CRESCIMENTO ECONÔMICO COMO CAMINHO PARA O ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL

1.1 O ESTADO SOCIAL A DESEJAR¹⁷

A reflexão que anima o presente capítulo surgiu durante a leitura do livro **Hecho para tirar**, de Serge Latouche¹⁸, que, ao apresentar o conceito de obsolescência programada¹⁹, aponta para a inviabilidade de um modelo de crescimento econômico infinito, por total ausência de recursos naturais. O ponto de partida da obsolescência programada seria a dependência do crescimento por parte de nosso sistema produtivo. Nossa Sociedade teria atrelado seu destino a uma organização fundada sobre a acumulação ilimitada, estando condenada a produzir e consumir sempre mais. Quando o crescimento inevitavelmente diminui ou mesmo para, surge a crise, o pânico. O emprego, o pagamento das pensões, o financiamento das despesas públicas (educação, seguridade, Justiça, cultura,

¹⁷ O presente capítulo foi elaborado a partir de: CARDOSO, Daniel; PASOLD, Cesar Luiz. A falácia do crescimento econômico como caminho para o estado de bem-estar social: uma análise sob o paradigma da sustentabilidade. **Revista Saberes da Amazônia**, v. 2, n. 5, p. 225-252, jul.-dez. 2017. Disponível em: <<http://www.fcr.edu.br/ojs/index.php/saberesamazonia/article/view/196>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

¹⁸ LATOUCHE, Serge. **Hecho para tirar**: la irracionalidad de la obsolescencia programada. Barcelona: Octaedro, 2014.

¹⁹ Veja-se o conceito de obsolescência programada, em comparação à técnica e à psicológica: “De hecho, existen tres formas de obsolescencia: la técnica, la psicológica y la planificada. La primera designa la desclasificación de las máquinas y de los aparatos debido al progreso técnico, que introduce mejoras de todo tipo. Así, la locomotora de vapor vuelve obsoleta la diligencia, pero la máquina de coser de pedal hace lo mismo con la máquina de manivela, y la máquina eléctrica con la máquina de pedal. Antes, el hacha de piedra pulida había desclasificado la herramienta del paleolítico, pero luego fue superada a su vez por el hacha de bronce, y más tarde por el hacha de hierro. De todas maneras, hasta la denominada Revolución industrial, esos cambios se operaban en el espacio de miles de años. Esta primera forma de obsolescencia no se nos hizo familiar hasta la modernidad y las «tormentas de innovaciones creadoras», para hablar como Schumpeter. La obsolescencia psicológica no designa el desuso provocado por el desgaste técnico o la introducción de una innovación real, sino el provocado por la «persuasión clandestina», es decir, por la publicidad y la moda. La diferencia entre el producto nuevo y el producto antiguo se limita a la presentación, al look, al diseño, al embalaje, incluso. la obsolescência programada, finalmente, objeto central de presente ensayo, califica el desgaste o la defectuosidad artificial. Desde el principio, el fabricante concibe el producto para que tenga una duración de vida limitada, y esto gracias a la introducción sistemática de un dispositivo ad hoc. Puede tratarse, por ejemplo, de un chip electrónico insertado en una impresora con el fin de que se bloquee después de 18.000 copias, o de una pieza frágil que se prevé que provocará la avería del aparato cuando expire la duración de la garantía.” LATOUCHE, Serge. **Hecho para tirar**: la irracionalidad de la obsolescencia programada. Barcelona: Octaedro, 2014. p. 33.

transportes, saúde) supõem o constante aumento do produto interno bruto (PIB), considerado pela maioria dos comentaristas, sem razão, como o barômetro de nosso bem-estar, quando não de nossa felicidade. Produzir mais implica necessariamente consumir mais. Vivemos, portanto, em Sociedades de crescimento.²⁰

Guardadas as devidas proporções, é possível ponderar que a mesma idéia se aplica ao atual modelo de implementação de Direitos Sociais em muitos Países, nos quais há o comprometimento sistêmico com (1) o crescimento da arrecadação para (2) angariar recursos (3) a serem aplicados em investimentos necessários ao atendimento das crescentes demandas. Aqui, faz-se necessário apresentar, ainda que brevemente, retrospectiva histórica sobre o processo que conduziu o Estado Liberal ao Estado Contemporâneo.

1.1.1 Do Estado Liberal ao Estado Social

Não se desconhece que, em apertada síntese, o Estado Liberal tenha surgido para tentar equacionar o problema político central do movimento revolucionário francês, qual seja, o de encontrar um titular para a Soberania em substituição ao monarca. De fato, nas palavras de Fábio Comparato, ao atribuir a soberania à nação, a classe burguesa resolvia elegantemente a questão da transferência da soberania política, atribuindo-a a uma entidade global, que não podia ser contestada pela nobreza ou pelo clero, sem se identificar, contudo, com o povo, onde predominava a força numérica dos não proprietários.²¹ De acordo com o autor, pode-se afirmar que o “espírito original da democracia moderna não foi, portanto, a defesa do povo pobre contra a minoria rica, mas sim a defesa dos proprietários ricos contra um regime de privilégios estamentais e de governo irresponsável.”²²

²⁰ LATOUCHE, Serge. **Hecho para tirar**: la irracionalidad de la obsolescencia programada. Barcelona: Octaedro, 2014. p. 13.

²¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 156.

²² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 64.

No plano jurídico, a evolução se dá com a concepção do chamado Estado de Direito, assim compreendido como aquele que se submete a um regime de direito e respeita as liberdades individuais dos cidadãos. Suficiente, aqui, lembrar a lição de Norberto Bobbio, para quem:

Quando se fala de Estado de direito no âmbito da doutrina liberal do Estado, deve-se acrescentar à definição tradicional uma determinação ulterior: a constitucionalização dos direitos naturais, ou seja, a transformação desses direitos em direitos juridicamente protegidos, isto é, em verdadeiros direitos positivos. Na doutrina liberal, Estado de direito significa não só a subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e portanto em linha de princípio invioláveis.²³

Ato contínuo, com a tomada de consciência por parte das classes menos favorecidas da Sociedade de que o Estado Liberal, intimamente ligado ao interesse da burguesia de assegurar direitos de liberdade política, não obteve sucesso em resolver o problema da desigualdade social, segue-se a irresignação por parte daquelas classes sociais e, conseqüentemente, a necessidade de superação do liberalismo. Mencione-se aqui, Paulo Bonavides: “O velho liberalismo, na estreiteza de sua formação habitual, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da Sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise.”²⁴

À medida, portanto, que o Estado se desprende do controle burguês que se enfraquece, passa a procurar ser o Estado de todas as classes, o Estado fator de conciliação, o Estado mitigador de conflitos sociais e pacificador necessário entre o trabalho e o capital. Nesse momento, em que se busca superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social, ocorre, sob distintos regimes políticos, importante transformação, bem que ainda de caráter superestrutural. Nasce, aí, a noção contemporânea de Estado Social.²⁵

²³ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1988. p. 19.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 6.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 188.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 6.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 185.

Breve menção deve ser feita, aqui, à importância da doutrina marxista nessa superação ideológica do antigo liberalismo. Construído em meio à aguda crise de separação entre trabalho e capital, quando o capitalismo acreditava cegamente em um liberalismo que legitimava as pretensões e apaziguava a consciência de seus agentes, Marx e Engels conclamam o proletariado ao uso da força, como forma de despojar a burguesia de seus privilégios²⁶. De fato, a teoria marxista previa o desaparecimento do próprio Estado, afinal, sendo o estado instrumento de proteção dos interesses da classe dominante, em não havendo mais classes sociais após a revolução, não haveria mais razão para a sua existência.²⁷

O Estado Social²⁸ surge, portanto, como proposta de meio termo entre o liberalismo e o socialismo, de forma conveniente, diga-se de passagem, à manutenção dos interesses da classe dominante, na medida em que faz uma série de concessões para evitar uma ruptura completa com o modelo anterior. Novamente a burguesia, sentindo-se ameaçada pelas tensões sociais, atua como personagem na transformação do Estado, facilitando a realocação das forças do Estado, mas mantendo, contudo, “caracteres essenciais do Estado Absolutistas e outros do Estado Liberal, como a base nacional-territorial e a unificação administrativa depois o arcabouço constitucional e a referência aos direitos e garantias fundamentais.”^{29 30}

²⁶ Conforme BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 6.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 176.

²⁷ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 48.

²⁸ Para respeitar as ideias dos autores originais, as expressões Estado Social, *État Providence*, *Welfare state*, Estado de Providência, Estado de Bem-Estar Social, e outras, não serão substituídas ou uniformizadas ao longo da presente dissertação.

²⁹ ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira. A crise conceitual e a (re)construção interrompida da soberania: o fim do estado-nação? In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 47.

³⁰ Seria ingenuidade desconsiderar, contudo, que o processo de transição do Estado Liberal para o Estado Social também trouxe benefícios à classe dominante, mediante investimentos do estado em infraestrutura necessária ao aprofundamento do processo produtivo industrial. De fato, “deve-se reconhecer que o processo de crescimento/aprofundamento/transformação do papel, do conteúdo e das formas de atuação do Estado não beneficiou unicamente as classes trabalhadoras com o asseguramento de determinados direitos, com o estabelecimento de certos paradigmas ou com a promoção de políticas de caráter assistencial ou promocional. A atuação estatal em muitos setores significou também a possibilidade de investimentos em estruturas básicas alavancadoras do processo produtivo industrial - pense-se, aqui, por ex., na construção de usinas hidrelétricas, estradas, financiamentos, etc. - que viabilizaram, muitas vezes, o investimento privado. Pode-se dizer que esta dupla face faz parte da trajetória peculiar ao Estado Social, onde, ao mesmo tempo em que a intervenção pública fazia eco aos reclames dos movimentos sociais, em particular aos

Para Bonavides, o Estado Social representou uma transformação superestrutural pela qual passou o antigo Estado liberal. No Ocidente, todavia, ele se distingue, desde a origem, do Estado proletário que o socialismo marxista pretendia implantar: é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal ao qual não renuncia.³¹ Apesar de se afastar do liberalismo económico, continua fiel ao liberalismo político; exige do Estado um papel insubstituível na economia, sem excluir, contudo, a iniciativa privada e o mercado.³²

Ou seja, o *Welfare state* seria aquele Estado no qual o cidadão, independentemente de sua situação social, tem direito a ser protegido contra dependências de curta ou longa duração. Seria o Estado que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo o cidadão, não como caridade, mas como direito político.³³ Em contraste com o Estado Liberal, que propunha uma Sociedade de “indivíduos livres e iguais”, para os quais seria suficiente um Estado garantidor da paz social, o novo modelo incorpora a idéia de uma relação solidária entre os membros da comunidade, na qual cabe ao Estado, sempre que verificada a existência de desigualdades - físicas, mentais, econômicas, sociais -, a incorporação dos grupos sociais aos benefícios da Sociedade contemporânea.³⁴

Para fins do presente estudo, portanto, adotamos uma definição de Estado Social como o Estado garantidor de prestações sociais, aptas a reduzir as

movimentos de trabalhadores, a atividade interventiva do Estado permitia uma flexibilização do sistema, garantindo a sua manutenção e continuidade, assim como dava e constituía condições infra-estruturais para o seu próprio desenvolvimento.” MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do estado. In: _____ (Org.). **O estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 17.

³¹ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 6.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 184.

³² MIRANDA, Jorge. Os novos paradigmas do estado social. In: CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DE ESTADO, 37., 28 set. 2011, Belo Horizonte. **Os novos...** Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2011. Disponível em: <<https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1116-2433.pdf>>. Acesso em: 6 jul. 2017. p. 2.

³³ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 154.

³⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do estado. In: _____ (Org.). **O estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 14.

desigualdades existentes na Sociedade e a possibilitar o desenvolvimento das potencialidades inerentes a cada indivíduo.³⁵

1.1.2 A noção de Estado Democrático de Direito

Como se vê, são diversos os paralelos que podem ser estabelecidos na tentativa de posicionar o chamado Estado Social como conciliação dialética. Por exemplo: capitalismo e socialismo, liberalismo e marxismo, liberdade e igualdade, direitos políticos e Direitos Sociais. Ocorre que o simples reconhecimento do direito a uma série de prestações por parte do Estado, ainda que tenha funcionado temporariamente como elemento de pacificação social, não foi suficiente para enfrentar os novos dilemas que se apresentaram diante da Sociedade, sejam eles democráticos, políticos, comunitários ou ambientais³⁶. Estabelece-se, assim, mais um paralelo, entre o estado de direito e o estado democrático de direito. Para Streck e Morais:

A “necessidade” do Estado, por assim dizer, que faça a interdição, a ruptura, entre civilização e barbárie, o que se traduziu em um rompimento histórico-paradigmático, depois de sístoles e diástoles representadas pelas formas liberal e social, com o contraponto das experiências socialistas, tem o desafio, contemporaneamente, de responder às novas necessidades e enfrentar os novos dilemas, caracterizadas pelo epíteto que a tradição cunhou do século XX em diante: o Estado Democrático de Direito, que busca assegurar as conquistas modernas e resgatá-las naquilo que ainda está

³⁵ MIRANDA, Jorge. Os novos paradigmas do estado social. In: CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DE ESTADO, 37., 28 set. 2011, Belo Horizonte. **Os novos...** Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2011. Disponível em: <<https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1116-2433.pdf>>. Acesso em: 6 jul. 2017.

³⁶ Tanto as ideologias liberais quanto as ideologias socialistas, como acentua Morato Leite, não souberam lidar com, e nem mesmo contemplaram no seu projeto político, a crise ambiental, considerando que ambos, respectivamente, o capitalismo industrialista e o coletivismo industrialista, colocaram em operação um modelo industrial agressivo aos valores ambientais da comunidade. O quadro contemporâneo de degradação e crise ambiental é fruto, portanto, dos modelos econômicos experimentados no passado, não se tendo cumprido a promessa de bem-estar para todos como decorrência da revolução industrial, mas um contexto de devastação ambiental planetária e indiscriminada. FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**: dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 95.

incumprido, enfrentando, inclusive, suas próprias dificuldades frente às transformações operadas por novas formas de vida.³⁷

O amadurecimento da própria Sociedade conduz à percepção de que a democracia social representaria uma ampliação do paradigma de Estado de Direito, consistente na afirmação dos Direitos Sociais e não apenas nos de liberdade. Como asseverado por Ferrajoli, os Direitos Sociais seriam, portanto, conteúdo indissociável da dimensão substancial de uma democracia constitucional, na medida em que não há que se falar em Democracia em uma Sociedade onde não estão presentes as mais elementares condições de vida. Sem a satisfação dos direitos à subsistência, à saúde, à educação e à informação, por exemplo, não só os direitos políticos, como também os de liberdade estariam condenados a permanecer apenas no papel, já que não há que se falar em participação na vida pública sem a garantia do mínimo vital, nem há que se falar em formação de vontades conscientes sem educação e informação.³⁸ Para Streck e Moraes, “não é possível falar em democracia em meio a indicadores econômicos-sociais que apontam para a linha (ou abaixo da) linha da pobreza. Uma grande dose de justiça social é condição de possibilidade da democracia”.³⁹

A novidade do Estado Democrático de Direito, portanto, não estaria propriamente na mudança das estruturas sociais, mas sim na incorporação de características inéditas ao modelo tradicional. Ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, dá-se a incorporação efetiva da questão da igualdade como um conteúdo próprio a ser buscado garantir por meio do asseguramento jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade.⁴⁰

O acréscimo da designação “Democrático” à expressão Estado de Direito representa, a nosso sentir, a compreensão de que o objetivo do Estado não se limita ao oferecimento de prestações assistenciais, mas sim à promoção da igualdade,

³⁷ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 22.

³⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia: teoria de la democracia. Madrid: Trotta, 2011. v. 2. p. 12.

³⁹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 115.

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 104.

inclusive a de oportunidades. A lei surge como instrumento de transformação da Sociedade, não servindo mais apenas para promover ou sancionar. O fim a que pretende seria a reestruturação das próprias relações sociais.⁴¹

1.1.3. O Estado no “Tempo XXI”⁴²

Para além da expressão “Estado Democrático de Direito”, de ampla utilização, cumpre mencionar outras designações utilizadas para se referir ao atual ponto evolutivo da Teoria do Estado e do Constitucionalismo.

Tiago Fensterseifer convencionou chamar de Estado Socioambiental de Direito este “novo” estado, resultado do processo de afastamento do individualismo e do patrimonialismo característicos do Estado Liberal, e consequentemente voltado ao valor da Solidariedade, equiparando no rol de novos valores a serem protegidos e promovidos a questão da proteção ambiental à promoção de efetiva igualdade:

A fim de reparar o débito social do projeto burguês do Estado Liberal e agregar a dimensão coletiva da condição humana alçada pelo Estado Social, projeta-se, hoje, no horizonte jurídico da comunidade estatal o modelo de Estado Socioambiental, que, conjugando as conquistas positivas (em termos de tutela da dignidade humana) dos modelos de Estado de Direito que o antecederam, possa incorporar a tutela dos novos direitos transindividuais e, num paradigma de solidariedade humana (nas dimensões nacional, supranacional e mesmo intergeracional), projetar a comunidade humana num patamar mais evoluído de efetivação de direitos fundamentais (especialmente dos novos direitos de terceira dimensão) e de concretização de uma vida humana digna e saudável a todos os seus membros.

E arremata:

O ideário da Revolução Francesa - liberdade, igualdade (material) e fraternidade (ou solidariedade) -, adaptado a uma leitura

⁴¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 101.

⁴² A expressão - O Estado no “Tempo XXI” - é utilizada pelo Professor Cesar Pasold para se referir à ao tempo que inicia no ano de 2015 e vai até o ano de 2099, ou seja, até a finalização do século XXI. Conforme: PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. 4. ed. rev. e ampl. Itajaí: Univali, 2013. Disponível em: <<https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202013%20FUN%C3%87%C3%83O%20SOCIAL%20%20DO%20ESTADO%20CONTEMPOR%C3%82NEO.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

contemporânea substancial e constitucional, ainda serve de bandeira a ser erguida e proclamada nos dias atuais;⁴³

Carlos Ayres Britto, por seu turno, utiliza a expressão “Constitucionalismo Fraternal” para designar “esta fase em que as Constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão da Fraternidade”. Menciona os direitos de terceira dimensão e a necessidade de se “fazer da interação humana uma verdadeira comunidade”, “uma comunhão de vida”. Nas palavras do autor:

Se a vida em sociedade é uma vida plural, pois o fato é que ninguém é cópia fiel de ninguém, então que esse pluralismo do mais largo espectro seja plenamente aceito. Mais até que plenamente aceito, que ele seja cabalmente experimentado e proclamado como valor absoluto.⁴⁴

Cezar Luiz Pasold, ao se referir ao Estado contemporâneo⁴⁵, chama a atenção sobre quatro temas que reputa essenciais para recompor a Teoria do Estado e da Constituição para o Tempo XXI: Meio Ambiente, Globalização e Transnacionalidade, Estado e sua Função Social e o Acesso à Justiça. Destaca-se, em relação à Função Social do Estado, suas provocações em relação à necessidade de afastamento do paternalismo estatal e a promoção da participação da comunidade, bem como a idéia de compromisso com o bem comum no Estado Contemporâneo.

Dos autores mencionados o que se verifica é que a Solidariedade (ou fraternidade⁴⁶) se revela como verdadeiro elemento de amálgama entre os valores

⁴³ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**: dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 97.

⁴⁴ BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 216-217.

⁴⁵ O autor utiliza a expressão “Estado Contemporâneo” (com a letra c maiúscula) para se referir ao Estado que sucede ao Estado Moderno, e a expressão “Estado contemporâneo” (com a letra c minúscula) para se referir ao Estado deste Século XXI, técnica que também utilizaremos.

⁴⁶ Cumpre esclarecer que os conceitos de Solidariedade e de Fraternidade tem sido constantemente utilizados de forma indistinta, como se sinônimos fossem. Há, contudo, importante distinção entre ambos os princípios, os quais não são excludentes, mas complementares entre si. Adota-se a lição de Silva e Brandão, nesse ponto, para quem, enquanto a Solidariedade pressuporia uma relação vertical entre os envolvidos, a Fraternidade refletiria uma relação horizontal: “A solidariedade como princípio pode ser representada pela linha vertical e essa posição de verticalidade pressupõe uma Sociedade de classes em que as ações individuais e/ou coletivas, políticas e /ou sociais resultam de uma condição de sujeição entre pessoas humanas. Enquanto que a Fraternidade implicaria horizontalidade das relações, quaisquer que sejam, na qual a condição não implica sujeição, mas consideração à pessoa humana. [...] É justamente na ação que se percebe a mais relevante distinção entre solidariedade e fraternidade: a Fraternidade

do Estado Liberal - Liberdade, e do Estado Social - Igualdade, na medida em que se percebe que não haverá liberdade ou igualdade dentro de determinada Sociedade sem que haja uma “dinâmica de reciprocidade” entre as pessoas humanas.

A Solidariedade, que “renasce” como princípio nas Constituições dos Estados nacionais promulgadas no período pós-segunda guerra mundial, constituídas sob o marco fundamental da dignidade humana, inclusive a brasileira⁴⁷, na qual ostenta a condição de objetivo fundamental da república, revela-se como princípio e valor constitucional de nossa Sociedade.⁴⁸

A questão que se impõe, nesse momento, portanto, se prende necessariamente à investigação sobre qual seria a Função Social do Estado Contemporâneo, e de que maneira o resgate do princípio da Solidariedade toma parte do processo. É da leitura de Pasold que se extrai o Conceito Operacional da Função Social do Estado, o qual se adequa perfeitamente à reflexão que tentamos desenvolver, qual seja: “A FUNÇÃO SOCIAL que proponho deva ter e exercer o Estado, atualmente, tem uma destinação evidente: - realizar a Justiça, e sobretudo a Justiça Social.”⁴⁹

estabelece uma dinâmica de reciprocidade na ação entre pessoas humanas. O pertencimento à espécie Humana é o primeiro vínculo que se estabelece entre pessoas humanas, motivo que faz (e deve fazer) gerar a ação recíproca. E, é através desse primeiro vínculo comum que as pessoas humanas se reconhecem iguais nas suas diferenças, na organização da convivência Política e da vida em Sociedade, fazendo nascer a responsabilidade de uns para com os outros, independentemente de identidades e pertencimentos à classes ou nacionalidades.” SILVA, Ildete Regina Vale da; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Constituição e fraternidade**: o valor normativo do preâmbulo da constituição. Curitiba: Juruá. 2015. p. 110.

⁴⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Portal da Legislação**, Brasília, jun. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017. Art. 3º, I.

⁴⁸ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**: dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 113.

⁴⁹ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. 4. ed. rev. e ampl. Itajaí: Univali, 2013. Disponível em: <<https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202013%20FUN%C3%87%C3%83O%20SOCIAL%20%20DO%20ESTADO%20CONTEMPOR%C3%82NEO.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2018. p. 53.

Seria, portanto, a promoção da Justiça⁵⁰, sobretudo a social, a função primordial do Estado? Parece-nos que sim. A dificuldade à sua realização, todavia, talvez esteja na própria concepção de Estado. Insistimos, nesse momento, na afirmativa de que o Estado precisa ser compreendido como instrumento de toda a Sociedade, e não como mero patrocinador de interesses individuais⁵¹.

Cumprе destacar, aqui, que não se desconhece a opinião de Comparato, para quem o capitalismo teria um caráter naturalmente contrário à promoção dos direitos de natureza econômica, social e cultural, opinião da qual não comungamos, todavia:

Um Estado fraco, permanentemente submetido às injunções do capital privado, no plano nacional ou internacional, é incapaz de atender à exigência do estabelecimento de condições sociais de uma vida digna para todos. Nunca como hoje percebeu-se, tão nitidamente, o caráter anticapitalista dos direitos humanos de natureza econômica, social e cultural.⁵²

Ao contrário do que afirma o autor, não cremos ser o capitalismo a raiz de todos os males. Todavia, é impossível não reconhecer que, de uma Sociedade consumista e esteticista, que a tudo precifica, não se poderia esperar nada mais do que um Governo cuja administração esteja mais voltada ao aumento da arrecadação e à redução de gastos do que à promoção de Justiça Social. Nada obstante, o que se verifica, na prática, é que a realidade contemporânea demanda não só a

⁵⁰ Bem observada a distinção entre justiça comutativa, justiça distributiva e justiça social, feita por Pasold com base na lição de Alceu de Amoroso Lima, nos seguintes termos: “Parece-me, porém, desde um ponto de vista didático, que Alceu de Amoroso LIMA conseguiu formular de modo muito objetivo um raciocínio/proposta que permite uma concepção político-jurídico-sociológica para Justiça Social, além de diferenciá-la de outros dois tipos. Assim: “A justiça comutativa é a mais elementar das formas de justiça. Ao dar, temos o direito de receber algo de equivalente. Na justiça distributiva, temos o dever de contribuir para a coletividade, sem qualquer exigência de retribuição respectiva. Na Justiça Social, é a coletividade que tem o dever de contribuir para que cada pessoa humana receba na base das suas necessidades essenciais”. Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. 4. ed. rev. e ampl. Itajaí: Univali, 2013. Disponível em: <<https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202013%20FUN%C3%87%C3%83O%20SOCIAL%20%20DO%20ESTADO%20CONTEMPOR%C3%82NEO.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2018. p. 54.

⁵¹ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. 4. ed. rev. e ampl. Itajaí: Univali, 2013. Disponível em: <<https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202013%20FUN%C3%87%C3%83O%20SOCIAL%20%20DO%20ESTADO%20CONTEMPOR%C3%82NEO.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2018. p. 17.

⁵² COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 572.

eficiência administrativa, mas também a participação do homem na criação de seu próprio destino.⁵³

O raciocínio que aqui se defende, embora simplista, parece inatacável: o Estado, enquanto criatura da própria Sociedade, nada mais é do que reflexo dos anseios das pessoas que o compõem. No seio de uma Sociedade acometida daquilo que se convencionou chamar de “individualismo patogênico”, dificilmente surgirá um Estado apto à atenção de sua Função Social, na medida em que o Estado nada mais é do que o resultado dos estímulos dados pelas pessoas que compõem a própria Sociedade.⁵⁴ Sirvo-me novamente da lição do Professor Pasold para delimitar exatamente a Função Social do Estado Contemporâneo:

De maneira concreta proponho que:

O Estado Contemporâneo tenha e exerça uma Função Social - a qual implica ações que – por dever para com a Sociedade – o Estado tem a obrigação de executar, respeitando, valorizando e envolvendo o seu SUJEITO, atendendo o seu OBJETO e realizando os seus OBJETIVOS, sempre com a prevalência do social e privilegiando os Valores fundamentais do Ser Humano.

É necessário e conveniente reafirmar que as peculiaridades das diversas realidades sociais devem definir os conteúdos do Sujeito, do Objeto e dos Objetivos de cada Estado.

Para tanto, ressalto quatro pontos importantes desta minha proposta:

a) a Função Social – em abstrato – para o Estado Contemporâneo, conforme exposto, diz respeito a uma fórmula doutrinária que conecta a condição instrumental do Estado com o compromisso com o Bem Comum ou Interesse Coletivo, e, principalmente, com a dignidade do Ser Humano;

b) em concreto, a Função Social haverá de consolidar-se conforme cada Sociedade e seu Estado, de acordo com a realidade, e através de ações que cumpram a sua destinação;

c) a Função Social do Estado Contemporâneo não é concebida como uma dívida dele mesmo; antes, constitui-se numa dinâmica que supõe e requer a cooperação social, a mobilização solidária dos componentes da Sociedade considerada, sustentando, verificando e participando do dever de agir e do agir do próprio Estado;

⁵³ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. 4. ed. rev. e ampl. Itajaí: Univali, 2013. Disponível em: <<https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202013%20FUN%C3%87%C3%83O%20SOCIAL%20%20DO%20ESTADO%20CONTEMPOR%C3%82NEO.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2018. p. 50.

⁵⁴ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. 4. ed. rev. e ampl. Itajaí: Univali, 2013. Disponível em: <<https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202013%20FUN%C3%87%C3%83O%20SOCIAL%20%20DO%20ESTADO%20CONTEMPOR%C3%82NEO.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2018. p. 26.

d) a Função Social pressupõe uma conveniente administração da oposição entre a “atividade livre” e a “atividade regulada” na Sociedade e, entre a “atividade Autoritária e a “atividade social” no Estado.⁵⁵

Da breve contextualização acima oferecida, portanto, e encaminhando para o término desse ponto a fim de dar continuidade à presente dissertação, parece-nos seguro afirmar que o “Estado Social à desejar”, independentemente de concepções políticas, é o Estado que promove a justiça, sobretudo a social, mediante estratégias voltadas à redução das desigualdades sociais, sem dispensar, contudo, a mobilização solidária dos membros da própria comunidade. É a partir dessa primeira afirmação que se constrói a crítica que segue.

1.2 A SUSTENTABILIDADE E SUAS DIMENSÕES

Sedimentado o ponto evolutivo no qual nos encontramos no que tange ao aprofundamento das relações sociais, é necessário apresentar uma breve exposição em relação ao conceito de Sustentabilidade e suas dimensões, uma vez que esse servirá de paradigma para a crítica que se pretende fazer a seguir, em relação ao atual modelo de implementação de Direitos Sociais no Estado Contemporâneo.

Para tanto, recorre-se à lição de Juarez Freitas, que conceitua Sustentabilidade da seguinte maneira:

Trata-se de princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.⁵⁶

Futuro. Talvez seja essa a palavra chave para alcançar a compreensão do conceito de Sustentabilidade. Ela se prende necessariamente à noção de que

⁵⁵ PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. 4. ed. rev. e ampl. Itajaí: Univali, 2013. Disponível em: <<https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202013%20FUN%C3%87%C3%83O%20SOCIAL%20%20DO%20ESTADO%20CONTEMPOR%C3%82NEO.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2018. p. 52.

⁵⁶ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 41.

nossas ações e omissões não produzem efeitos apenas imediatos, mas também os projetam para o futuro. Sejam esses efeitos perceptíveis daqui a um ano ou apenas pelas próximas gerações, há que se viver o dia de hoje com olhos voltados para o amanhã.

Mais ainda: o próprio sistema constitucional precisa ser sustentável, de modo que a satisfação das necessidades dos beneficiários de hoje não pode afetar ou inviabilizar a prestação de benefícios amanhã. De fato, o beneficiário, em razão da longevidade, pode ser o mesmo que, atirando-se ao gozo do imediato, compromete os benefícios de longo prazo.⁵⁷ Vale lembrar que o impacto de nossas ações, ao passo que irrelevante para aqueles que já morreram, é de suma importância para aqueles que ainda não nasceram. Daí a importância de avaliar a Sustentabilidade de nossas decisões.⁵⁸

A Sustentabilidade deve ser considerada como novo paradigma do direito, na medida em que não há atuação humana que não possa ser avaliada sob sua perspectiva. Para Paulo Cruz e Zenildo Bodnar:

A sustentabilidade é uma categoria em pleno desenvolvimento e que necessita de mais juridicidade, pois deverá se consolidar como novo paradigma do direito. Trata-se do princípio reitor do qual emergem todos os demais relacionados com a tutela do meio ambiente. Serve como referente hermenêutico indispensável, por contemplar a necessária relação entre as diversas dimensões que interagem no caso concreto: ecológica, econômica, social e tecnológica.⁵⁹

Ser sustentável, enfim, é evitar o peso desmedido dado ao gozo imediato, em detrimento do porvir. Não se ignora a importância de se garantir as prestações necessárias à garantia da vida digna da geração presente. O que se pretende chamar a atenção, todavia, é que o universo a ser considerado não abrange apenas as necessidades de hoje, mas também as necessidades de amanhã.⁶⁰ Como bem observa Veiga, a Sustentabilidade da Sociedade pode exigir inclusive, de tempos em

⁵⁷ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 125.

⁵⁸ CASTELLANO, Rodrigo Roth. **Utilitarismo e justiça sustentável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 81.

⁵⁹ BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. O acesso à justiça e as dimensões materiais da efetividade da jurisdição ambiental. In: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes (Orgs.). **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2013. p. 226.

⁶⁰ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 34.

tempos, “choques de destruição criativa”, já que o que está em jogo é a resiliência de um sistema como um todo, e não apenas a “durabilidade específica de indivíduos, grupos ou mesmo espécies”.⁶¹

No que tange às suas dimensões, pode-se dizer ser a ambiental, voltada à proteção do Meio Ambiente, sua dimensão por excelência, visto que, mesmo as demais, em última análise, são perspectivas diferentes para uma mesma finalidade: a preservação da vida. De fato, a concepção da idéia de Sustentabilidade está intimamente ligada ao Direito Ambiental. Por todos, cite-se como marco histórico o documento “Nosso Futuro Comum”, também chamado Relatório *Brundtland*, da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1987, por ter sedimentado o clássico conceito operacional para a categoria Desenvolvimento Sustentável⁶², como “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade das gerações futuras atenderem suas próprias necessidades”.⁶³

A dimensão ambiental do princípio da Sustentabilidade, portanto, se prende à noção de que não pode haver qualidade de vida e longevidade digna em ambiente ecologicamente degradado, sem descuidar que, levada às últimas consequências, a degradação ambiental poderá representar o fim da nossa própria espécie.⁶⁴

Vênia pela insistência, mas a Sustentabilidade não se exaure no Direito Ambiental ou no conceito de Desenvolvimento Sustentável. Como mencionado anteriormente, projeta seus efeitos sobre outras dimensões da existência humana, as quais, de fato, não deixam de ser também relevantes para o presente trabalho.

⁶¹ VEIGA, José Eli da. **Sustentabilidade**: a legitimação de um novo valor. São Paulo: Senac, 2010. p. 21.

⁶² “In essence, sustainable development is a process of change in which the exploitation of resources, the direction of investments, the orientation of technological development; and institutional change are all in harmony and enhance both current and future potential to meet human needs and aspirations.” UNITED NATIONS. Report of the World Commission on Environment and Development: our common future. **UN Documents**: Gathering a Body of Global Agreements, 2017. Disponível em <<http://www.un-documents.net/wced-ocf.htm>>. Acesso em: 20 jul.2017.

⁶³ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**: dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 116.

⁶⁴ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 65.

Considerar-se-á, destacadamente, suas dimensões básicas: a social e a econômica, além de breves comentários sobre a dimensão ética. Não se desconhece a existência de outras perspectivas e dimensões da Sustentabilidade como a tecnológica, a cultural, a política e a jurídica. Na presente pesquisa, contudo, optou-se por trabalhar apenas com essas três, por guardarem relação mais direta com o tema em estudo.

1.2.1. Sustentabilidade Social

A Sustentabilidade, enquanto capacidade de permanecer indefinidamente no tempo, supõe, além da preservação da natureza, também o alcance de níveis de Justiça Social e econômica que a dignidade humana exige.⁶⁵ A dimensão social da sustentabilidade, portanto, está ligada à percepção de que uma Sociedade só será sustentável se houver proteção às garantias mais básicas de cada indivíduo. Vale dizer: não será sustentável uma Sociedade comprometida a não destruir o ambiente no qual está inserida, mas que se destrói internamente por não assegurar a dignidade humana.⁶⁶

Para Freitas, “na dimensão social da sustentabilidade abrigam-se os direitos fundamentais sociais” , que requerem os correspondentes programas relacionados à universalização, com eficiência e eficácia, sob pena de o modelo de governança (pública e privada) ser autofágico e, numa palavra, insustentável.⁶⁷ É da dimensão social da Sustentabilidade que se extrai, por exemplo, a legitimidade para adoção de determinadas políticas públicas da saúde, sempre que seus benefícios globais superam seus efeitos negativos (relação custo x benefício), de modo que haja uma redistribuição posterior dos benefícios por toda a população a promover um aumento da equidade, de tal forma que os cidadãos afetados negativamente na

⁶⁵ REAL FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del derecho. **Academia**, 2018. Disponível em: <https://www.academia.edu/10086250/Sostenibilidad_Transnacionalidad_y_transformaciones_del_Derecho> Acesso em: 1º fev. 2018.

⁶⁶ DIAS, Bruno de Macedo. **A constitucionalidade de filtros ao acesso à justiça como mecanismos para assegurar o funcionamento sustentável do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 131.

⁶⁷ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 59.

primeira fase da mudança possam alcançar uma situação em que nenhum deles estará pior do que antes da implementação de dita política.⁶⁸

Para Gabriel Ferrer, por seu turno, o espectro da sustentabilidade social é tão amplo como a atividade humana:

El espectro de la sostenibilidad social es tan amplio como la actividad humana pues de lo que se trata es de construir una sociedad más armónica e integrada, por lo que nada humano escapa a ese objetivo. Desde la protección de la diversidad cultural a la garantía real del ejercicio de los derechos humanos, pasando por acabar con cualquier tipo de discriminación o el acceso a la educación, todo cae bajo esta rúbrica.⁶⁹

De fato, é diante deste cenário que Fensterseifer propõe o já mencionado Estado Socioambiental de Direito, com enfoque na Dignidade da Pessoa Humana, “tomada como o principal *fundamento da comunidade estatal*,” cuja força normativa projeta direitos de natureza tanto defensiva quanto prestacional, a exemplo da garantia do mínimo existencial.⁷⁰

Por outro lado, a dimensão social da sustentabilidade também está ligada à percepção, por vezes até cruel, da pobreza como fator de poluição ambiental.⁷¹ “A pobreza e a miséria geralmente andam acompanhadas pela degradação ambiental,

⁶⁸ Livre tradução do autor. No original: “Así, por ejemplo, la sostenibilidad social implica que es legítimo llevar a cabo cambios en la política sanitaria si los beneficios globales superan a los efectos negativos –relación coste/beneficio–, siempre y cuando haya una redistribución posterior de los beneficios entre toda la población que aumente la equidad, de tal forma que todos los ciudadanos afectados negativamente por la primera fase del cambio puedan alcanzar una situación en la que ninguno de ellos estará peor que antes de comenzar dicho cambio”. GARCÉS FERRER, Jorge; RODENÁS RIGLA, Francisco José. La teoría de la sostenibilidad social: aplicación en el ámbito de cuidados de larga duración. **Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar**, n. 1, 2012. Disponível em: <<https://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/35212/1/151131-581051-1-PBTEORIA.pdf>>. Acesso em: 1º fev. 2017. p. 51.

⁶⁹ REAL FERRER, Gabriel. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía: ¿construimos juntos el futuro? **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, n. 3, p. 310-326, set.-dez. 2012. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202>>. Acesso em: 17 ago. 2017. p. 319, 321-322.

⁷⁰ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**: dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 32-33. Itálico no original.

⁷¹ Há uma certa ambivalência nessa percepção dos seres humanos tanto integrados como separados da natureza. Jamieson traz interessante comentário: “sob pressão, os ambientalistas concordarão que o Harlem é tão parte do meio ambiente quando o Parque Nacional Kakadu, na Austrália, mas é evidente que proteger o Harlem não é o que as pessoas em geral pensam quando se fala em proteger o meio ambiente”. JAMIESON, Dale. **Ética & meio ambiente**: uma introdução. São Paulo: Senac São Paulo, 2010. p. 21.

tornando aqueles cidadãos mais prejudicados pela falta de acesso aos seus Direitos Sociais básicos também os mais violados no que tange aos seus direitos ambientais”⁷². Por esse motivo, também as demandas sociais devem ser pautadas como inerentes à questão da Sustentabilidade, dentro de uma perspectiva de interdependência de todas as dimensões de direitos fundamentais, sejam eles liberais, sociais ou ecológicos.⁷³

Não se desconhece que a preocupação dos autores citados na presente dissertação com a pobreza e a miséria está voltada à garantia das condições mínimas de existência por apreço ao princípio da dignidade da pessoa humana. Seria ingênuo ignorar, todavia, a existência daqueles que, destituídos de quaisquer razões éticas, só dão a devida atenção aos problemas sociais em razão dos efeitos projetados sobre suas egoísticas existências. Há, nesse caso, uma inversão de valores: a pobreza alheia em si não é objeto de preocupação até que os efeitos ambientais dessa pobreza os atinjam. Por mais lamentável que tal constatação possa ser, entretanto, ela reforça, na nossa opinião, a noção de prevalência da Sustentabilidade sobre quaisquer outras discussões, sendo certo que ignorá-la não é uma opção.

1.2.2. Sustentabilidade Econômica

Umbilicalmente ligada à dimensão social da Sustentabilidade, temos sua dimensão econômica, que encerra conceitos afetos à condição financeira e orçamentária do Estado. De fato, ainda que a noção de Sustentabilidade se projete

⁷² FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**: dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 75-76.

⁷³ Em contrapartida, atribuindo a maior parcela de responsabilidade pela poluição aos países mais desenvolvidos, de se destacar que alguns anos atrás foi atribuído a Lawrence Summers, economista do Fundo Monetário Internacional (FMI), um memorando publicado na revista inglesa *The Economist*, o qual defendia, em síntese, que o problema com a poluição nos países em desenvolvimento é que ela não seria “abundante o suficiente, e que uma distribuição otimizada da poluição iria aumentá-la nos lugares onde os custos fossem baixos e a diminuiria nos locais mais ricos do mundo em desenvolvimento”. JAMIESON, Dale. **Ética & meio ambiente**: uma introdução. São Paulo: Senac São Paulo, 2010. p. 44.

sobre todas as áreas do conhecimento, não se pode negar que as raízes da discussão estão na ecologia e na economia.⁷⁴

Muito embora não se confunda com o de Sustentabilidade, muito mais amplo e multifacetado, certo é que o conceito de desenvolvimento sustentável identifica sua dimensão econômica, na medida em que reconhece o desenvolvimento da economia como maneira de melhorar a qualidade de vida das pessoas, sem, contudo, descuidar do fato de que os recursos naturais são finitos, e devem ser poupados em respeito às gerações futuras.

Como já referido anteriormente, O “Desenvolvimento Sustentável” pode ser definido como “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade das gerações futuras atenderem suas próprias necessidades”. De acordo com Fensterseifer:

O conceito de “desenvolvimento sustentável” vai mais além de uma mera harmonização entre a economia e a ecologia, incluindo valores morais relacionados à solidariedade, o que contempla uma nova ordem de valores que devem conduzir a ordem econômica rumo a uma produção social e ambientalmente compatível com a dignidade de todos os integrantes do tecido social. O desenvolvimento econômico deve estar vinculado à idéia de uma melhoria substancial e qualitativa (e não apenas quantitativa em termos de crescimento econômico) da qualidade de vida.⁷⁵

A Dimensão Econômica da sustentabilidade diz respeito, portanto, à ponderação de custo x benefício de todo e qualquer empreendimento, de maneira responsável, com a finalidade de verificar se os benefícios alcançados justificam os custos, sejam eles diretos ou indiretos, a longo prazo.⁷⁶Na própria leitura do artigo 170 da Constituição Brasileira vigente se pode verificar a presença do conceito aqui estudado:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência

⁷⁴ VEIGA, José Eli da. **Sustentabilidade**: a legitimação de um novo valor. São Paulo: Senac, 2010. p. 17.

⁷⁵ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**: dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 103.

⁷⁶ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 65.

digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;⁷⁷

Fensterseifer traz interessante correlação do princípio do desenvolvimento sustentável expresso no artigo supracitado com sua teoria do Estado Socioambiental de Direito:

O Estado Socioambiental de Direito, longe de ser um Estado “Mínimo”, é um Estado regulador da atividade econômica, capaz de dirigi-la e ajustá-la aos valores e princípios constitucionais, objetivando o desenvolvimento econômico e social de forma ambientalmente sustentável. O princípio do desenvolvimento sustentável expresso no art. 170 (inciso VI) da Constituição Federal, confrontado com o direito de propriedade privada e a livre iniciativa (caput e inciso II do art. 170), também se presta a desmistificar a perspectiva de um capitalismo liberal-individualista em favor da sua leitura à luz dos valores e princípios constitucionais socioambientais. Com relação à pedra estruturante do sistema capitalista, ou seja, a propriedade privada, os interesses do seu titular devem ajustar-se aos interesses da sociedade e do Estado na determinação do exercício do seu direito, na esteira das suas funções social e ecológica.

E, prossegue, destacando:

A ordem econômica constitucionalizada no art. 170 da Carta da República, com base também nos demais fundamentos constitucionais que lhe constituem e informam, expressa um capitalismo socioambiental, capaz de compatibilizar a livre iniciativa, a autonomia privada e a propriedade privada com a proteção ambiental e a justiça ambiental (e também social), tendo como o seu norte normativo “nada menos” do que a realização de uma vida humana digna e saudável (e, portanto, com qualidade ambiental) a todos os membros da comunidade estatal.⁷⁸

Oportuna, aqui, a distinção feita por GRAU entre desenvolvimento e crescimento econômico:

⁷⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Portal da Legislação**, Brasília, jun. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

⁷⁸ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**: dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 101.

Importa, incisivamente considerar que, como anotei em outra oportunidade, “a idéia de desenvolvimento supõe dinâmicas mutações e importa em que se esteja a realizar, na sociedade por ela abrangida, um processo de mobilidade social contínuo e intermitente. O processo de desenvolvimento deve levar a um salto, de uma estrutura social para outra, acompanhado da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário. Daí porque, importando a consumação de mudanças de ordem não apenas quantitativa, mas também qualitativa, não pode o desenvolvimento ser confundido com a ideia de crescimento. Este, meramente quantitativo, compreende uma parcela da noção de desenvolvimento.”^{79 80}

Jamieson, por seu turno, não destoa ao afirmar que a medida para o desenvolvimento de uma Sociedade é a “maneira como ela aproveita os benefícios de seu desempenho econômico para expandir e distribuir oportunidades de acesso a bens como liberdades cívicas, saúde, educação, emprego decente, etc.”⁸¹

Ora, ao identificar a ideia de desenvolvimento com o processo de mobilidade social, por meio da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário, pode-se exarar pertinente comentário em relação às dimensões social e econômica da Sustentabilidade. De fato, apesar de não tratar expressamente a questão da preservação dos recursos naturais, ao mencionar que só há desenvolvimento aliado à melhora na qualidade de vida das pessoas, e sendo essa uma das facetas da sustentabilidade, o autor deixa claro que só há desenvolvimento se for sustentável.

1.2.3. Sustentabilidade Ética

Se questionadas, a maioria das pessoas responderia que se importam com as futuras gerações, da mesma forma que ninguém, em sã consciência, se

⁷⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 18. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 211.

⁸⁰ Para Jamieson, “a priorização do crescimento econômico sobre outros valores deve, no final, residir em sua suposta relação espacial com a felicidade humana. Ainda assim, é surpreendentemente difícil sustentar essa tese. É cada vez mais claro que a riqueza não é um bom indicador de felicidade, tanto para países quanto para indivíduos. Há evidências de que a riqueza, quando ultrapassa um nível básico, não faz as pessoas felizes. O que faz as pessoas felizes é o amor, o companheirismo e engajar-se em atividades significativas.” JAMIESON, Dale. **Ética & meio ambiente: uma introdução**. São Paulo: Senac São Paulo, 2010. p. 307.

⁸¹ VEIGA, José Eli da. **Sustentabilidade: a legitimação de um novo valor**. São Paulo: Senac, 2010. p. 50.

declararia a favor da corrupção ou contra a erradicação da pobreza, por exemplo. Nada obstante, essa consideração clama por atitudes concretas de preocupação e cuidado com o futuro, e não apenas o discurso vazio.

Para além das dimensões anteriores, a Dimensão Ética da Sustentabilidade se prende à compreensão da Solidariedade como um “dever universalizável a toda espécie humana”, a ser praticado mediante expansão de liberdades e dignidades a todas as pessoas. Não basta, portanto, a postura meramente omissiva de não prejudicar o equilíbrio da natureza, sendo dever inerente à condição humana a adoção de condutas voltadas à promoção do bem-estar social.⁸² Dois são os principais desafios à essa universalização da Solidariedade, a nosso sentir.

O primeiro diz respeito à dificuldade de cultivar referida noção no arenoso terreno de uma Sociedade individualista e orientada pela lógica mercantil, facilmente verificável nas diferenças das abordagens ecológicas entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento: enquanto aproximadamente um sexto do mundo tem estilo de vida altamente consumista, cerca de duas vezes mais pessoas enfrentam dificuldades em fazer frente a necessidades nutricionais básicas⁸³.

Eduardo Carlos Bittar define com propriedade o mal da Sociedade contemporânea, qual seja, o **individualismo patogênico**, como causa do enfraquecimento das relações sociais e do consequente abandono do valor da Solidariedade. Leia-se:

São os imperativos sistêmicos da economia mercantil que definem uma condição tal de socialização que os indivíduos se mostram absolutamente encubados pela reificação dos laços sociais, fator que degenera a interação social, na medida em que danifica a própria razão em funcionamento.

[...]

Por isso, pode-se afirmar que, para sociedades do capitalismo tardio, o individualismo patogênico é a grande marca de um tempo. Não por outro motivo, a perda da percepção da totalidade contida na alteridade faz dos laços entre os indivíduos relações frágeis e perpassadas pelos interesses imediatos, e não por laços de

⁸² FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 60-61.

⁸³ JAMIESON, Dale. **Ética & meio ambiente: uma introdução**. São Paulo: Senac São Paulo, 2010. p. 292.

solidariedade. Mas será que a radicalização da democracia sobrevive sem laços solidários?⁸⁴

Chamam atenção os efeitos que esse individualismo exacerbado exerce mesmo sobre a instituição familiar, a qual, a despeito de ser o núcleo social mínimo, sempre teve nos laços afetivos sua característica mais marcante.⁸⁵ A patogenia do individualismo afeta aquela que deveria ser a relação mais óbvia de doação ao próximo: a criação dos filhos. Guardadas as devidas proporções, é justamente essa a observação que se pretende fazer: o mesmo indivíduo egocêntrico que negligencia seu papel dentro da família e “terceiriza” a educação dos próprios filhos para ter mais tempo para se dedicar aos seus projetos pessoais é o indivíduo que, no meio social em que se encontra inserido, crê ser exclusivamente do Estado a responsabilidade pela construção da Sociedade. A reflexão que se faz sobre o processo de amesquinamento da Sociedade como um todo não diverge das observações feitas pelo Professor Bittar em relação ao núcleo social mínimo, qual seja, a família, para quem “a marca da modernidade é o crescente processo de privatização das funções da família, na medida em que ela vai vivenciando a desocupação do público de seu interior e deixando para a vida pública um número maior de atividades”.⁸⁶

O segundo desafio à universalização da Solidariedade, por seu turno, parece-nos ser decorrência do primeiro, e diz respeito à assimetria de nossas relações com as pessoas que integram as gerações futuras: ao passo que o presente possui grande influência sobre o futuro, o futuro não tem poder algum sobre o presente. Sendo a reciprocidade central a nossa consciência e motivação

⁸⁴ BITTAR, Eduardo C. B. **Democracia, justiça e direitos humanos**: estudos de teoria crítica e filosofia do direito. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 213.

⁸⁵ Com a crescente individualização da vida contemporânea, o lar perde um tanto de sua significação. Com isso, os pais, indivíduos sobrecarregados por jornadas de trabalho informalizadas e tornadas flexíveis, mas que ocupam mais tempo que a jornada de trabalho regulamentada, e superocupados com questões ligadas à afirmação de sua própria egocentria, descarregam sobre instituições sociais algumas tarefas antes consideradas privadas. Nesse sentido, há uma publicização da relação de formação do indivíduo, no sentido de uma delegação de responsabilidade à escola-total, à escola em cujo contrato devem estar embutidas as responsabilidades por alimentar, suprir afetivamente, moldar o caráter, preparar para o vestibular, domesticar a fúria infantil, curar os desvios psíquicos etc. BITTAR, Eduardo C. B. **Democracia, justiça e direitos humanos**: estudos de teoria crítica e filosofia do direito. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 88.

⁸⁶ BITTAR, Eduardo C. B. **Democracia, justiça e direitos humanos**: estudos de teoria crítica e filosofia do direito. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 81.

moral “a assimetria de nossos relacionamentos com aqueles que vão viver no futuro a torna impossível.”⁸⁷ A dimensão ética da sustentabilidade, como se vê, tem um quê de altruísmo, na medida em que clama por um comportamento que não oferece recompensa imediata.

Ademais disso, insta mencionar que, quando contraposta à dimensão social, a dimensão ética, dada sua complexidade, encerra conflitos éticos altamente relevantes. Jamieson cita como exemplo as observações de Garret Hardin para criticar a concessão de benefícios sem a imposição de responsabilidades, classificando-a como generosidade excessiva com os recursos da posteridade, e alertando que “uma preocupação com a Justiça para os pobres da atualidade” pode ter “o efeito de destruir o meio ambiente e enganar as gerações futuras”:

De acordo com Hardin, ajudar com alimentos aqueles que têm fome mostra a mesma lógica falha da dos bens comuns sem regulação. Concede benefícios a indivíduos sem impor responsabilidades. O resultado é que uma população que recebe ajuda alimentar vai durar até a próxima crise, quando mais uma vez irá requerer auxílio de alimentos. Esse ciclo irá continuar até que a ajuda não possa ou não seja mais fornecida. Nesse ponto, a população morre de fome. O número de pessoas que irá morrer é calculado em função da quantidade de alimentos fornecidos como ajuda. Mais ajuda significa que mais pessoas serão trazidas à existência e que no final morrerão de fome. Com efeito, o que Hardin nos oferece é um argumento utilitarista para negar comida àqueles que têm fome.⁸⁸

Como se vê, o cotejo entre suas dimensões encerra uma “antinomia” aparentemente indissolúvel: há que se garantir a preservação dos recursos naturais para as gerações futuras - dimensão ambiental; a pobreza, enquanto fator de poluição, precisa ser combatida - dimensão social; o combate à pobreza, contudo, pode demandar um gasto de recursos irrecuperáveis às futuras gerações, que não podem se manifestar sobre as opções presentes - dimensão ética. Sem qualquer pretensão de oferecer solução ao aparente conflito, sirvo-me dele, contudo, como ponto de partida para a parte final deste capítulo.

⁸⁷ JAMIESON, Dale. **Ética & meio ambiente**: uma introdução. São Paulo: Senac São Paulo, 2010. p. 294.

⁸⁸ JAMIESON, Dale. **Ética & meio ambiente**: uma introdução. São Paulo: Senac São Paulo, 2010. p. 296-298.

1.3 O ESGOTAMENTO DE UM MODELO FALIDO: A FALÁCIA DO CRESCIMENTO ECONÔMICO

1.3.1 Um modelo esgotado

De volta à afirmação que inaugura o presente capítulo, a crítica que aqui se propõe surge da perplexidade provocada ao sermos apresentados com riqueza de detalhes ao conceito de obsolescência programada, bem como ao contexto histórico de seu surgimento.

De fato, o raciocínio chama a atenção por sua ingenuidade: para manter a economia aquecida, é preciso que os consumidores comprem, se não cada vez mais, pelo menos regularmente. Não sendo possível, todavia, estimular o consumo com inovações regulares de desenho, praticidade ou conforto, a solução encontrada foi diminuir artificialmente a vida útil de determinados produtos, forçando, assim, o consumidor a substituí-lo em periodicidade previsível. Para Serge Latouche:

Lafargue ya lo había dicho todo: reducir artificialmente la duración de vida de los productos es una de las condiciones del empleo; luego lo es del bienestar social. Pero Lafargue insinuaba esto de manera irónica y al final no se sabía muy bien cómo se debía entender. Los norteamericanos, en cambio, no tienen ninguna duda. Dado que la economía moderna es estructuralmente dependiente del crecimiento económico para su estabilidad, cuando el crecimiento se tambalea - como lo hizo de manera dramática durante la Gran Depresión -, los políticos se aterrorizan, las empresas luchan por sobrevivir y buscan desesperadamente clientes, mientras que los trabajadores pierden su empleo. Hay que hacerlo todo, pues, para fomentar el consumo: la obsolescencia planificada se convierte en una necesidad para luchar contra el paro.⁸⁹

A solução, ainda que antipática e inaceitável às mentes mais esclarecidas nos dias de hoje, tinha boas intenções: o aquecimento da economia era o caminho para a geração do pleno emprego e, conseqüentemente, para a promoção do Bem-Estar Social. Torna-se necessário mencionar que se trata de contexto histórico completamente diferente do atual, no qual o esgotamento dos recursos naturais estava longe de ser uma realidade palpável.

⁸⁹ LATOUCHE, Serge. **Hecho para tirar**: la irracionalidad de la obsolescencia programada. Barcelona: Octaedro, 2014. p. 76.

Chama atenção, todavia, o fato de que, quase 100 anos depois, o mesmo raciocínio ainda permeia as soluções estatais para a promoção do bem-estar social. “Como é sabido, a democratização das relações sociais significou a abertura de canais que permitiram o crescimento das demandas por parte da Sociedade civil. Fato é que, com o aumento da atividade estatal, cresce, também, a sua burocracia, como instrumento de concretização dos serviços e, verdade seja dita, democracia e burocracia andam em caminhos com sentidos opostos.”⁹⁰

Até o presente momento, o resultado da pesquisa demonstra que o desafio é ainda mais complexo, na medida em que acrescenta, à necessidade de desenvolvimento de uma Sociedade justa e igualitária, a questão da preservação da natureza para as futuras gerações. Parece, aqui, haver uma ignorância deliberada em relação à questão da escassez, cujo enfrentamento, contudo, é inexorável. Nas palavras de Peces-Barba, se a escassez não existisse, não seria necessário o direito, porque a abundância resolveria todos os problemas; se a escassez fosse absoluta, o direito não seria possível, porque não haveria nada para repartir.⁹¹ Nada obstante, as propostas apresentadas seguem passando pela lógica de aumento da oferta de serviços públicos mediante incremento da já sobrecarregada estrutura estatal, condicionada ao aquecimento da economia e ao aumento da arrecadação. Como bem observa Jamieson:

Os custos dos estilos de vida presentes são atualmente empurrados para futuras gerações, para outras nações ou para a natureza. Aqueles que perderiam numa transição para a sustentabilidade são bem organizados e bem representados, enquanto os que se beneficiariam não o são.⁹²

⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 153.

⁹¹ Livre tradução. No original: “*Si la escasez no existiera no sería necesario el Derecho porque la abundancia resolvería los problemas. Si la escasez fuese absoluta el Derecho no sería posible, porque no habría nada que repartir.*” PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Diez lecciones sobre ética, poder y derecho**. Madrid: Dykinson, 2010. p. 22.

⁹² JAMIESON, Dale. **Ética & meio ambiente**: uma introdução. São Paulo: Senac São Paulo, 2010. p. 310.

Não se desconhece a crítica que Streck e Moraes fazem ao neoliberalismo, ao defenderem o fortalecimento do Estado como medida inarredável na implementação da Função Social do Estado⁹³:

É evidente, pois, que, em países como o Brasil, onde o Estado Social não existiu, o agente principal de toda política social deve ser o Estado. As políticas neoliberais, que visam a minimizar o Estado, não apontarão para a realização de tarefas antitéticas a sua natureza. Veja-se o exemplo ocorrido na França, onde, após um avanço dos neoliberais, na década de 1990, a pressão popular exigiu a volta das políticas típicas do Estado Providência.

É este, pois, o dilema: quanto mais necessitamos de políticas públicas, em face da miséria que se avoluma, mais o Estado, único agente que poderia erradicar as desigualdades sociais, se encolhe!⁹⁴

O que se verifica, na prática, contudo, é que, muito embora a referida crítica seja merecida, principalmente quando avaliados os motivos que levaram à busca da superação do Estado Liberal pelo Estado Social, conforme referido anteriormente, o modelo do chamado Estado Providência encontra seu ponto de esgotamento. De fato, para Rafael Nascimento:

é possível dizer que o crescimento populacional, o aumento da expectativa de vida das pessoas e a reivindicação por índices sociais cada vez mais satisfatórios, provocaram um aumento dos custos dos direitos sociais, sem que fossem gerados recursos na mesma escala para suprir as demandas, o que provocou desequilíbrios e deficiências no processo de implementação das prestações destinadas a promover o bem-estar social.⁹⁵

Ora, referido esgotamento era previsível. Os problemas de caixa do chamado *Welfare state* já foram percebidos a partir da década de 1960, com os primeiros sinais de descompasso entre receitas e despesas. O aumento da atividade estatal e a crise econômica mundial implicaram um acréscimo ainda maior de gastos, o que resultou no crescimento do *déficit* público. Para superá-lo, duas

⁹³ Especificamente sobre a categoria Função Social do Estado para o Estado Contemporâneo, vide uma proposta conceitual em: PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. 4. ed. rev. e ampl. Itajaí: Univali, 2013. Disponível em: <<https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202013%20FUN%C3%87%C3%83O%20SOCIAL%20%20DO%20ESTADO%20CONTEMPOR%C3%82NEO.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2018. p. 52.

⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 84.

⁹⁵ NASCIMENTO, Rafael do. **As restrições aos direitos fundamentais no contexto de crise do estado de bem-estar social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 105.

perspectivas sempre foram apontadas: aumento na carga fiscal ou redução de custos via diminuição da ação estatal.⁹⁶

Parece-nos, contudo, que nenhuma das duas soluções é satisfatória. Por razões óbvias, em um Estado como o Brasileiro, em que sequer se verifica historicamente a ocorrência de um Estado de Bem-Estar Social, o incremento da carga tributária somente serviria para aumentar a insatisfação dos contribuintes com o resultado da aplicação do dinheiro de seus impostos. Já a diminuição da atuação estatal, por seu turno, longe de resolver qualquer problema, provocaria o agravamento imediato das desigualdades sociais, dada sua insuficiência já nos patamares atuais.

Eis que surge, então, uma terceira alternativa, à qual nos referimos inicialmente: a crença no dogma de que para que o Estado possa prover, ele precisa, ao mesmo tempo, crescer. Partindo do pressuposto de que com o aquecimento da economia a arrecadação naturalmente cresceria, sendo consequência natural o aumento de recursos para fazer frente às demandas sociais, a vontade estatal se volta, quase que cegamente, às soluções economicistas. Ocorre que, da mesma forma que a “solução” da obsolescência programada esbarra no obstáculo do esgotamento dos recursos naturais para sua manutenção a longo prazo, a proposta de atrelar o aprofundamento da atuação estatal ao crescimento da economia esbarra, a nosso sentir, na dimensão econômica da Sustentabilidade, anteriormente identificada com a noção de Desenvolvimento Sustentável.

1.3.2 A inviabilidade do crescimento infinito

São duas as críticas a serem feitas a esse modelo demagógico, doravante designado como “crescer para prover”: a primeira, de cunho intergeracional, e ligada ao desenvolvimento sustentável; a segunda, de cunho intrageracional, ligada à sustentabilidade financeira de determinada política.

⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 155-156.

Em relação à primeira crítica, como exposto anteriormente, o Desenvolvimento Sustentável é aquele que produz o bem-estar presente sem comprometer a possibilidade de que as gerações futuras encontrem também o seu bem-estar. Tem-se aqui a noção de equidade intergeracional: as presentes gerações não podem deixar para as futuras gerações uma herança de déficits ambientais ou um estoque de recursos e benefícios inferiores aos que receberam das gerações passadas.⁹⁷ De nada serve, portanto, a noção convencional de crescimento pelo crescimento, que tenta se manter à base de uma petição de princípio grosseira: o crescimento econômico seria o caminho, porque o caminho seria o crescimento econômico.⁹⁸ Sobre o chamado “milagre” do crescimento econômico, Pereira da Silva destaca que

[...] o Estado Social “desconhecera em absoluto” a problemática ambiental, por estar imbuído de uma “ideologia otimista” do crescimento econômico, como “milagre” criador do progresso e de qualidade de vida. Somente com a crise do modelo de Estado Social ou de Providência, surgida no final dos anos 60 e cujos sintomas mais agudos se obrigou a uma tomada generalizada de consciência acerca dos limites do crescimento econômico e da esgotabilidade dos recursos naturais.⁹⁹

Quando se tem presente a noção de que os recursos naturais são esgotáveis, é possível perceber que a ausência de comprometimento com a Sustentabilidade multidimensional de uma política pública que se propõe resolver as demandas sociais, leva ao fato de o crescimento da arrecadação servir apenas para o aumento da burocracia estatal.

Alerta FREITAS:

o paradigma da sustentabilidade procede ao contrário e se pauta pela racionalidade dialógica, pluralista e prospectiva, com plasticidade acoplada às exigências de fundamentação e de estabilidade, no processo decisório. Não serve ao simplista crescimento econômico pelo crescimento, pois supõe políticas propiciatórias à universalização do bem-estar e à coesão social, com

⁹⁷ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**: dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 119.

⁹⁸ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 147.

⁹⁹ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**: dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 95.

regulação protetiva contra as disfunções do mercado e, sempre que necessário, com a tempestiva assimilação das lições de fracassos.¹⁰⁰

Insista-se na ponderação quanto a que o obstáculo provocado pelo esgotamento dos recursos naturais é apenas uma das dimensões da Sustentabilidade — qual seja, a ambiental —, e não pode ser encarado como intransponível ao atendimento das demandas sociais. E assim deve ser mormente quando se tem a compreensão de que o enfrentamento dos problemas ambientais e a opção por um desenvolvimento sustentável passa necessariamente pela correção do quadro de desigualdade social e da falta de acesso da população necessitada aos seus Direitos Sociais básicos, os quais, reconhecidamente, também são causas de degradação ambiental.¹⁰¹ Vale dizer: se o enfrentamento da questão social consome os recursos naturais necessários ao financiamento das políticas públicas, também o seu não enfrentamento os consome, sob a forma de degradação ambiental, enquanto efeito deletério da pobreza.

A segunda crítica que se faz, por seu turno, pretende chamar a atenção para outra dimensão da sustentabilidade: a financeira. De fato, enquanto a questão ambiental projeta seus efeitos, na maioria das vezes, sobre as gerações futuras, a questão financeira, de compreensão muito mais simples, projeta seus efeitos quase que imediatamente. É a chamada dimensão econômico-financeira da Sustentabilidade.

A referida dimensão pode ser definida como cláusula de regulação da alocação dos recursos financeiros no tempo, que implicaria em limitações ao aproveitamento destes recursos no presente para assegurar a sua disponibilidade no futuro. Longe de desvirtuar a característica prestacional do Estado de Bem-Estar Social, todavia, o que referida cláusula objetiva assegurar são níveis adequados de recursos públicos para que o acesso às prestações esteja disponível às gerações

¹⁰⁰ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Forum, 2012. p.198.

¹⁰¹ FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 94.

presentes e futuras.¹⁰² É neste obstáculo, anterior à questão ambiental e de compreensão muito mais simples, que enxergamos a inviabilidade do modelo do “crescer para prover”.

A lógica, aqui, também é a da equidade, só que não se fala em recursos naturais, mas sim em recursos financeiros. De fato, da mesma forma que não pode a geração presente, no intuito de alcançar o Bem-Estar Social, consumir seus recursos naturais de maneira a inviabilizar o bem-estar das gerações futuras, também os recursos financeiros disponíveis ao administrador atual devem ser aplicados de maneira responsável, para não comprometer as administrações posteriores.

Tomemos por exemplo uma das soluções demagógicas prediletas para equacionar os problemas do Sistema Único de Saúde: a construção de um novo hospital. Ainda que, muito provavelmente, referida obra traga benefícios à população de determinado local, é indiscutível que sua execução projeta efeitos para muito além dos custos de sua obra física: depois da sua inauguração, há necessidade da aquisição de equipamentos e contratação de funcionários; em funcionamento, há necessidade de compra de insumos, contratos de vigilância, limpeza, manutenção entre outros itens relevantes. O que se quer chamar a atenção, enfim, é que ainda que determinada obra possa ser executada, os custos de colocar determinado serviço em funcionamento podem estar além da capacidade financeira da próxima administração, revelando-se a referida ação estatal, já no médio prazo, insustentável.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado à questão da construção de novas penitenciárias, à da contratação de novos policiais e tantas outras que se apresentam cotidianamente. A longo prazo, e aliada à baixa eficiência dos serviços públicos prestados diretamente pelo Estado, o que se verifica é que referidas opções podem consumir recursos das administrações seguintes em proporções muito maiores do que a daquela que implementou a política. A tomada de decisões sem a

¹⁰²NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do estado fiscal. In: NASCIMENTO, Rafael do. **As restrições aos direitos fundamentais no contexto de crise do estado de bem-estar social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 115.

adequada avaliação de seus efeitos financeiros a longo prazo, seja por irresponsabilidade, incompetência ou razões eleitoreiras, pode ser ainda mais prejudicial, em relação à Sustentabilidade de determinada política pública, do que o próprio esgotamento de recursos naturais.

A análise da Sustentabilidade de determinada medida, permeada de considerações sobre os seus múltiplos impactos, deve integrar, portanto, a motivação de toda e qualquer decisão administrativa que afete os direitos das gerações atuais e futuras, não só para verificar a viabilidade de determinado projeto, mas também para permitir o escrutínio social da fixação e do cumprimento das metas públicas de execução orçamentária.¹⁰³ Nas palavras de Freitas: “as políticas precisam ser escrutinadas, de maneira sustentável, em consonância com os princípios e objetivos fundamentais da Carta, não consoante os clientelismos antifuncionais, imediatistas e sem nexos.”¹⁰⁴

1.3.3 A necessidade de uma alternativa

O resgate do contexto histórico de surgimento do Estado de Bem-Estar Social demonstra de forma inequívoca que o ideal de redução das desigualdades sociais é fruto do próprio amadurecimento da Democracia. Esta, na lição de Telmo Ribeiro, “é Solidariedade do agrupamento grupo social, porque é a ação conjunta de todo o povo na consecução dos objetivos comuns e porque ninguém escapa aos efeitos da deliberação coletiva.”¹⁰⁵

Como se aferiu ao longo deste capítulo, a concessão de diversas prestações por parte do Estado, ainda que tenha funcionado temporariamente como elemento de pacificação social, não é suficiente para enfrentar os novos dilemas que se apresentaram diante da Sociedade, sejam eles democráticos, políticos, comunitários ou ambientais. Assim o é sob a perspectiva de que os Direitos Sociais

¹⁰³ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 97.

¹⁰⁴ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 115.

¹⁰⁵ RIBEIRO, Telmo Vieira. Primeira tese: democracia, solidariedade do agrupamento social. In: OLIVO, Luiz Carlos Cancellier de; PASOLD, Cesar Luiz (Orgs.). **Dois teses de Telmo Vieira Ribeiro**. Joaçaba: UNOESC, 2015. p.61.

são conteúdo indissociável da dimensão substancial de uma democracia constitucional.

Nada obstante, em um momento em que o Estado de Providência exhibe o seu esgotamento, é preciso criar soluções sustentáveis para a redução das desigualdades sociais, sendo certo que a escassez de recursos não pode ser obstáculo intransponível ao enfrentamento da questão social, eis que um dos efeitos da própria pobreza é, também, a degradação ambiental.

O princípio da Sustentabilidade deve, sempre em perspectiva multidimensional, ocupar de forma definitiva, não só a motivação das decisões administrativas, de modo a permitir o controle social do cumprimento das metas públicas de execução orçamentária, mas e principalmente sua própria elaboração, mediante ponderações sobre os múltiplos impactos que a atividade estatal projetará sobre os direitos das gerações futuras.

Para além disso, parece-nos, pois, que, por trás da moldura do bem-estar, verifica-se um projeto simbólico de rearranjo das relações intersubjetivas que está calcado não só no consenso democrático, mas, também, na idéia de um viver comunitário, no qual os interesses que atingem os indivíduos produzem inevitavelmente benefícios ou prejuízos compartilhados.¹⁰⁶

É a partir deste cenário de falência de modelos e dogmas econômicos ultrapassados que se parte para o próximo capítulo, onde se destacará especificamente o processo de construção e implementação das Políticas Públicas da Saúde.

¹⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 157.

CAPÍTULO 2

DIREITO À SAÚDE: DO RECONHECIMENTO À JUDICIALIZAÇÃO

2.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO À SAÚDE

2.1.1 Do reconhecimento ao plano normativo

Como visto no capítulo anterior, o Estado Social surgiu de forma conveniente à manutenção dos interesses da burguesia, na medida em que fez uma série de concessões para evitar uma ruptura completa com o modelo anterior, a exemplo do reconhecimento de diversos Direitos Sociais.¹⁰⁷

À burguesia interessava, basicamente, que o Estado se abstinhasse de interferir em suas vidas privadas. A crescente classe operária, por outro lado, ressentia a falta de uma atuação positiva por parte do Estado que possibilitasse o alcance de uma igualdade real de condições iniciais para o exercício daqueles direitos. Não por outro motivo, enquanto os Direitos de Liberdade são concebidos como direitos de defesa, ou negativos, os Direitos Sociais são denominados prestacionais, ou positivos, na medida em que voltados à participação no bem-estar social.

No plano normativo, aponta-se a Declaração¹⁰⁸ de Direitos na Constituição Francesa de 1791 como a primeira a prever a existência de direitos de

¹⁰⁷ Como já referido, o Conceito Operacional proposto para a categoria Direitos Sociais na presente pesquisa é de: “prestações e garantias proporcionadas pelo Estado com o intuito de reduzir as desigualdades existentes na Sociedade”. Nada obstante, de se referir, também, José Afonso da Silva, para quem “[...] os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao conceito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 286.

¹⁰⁸ A escolha do termo declaração não é por acaso, eis que se prende à noção de direitos naturais, inerentes ao homem e anteriores ao próprio Estado, motivo pelo qual seriam apenas declarados e não propriamente concedidos pela ordem jurídica vigente. Sobre: FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 20.

caráter social, a exemplo da “criação de um estabelecimento geral de assistência pública para educar as crianças abandonadas, ajudar os enfermos pobres e fornecer trabalho aos pobres válidos”¹⁰⁹. Nada obstante, se reconhece que a plena afirmação desses direitos só teria se dado com a Constituição Mexicana de 1917 e com a Constituição de Weimar de 1919, destacado o artigo 161, que previu a instituição de um amplo sistema de seguros pelo Estado Central, com a finalidade de conservação da Saúde e capacidade de trabalho, além da proteção da maternidade e assistência contra as consequências econômicas da velhice.¹¹⁰ No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira a prever um título sobre a ordem econômica e Social, o que continuou nas constituições posteriores.

Especificamente em relação à Saúde é justo eleger, como marco histórico, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948 pela Assembléia Geral das Nações Unidas ao prever, em seu artigo XXV-1, o Direito à Saúde e ao bem-estar, incluídos os cuidados médicos¹¹¹. Merecem destaque, também, as menções à Saúde no Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, em 1966, na Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, em 1978, e na Conferência Regional Latino-Americana de Promoção da Saúde e Educação para a Saúde, em 2002, na cidade de São Paulo.¹¹²

No plano constitucional, José Afonso da Silva aponta ter sido a Constituição italiana a primeira a reconhecer a Saúde como direito fundamental¹¹³. Menciona, também, a portuguesa, que teria lhe dado formulação universal mais precisa, além da espanhola e a da Guatemala. O traço em comum a essas

¹⁰⁹ COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 165.

¹¹⁰ COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 210.

¹¹¹ Artigo 25. 1. “Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.”

¹¹² PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. **Direito sanitário: a relevância do controle nas ações e serviços de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 25-35.

¹¹³ Sobre a distinção terminológica entre as categorias Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, sugere-se a leitura de SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 248-251.

constituições, de acordo com o autor, seria o relacionamento do direito à Saúde com a seguridade social.¹¹⁴

A Constituição brasileira, por seu turno, não só prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (art. 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I do Título II) e os Direitos Sociais (capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (art. 5, §1º). O Direito à Saúde, por sua vez, está previsto no artigo 6º, dentro do rol dos Direitos Sociais, além de possuir seção específica dentro do capítulo da seguridade social, do qual se destaca o artigo 196:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.¹¹⁵

Feita essa brevíssima retrospectiva histórica, o presente capítulo se ocupará, basicamente, da categoria Direito à Saúde, passando pelo alcance do seu significado, pela sua Aplicabilidade enquanto direito fundamental, pelos modelo estatal voltado à sua materialização e, por fim, pelos conceitos afetos ao fenômeno da Judicialização de Políticas Públicas.

2.1.2 A categoria Direito à Saúde

A investigação em torno do conteúdo do Direito à Saúde passa, evidentemente, pela delimitação conceitual da própria expressão. Para tanto, adotamos desde já como conceito operacional de Saúde o conceito constante na Constituição da Organização Mundial de Saúde, nos seguintes termos: “A saúde é

¹¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 309.

¹¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Portal da Legislação**, Brasília, jun. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.”¹¹⁶

Dando continuidade à delimitação proposta, encontramos pertinente consideração sobre a expressão Direito à Saúde em comentário do economista Roberto Campos em pronunciamento da Câmara de Deputados em 1999:

Pondera-me um amigo que, como octogenário, eu deveria ser grato à Constituição de 1988 pelo artigo 230, que garante às pessoas idosas o direito à vida. Lembrar-me-ei de impetrar um mandado de segurança contra o Criador se ele manifestar más intenções na próxima pneumonia.¹¹⁷

O comentário, apesar de não ter sido proferido em ambiente científico, demonstra que a terminologia não é imune a críticas. Haveria dificuldade, por parte da doutrina, em aceitar que a Saúde, enquanto “estado de completo bem-estar físico, mental e social”, possa ser objeto de direito, reputando mais adequado falar em Direito a Prestações de Saúde, já que se trata da busca de medidas que visam alcançar um estado saudável, “cuja permanência ao longo do tempo é a negação de um dos elementos da existência humana, a finitude”. De fato, para Gustavo Amaral:

Primeiro, nos parece mais adequado falar em direito a cuidados de saúde, ou cuidados voltados à saúde, evitando assim uma percepção equivocada de que um estado de não saúde seja um estado de violação ao direito, a ser sanado por prestação estatal que reponha a situação “saúde”, ou o mais próximo que dela se possa chegar. Segundo, não cabe tratar tal direito como se fosse um direito clássico. Há um elemento perturbador que é a competição por recursos escassos. Atender alguém é consumir recursos finitos do que pode resultar, ao final, que escolher quem atender é também escolher quem não atender.¹¹⁸

¹¹⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Constituição (1946). Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946. **Biblioteca Virtual de Direitos Humanos**, São Paulo, 2018. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omsworld.html>> Acesso em: 15 maio 2018.

¹¹⁷ ALMEIDA, Cássia. Roberto Campos: os cem anos de um defensor do livre mercado. **O Globo**, Economia, 16 abr. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/roberto-campos-os-cem-anos-de-um-defensor-do-livre-mercado-21214743#ixzz58zCqweRy>> Acesso em: 6 mar. 2018.

¹¹⁸ AMARAL, Gustavo. Judicialização do acesso ao SUS: concepções jurídicas e escolhas públicas. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coord.). **Terceiro setor e parcerias na área de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 247/59.

A observação, contudo, parece deixar de levar em consideração que o Direito à Saúde, a exemplo dos Direitos Sociais em geral, comportaria duas vertentes: uma negativa, materializada no direito de exigir que o Estado ou um terceiro se abstenha de prejudicar sua Saúde, e outra positiva, essa sim, consistente no direito a prestações estatais visando a prevenção das doenças ou seu tratamento.¹¹⁹

Ingo Sarlet, por seu turno, prefere falar em posições subjetivas negativas, que atuariam como direito de defesa, e posições positivas, na condição de direito a prestações:

Valendo-nos do exemplo do direito à saúde, este apresenta uma evidente dimensão defensiva, no sentido de gerar um dever de não interferência, ou seja, uma vedação a atos (estatais e privados) que possam causar dano ou ameaçar a saúde da pessoa, sem prejuízo de sua simultânea função prestacional (positiva), pois ao Estado incumbe a criação de todo um aparato de proteção (v.g., as normas penais que vedam lesões corporais, morte, charlatanismo etc.) assim como a criação de uma série de instituições, organizações e procedimentos dirigidos à prevenção e promoção da saúde (campanhas de vacinação pública, atuação da vigilância sanitária, controle de fronteiras, participação nos Conselhos e Conferências de Saúde, entre outros), além do dever estatal de fornecimento de prestações no campo da assistência médico-hospitalar, medicamentos, entre outras.¹²⁰

A subcategoria Direito a Prestações de Saúde, como se observa, estaria contida na categoria Direito à Saúde, enquanto uma de suas dimensões. Enquanto a primeira diria respeito à faculdade de que o sujeito dispõe de exigir do Estado prestações materiais de recuperação, proteção e promoção de sua Saúde, a segunda, englobaria, além dessa faculdade, um aspecto defensivo, consistente no

¹¹⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 309.

¹²⁰ O mesmo autor chama a atenção, mais adiante, para outra distinção, presente na doutrina alemã, de especial relevância para esta dissertação, "que refere à existência, no plano da dimensão positiva (prestacional), de duas categorias de direitos subjetivos a prestações materiais do Estado, quais sejam, os direitos derivados a prestações e os direitos originários a prestações. De acordo com tal distinção, direitos derivados a prestações seriam posições jurídicas que asseguram ao indivíduo o direito de participação igual no sistema de prestações sociais (públicas) já concretizado, portanto, direitos já assegurados ao nível da legislação e das políticas públicas, ao passo que direitos originários a prestações correspondem ao direito de exigir do Estado o fornecimento de prestações diretamente deduzidas no plano constitucional, ainda que não tenham sido objeto de regulação infraconstitucional". SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 553.

direito do indivíduo de exigir que o Estado ou um terceiro se abstenha de prejudicar sua Saúde. Em busca de precisão científica, e antes de dar continuidade à pesquisa, é que se esclarece que, na presente dissertação, as duas categorias serão tratadas de forma apartada, até pela percepção de que seu uso indistinto gera, não raro, confusão em torno da Aplicabilidade e Eficácia do próprio direito em questão, conforme se passa a demonstrar no próximo ponto.

2.1.3 A questão da Eficácia do Direito à Saúde

Inicialmente, há que se distinguir os conceitos de Eficácia e de Aplicabilidade antes de se tentar extrair o verdadeiro sentido do texto constitucional. A Eficácia de determinado direito deve ser tomada em dois sentidos: em sentido amplo, diz respeito à sua Eficácia Social, ou seja, a capacidade da norma de produzir os efeitos pretendidos; o segundo, identificável como Aplicabilidade (ou Eficácia Jurídica), designa a “qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita”.¹²¹ Uma norma, portanto, poderia ser aplicável (ter Eficácia Jurídica, revogando normas anteriores incompatíveis, por exemplo), sem ser socialmente eficaz, ou seja, sem produzir efeitos no mundo real.¹²²

No que tange à questão da Eficácia do Direito à Saúde, o cerne da discussão parece oscilar entre dois extremos sobre a própria compreensão da Eficácia dos demais Direitos Sociais: de um lado, a posição no sentido de que o artigo 196 da Constituição traria norma de Eficácia limitada declaratória de princípio programático, assim compreendida como aquela dotada de Aplicabilidade indireta e mediata, por depender de providências legislativas e medidas de natureza

¹²¹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 65-66.

¹²² Especificamente em relação ao Direito à Saúde, não se desconhece a lição do próprio José Afonso da Silva ao mencionar o fato de a Constituição utilizar a expressão “dever do Estado”, em seu artigo 196, como fator de diferenciação daquela norma para outras em que o constituinte haveria incumbido textualmente ao legislador ordinário a sua executoriedade mediante normatividade ulterior, e defender, por esse mesmo motivo, sua eficácia imediata. SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 83. Ou, ainda mesmo, aqueles que distinguem “a aptidão da norma para gerar efeitos e ser aplicada”, do “ato concreto de aplicação, no sentido da realização efetiva do programa normativo” SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 158.

administrativa para alcançar total efetividade¹²³; de outro, a literalidade do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição¹²⁴, que dá azo à defesa da imediata Aplicabilidade do Direito à Saúde, por se tratar de um direito fundamental social.¹²⁵

Durante muito tempo, registre-se, o primeiro extremo orientou o posicionamento majoritário do Poder Judiciário, citando-se, apenas para exemplificar, o seguinte excerto da decisão da Ministra Ellen Gracie, do Supremo Tribunal Federal, no Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 91:

Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados "(...) e outros medicamentos necessários para o tratamento (...)" (fl. 26) dos

¹²³ A discussão proposta no presente ponto parte da tradicional classificação tricotômica de José Afonso da Silva, que divide as normas constitucionais, em relação à sua aplicabilidade, em normas de eficácia plena, contida e limitada, na consagrada obra: SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. Não se ignora, por evidente, a existência de outras classificações, como as feitas por Meirelles Teixeira, Celso Antônio Bandeira de Mello, e Luís Roberto Barroso, ressaltando-se, contudo, que “[...] todos os autores citados partem da premissa de que inexistente norma constitucional completamente destituída de eficácia, sendo possível sustentar-se, em última análise, uma graduação de eficácia das normas constitucionais, visto que a eficácia não é necessariamente a mesma em todos os casos. Todas as propostas reconhecem, contudo, que determinadas normas da Constituição, em virtude da ausência de normatividade suficiente, não estão em condições de gerar, de forma imediata, seus principais efeitos, dependendo, para tanto, de uma atuação complementar por parte do legislador ordinário, razão pela qual também costuma ser denominadas de normas de eficácia limitada ou reduzida”. Conforme: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 170.

¹²⁴ Art. 5º, § 1º “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.” BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Portal da Legislação**, Brasília, jun. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

¹²⁵ “Além dos problemas de ambiguidade da linguagem, que envolvem a determinação semântica de sentido da norma, existem, também, em uma sociedade pluralista e diversificada, o que se tem denominado de desacordo moral razoável. Pessoas bem intencionadas e esclarecidas, em relação a múltiplas matérias, pensam de maneira radicalmente contrária, sem conciliação possível. Cláusulas constitucionais como direito à vida, dignidade da pessoa humana ou igualdade dão margem a construções hermenêuticas distintas, por vezes contrapostas, de acordo com a pré-compreensão do intérprete.” BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1794/2297> Acesso em: 26 abr. 2018. p. 24.

associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade.¹²⁶

E na própria doutrina contemporânea, de se mencionar, por todos, o posicionamento de Elival da Silva, para quem:

[...] estando o intérprete-aplicador diante de dispositivo constitucional alusivo a direitos fundamentais dessa natureza, composto em texto de caráter eminentemente finalístico e prospectivo (e não descritivo e retrospectivo), do qual não constem elementos suficientes para uma completa regulação da situação fática referida e em que assumam grande relevo os aspectos materiais envolvidos, deve concretizar a norma respectiva em termos que a situem como dependente de providências integrativas a cargo dos Poderes Públicos, vale dizer, como norma de eficácia limitada programática (ou de princípio programático). Importa patentear, contudo, que nem todo direito fundamental socioeconômico decorre de norma constitucional programática, como se percebe pelas liberdades públicas de natureza social (direito de greve ou liberdade sindical) ou pelo elenco de direitos do trabalhador, do artigo 7º, da Carta de 1988, sendo a natureza do direito em causa apenas um elemento a ser considerado na interpretação do dispositivo-matriz. Todavia, no caso de direitos sociais prestacionais em face do Poder Público, cabe ao intérprete o ônus argumentativo de demonstrar que o peso do elemento histórico deve ser sobrepujado, na espécie, pela textualidade do dispositivo-sede, claramente indicativa da plena eficácia do preceito.¹²⁷

Para além dessa classificação, o mesmo autor destaca o sucesso de Jorge Miranda ao combinar a classificação básica com outra que “aparta as normas preceptivas das normas programáticas, ressaltando que a diferença entre ambas as categorias “se situa na interação ou não de ser, só por força das normas constitucionais, imediatamente conformada de certo modo”.¹²⁸ Para Jorge Miranda, de fato:

¹²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de tutela antecipada n. 91/AL. Presidência. Min. Ellen Gracie. Brasília, 26 de fevereiro de 2007. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Pesquisa de Jurisprudência, Brasília, 5 mar. 2007. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000003020&base=basePresidencia>>. Acesso em: 31 ago. 2018. p. 23. Consulte-se, também: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em mandado de segurança n. 6.564. Primeira Turma. Relator: Min. Demócrito Reinaldo. Brasília, 23 de maio de 1996. **Portal do Superior Tribunal de Justiça**, Jurisprudência do STJ, Brasília, 17 jun. 1996. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199500687828&dt_publicacao=17/06/1996>. Acesso em: 31 ago. 2018.

¹²⁷ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 195.

¹²⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 193.

Separam-se, no entanto, por as normas preceptivas não exequíveis por si mesmas postularem apenas a intervenção do legislador, actualizando-as ou tornando-as efectivas, e as normas programáticas, na grande maioria dos casos, exigirem mais do que isso, exigirem não só a lei como decisões políticas, providências administrativas e operações materiais. Ou seja: na norma exequível por si mesma, o comando constitucional actualiza-se só por si; na norma não exequível preceptiva, ao comando constitucional acresce a norma legislativa; e na norma não exequível por si mesma programática tem ainda de se dar uma terceira instância, a instância política, administrativa e material, única com virtualidade de modificar as situações e os circunstancialismos económicos, sociais e culturais subjacentes à Constituição.¹²⁹

Nada obstante, a posição majoritária se aproxima do outro extremo, ao reconhecer Aplicabilidade imediata (direta) das normas contidas nos artigos 6º e 196, compreendendo-as, inclusive, como geradoras de “um direito subjetivo originário a prestações, ainda que não previstas em legislação infraconstitucional, já por força da normativa constitucional”.¹³⁰

Também no que tange ao Poder Judiciário, pode-se observar uma mudança de posicionamento. Da jurisprudência superveniente do Supremo Tribunal Federal é que se colhem os seguintes julgados, ambos da Relatoria do Ministro Celso de Mello:

O carácter 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, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.¹³¹

¹²⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. rev. Coimbra: Coimbra, 1988. t. 2. p. 223. Digna de nota, também, “a perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento (*Recht auf Organization und auf Verfahren*), que são aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação”. MENDES, Gilmar Ferreira. O direito à saúde na Constituição de 1988. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coords.). **Terceiro setor e parcerias na área de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 12.

¹³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 182.

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário n. 393.175/RS. Relator: Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Brasília, 12 de dezembro de 2006. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Pesquisa de Jurisprudência, 2 fev. 2006. Disponível em:

e

Se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável (...) afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á (...) a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.¹³²

Se a discussão se limitasse a fazer uma opção entre os dois extremos, não há como negar o acerto da corrente majoritária ao refutar a tentativa de compreensão dos Direitos Sociais como meras garantias institucionais. A Constituição, definitivamente, reconheceu neles a natureza de direitos fundamentais, não lhes tirando essa natureza o fato de sua realização depender de providências concretas pelo Estado.¹³³ Sustentar o contrário seria negar a própria força normativa da Constituição.¹³⁴

Ocorre, contudo, que a solução não se encontra nos extremos, mas sim em uma posição intermediária. De fato, “cada norma constitucional é sempre executável por si mesma *até onde possa, até onde seja suscetível de execução*. O problema situa-se, justamente, na determinação desse limite, na verificação de quais os efeitos parciais e possíveis de cada uma.”¹³⁵

A primeira observação a se fazer, no ponto, é que, mais uma vez, à questão terminológica não tem sido dada a devida importância, o que dificulta ainda mais a solução do problema de fundo. A par da distinção feita no ponto anterior,

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 45. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 29 de abril de 2004. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Pesquisa de Jurisprudência, Brasília, 4 maio 2004. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000072110&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 31 ago. 2018. p. 91.

¹³³ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 148.

¹³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. O direito à saúde na Constituição de 1988. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coords.). **Terceiro setor e parcerias na área de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 15.

¹³⁵ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 75.

entre o Direito à Saúde propriamente dito e sua dimensão positiva, o Direito a Prestações de Saúde, é que se propõe analisar as dimensões de forma apartada, já que, se discussão há em relação à Aplicabilidade do Direito à Saúde, é certo que ela deve se limitar à sua dimensão positiva, na medida em que se consideram irrepreensíveis todos os argumentos vazados à respeito à imediata Aplicabilidade no que tange aos direitos de defesa dele derivados. Ainda que a insistência na distinção possa parecer preciosismo metodológico, a vivência prática demonstra serem inúmeros os casos nos quais referida distinção sequer é aventada, tratando-se da Eficácia de direitos prestacionais com argumentos que deveriam se restringir, salvo melhor juízo, a direitos de defesa.

Canotilho, por seu turno, não destoa, ao afirmar que todas as normas constitucionais têm uma força normativa independente de qualquer ato de complementação legislativa, não havendo, na Constituição, simples declarações a que não se deva dar valor normativo. Problema distinto, contudo, seria estabelecer em que termos uma norma constitucional seria suscetível de aplicação direta e em que medida seria exequível por si mesmo:

Mais complexa é a questão da **aplicabilidade directa das normas programáticas** (normas-fim ou normas-tarefa). Como se viu, elas constituem direito actual juridicamente vinculante. Mas constituirão também direito directamente aplicável com as consequências acabadas de assinalar para as normas de direitos, liberdades e garantias e para os preceitos organizatórios?

Além de constituírem princípios e regras definidoras de directrizes para o legislador e a administração, as «normas programáticas» vinculam também os tribunais, pois os juízes «têm acesso à constituição», com o consequente dever de aplicar as normas em referência (por mais geral e indeterminado que seja o seu conteúdo) e de suscitar o incidente de inconstitucionalidade, nos feitos submetidos a julgamento (CFR. CRP, art. 204.^o), dos actos normativos contrários às mesmas normas.

As normas constitucionais programáticas têm ainda efeito «derrogatório» ou «invalidante» dos actos normativos incompatíveis com as mesmas, devendo, porém, precisar-se (e isso nem sempre é fácil) em que medida as normas programáticas servem de *limite negativo* às leis consagradoras de disciplina contrária. Para além destes “efeitos directos”, deve reconhecer-se que as normas-tarefa e normas-fim pressupõem, em larga medida, a clarificação

conformadora efectuada pelas autoridades com poderes político-normativos.¹³⁶

Nesses termos, afirmar que determinada norma seria de Eficácia limitada declaratória de princípio programático não invalidaria o preceito contido no parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição, na medida em que não se nega a Eficácia jurídica (Aplicabilidade) da norma, mas sim sua aptidão para imediatamente produzir todos seus efeitos concretos. Até porque o fato de a Constituição estabelecer que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, também não resolve definitivamente o problema dos Direitos Sociais enquadrados entre os fundamentais, cuja Eficácia social depende, definitivamente, de providências ulteriores.¹³⁷ Defender posição diversa, salvo melhor juízo, seria ignorar a miríade de fatores externos ao texto constitucional, sejam eles sociais, econômicos ou políticos, que se colocam como desafios à sua concretização prática. Ainda nas palavras de Sarlet, Marinoni e Mitidiero:

A efetividade das normas constitucionais diz respeito, portanto, à pretensão de máxima realização, no plano da vida real, do programa normativo abstratamente estabelecido (embora tal programa normativo seja ele próprio fruto de uma articulação com o mundo dos fatos, da economia, dos movimentos sociais, etc.), em outras palavras, como também pontua Luís Roberto Barroso, ao processo de migração do “dever ser” normativo para o plano do “ser” da realidade social. Tal processo, de efetividade das normas constitucionais, encontra-se na dependência de uma série diferenciada e complexa de fatores, dos quais boa parte é exterior ao próprio domínio do direito constitucional.¹³⁸

Encerra-se o presente subcapítulo, assim, com tranquilidade para afirmar que o Direito à Saúde teria Aplicabilidade direta e Eficácia imediata no que tange à sua dimensão negativa; no que tange à sua dimensão positiva, contudo, parece-nos impossível discordar da doutrina que, sem afastar a Aplicabilidade (Eficácia jurídica) do texto, e todas suas consequências, prestigia a necessidade de Políticas Públicas

¹³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1180.

¹³⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 180.

¹³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 183.

para concessão de Eficácia social à sua dimensão positiva, categoria do qual se ocupará o próximo subcapítulo.¹³⁹

2.2 MOLDURA CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE

2.2.1 Divisão de competências

A Constituição Brasileira não se limita a estabelecer a Saúde como “direito de todos e dever do Estado”, mas também traz normas expressas que delimitam como se deve dar o cumprimento do referido dever. Para fins metodológicos, a fim de apresentar breve panorama sobre referida delimitação, o faremos com base em três abordagens, quais sejam: a divisão de competências, o financiamento do sistema e a forma de atuação.

A teor do que dispõe o *caput* do artigo 23 da Constituição, combinado com seu inciso II, é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da Saúde pública. Referido enunciado, contudo, deve ser lido conjuntamente com o artigo 198, que estabelece serem as ações e serviços públicos de Saúde integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único, descentralizado, com direção única em cada esfera de governo. A propósito, de se mencionar também a Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, que estabelece, como diretriz do sistema a organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos. Nas palavras de José Afonso da Silva:

O sistema único de saúde, integrado de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde que tem no pólo ativo qualquer pessoa e a comunidade, já que o direito à promoção e à proteção da saúde é também um direito coletivo. O sistema único de saúde implica ações e serviços federais, estaduais, distritais (DF) e municipais, regendo-se pelos princípios da descentralização, com direção única em cada esfera de governo, do atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas,

¹³⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. O direito à saúde na Constituição de 1988. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coords.). **Terceiro setor e parcerias na área de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

e da *participação da comunidade*, que confirma seu caráter de direito social pessoal, de um lado, e de direito coletivo, de outro.¹⁴⁰

Como se vê, o Sistema Único de Saúde foi concebido com base na divisão de competências e atribuições entre os diversos entes da federação, até como forma de evitar que diferentes gestores mantenham estruturas para serviços similares, sob pena de afronta aos princípios da eficiência e da economicidade.¹⁴¹

Não por outro motivo, a Lei 8.080/90 renova o que já havia sido estabelecido pelo artigo 30 da Constituição, ao dispor que compete aos Municípios “prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população”¹⁴². Aos Municípios foi atribuída a condição de executor direto das ações e serviços públicos de Saúde, seguindo a lógica da proximidade aos cidadãos. Os estados-membros, por seu turno, são responsáveis pelo financiamento, descentralização aos Municípios, apoio técnico e coordenação em nível estadual das ações e serviços de Saúde, respondendo subsidiariamente, como executor suplementar, por eventuais falhas dos municípios. À União, por fim, raramente executa diretamente as ações e serviços de Saúde, sendo, contudo, a principal responsável pelo seu financiamento.¹⁴³

Um exemplo prático de como funciona a divisão de competências dentro do Sistema é o da disciplina da Assistência Farmacêutica. Nos termos da Portaria 533, de 28 de março de 2012¹⁴⁴, a Assistência Farmacêutica, no âmbito do SUS, está organizada em cinco blocos, a saber: Componente Básico, Componente Estratégico, Componente Especializado, Insumos, e Medicamentos de Uso

¹⁴⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 833.

¹⁴¹ DRESCH, Renato Luís. Federalismo solidário: a responsabilidade dos entes federativos na área da saúde. In: SANTOS, Lenir; TERRAZAS, Fernanda (Org.). **Judicialização da saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2014. p. 33.

¹⁴² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Portal da Legislação**, Brasília, jun. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

¹⁴³ DRESCH, Renato Luís. Federalismo solidário: a responsabilidade dos entes federativos na área da saúde. In: SANTOS, Lenir; TERRAZAS, Fernanda (Org.). **Judicialização da saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2014. p. 44.

¹⁴⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria nº 533, de 28 de março de 2012. **Biblioteca Virtual em Saúde**, Brasília, 2012. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt0533_28_03_2012.html>. Acesso em: 18 abr. 2018.

Hospitalar. Tomando como referência o Componente Especializado, que trata dos medicamentos não dispensados ordinariamente, pode-se verificar que a divisão de competências é feita com base em critérios de complexidade do tratamento da doença, garantia da integralidade do tratamento da doença no âmbito da linha de cuidado e manutenção do equilíbrio financeiro entre as esferas de gestão do SUS. Nada obstante, mesmo em relação aos tratamentos mais complexos, ao Ministério da Saúde são atribuídas apenas competências para aquisição ou financiamento dos tratamentos, mas nunca para programação, armazenamento, distribuição e dispensação, as quais são atribuídas aos Estados e aos Municípios.¹⁴⁵

¹⁴⁵“Art. 3º Os medicamentos que fazem parte das linhas de cuidado para as doenças contempladas neste Componente estão divididos em três grupos conforme características, responsabilidades e formas de organização distintas:

- I - Grupo 1: medicamentos sob responsabilidade de financiamento pelo Ministério da Saúde, sendo dividido em: a) Grupo 1A: medicamentos com aquisição centralizada pelo Ministério da Saúde e fornecidos às Secretarias de Saúde dos Estados e Distrito Federal, sendo delas a responsabilidade pela programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; e b) Grupo 1B: medicamentos financiados pelo Ministério da Saúde mediante transferência de recursos financeiros para aquisição pelas Secretarias de Saúde dos Estados e Distrito Federal sendo delas a responsabilidade pela programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; (Alterado pela Portaria GM/MS nº 1.996 de 11 de setembro de 2013)
- II - Grupo 2: medicamentos sob responsabilidade das Secretarias de Saúde dos Estados e do Distrito Federal pelo financiamento, aquisição, programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; e
- III - Grupo 3: medicamentos sob responsabilidade das Secretarias de Saúde do Distrito Federal e dos Municípios para aquisição, programação, armazenamento, distribuição e dispensação e que está estabelecida em ato normativo específico que regulamenta o Componente Básico da Assistência Farmacêutica.

Art. 4º Os grupos de que trata o art. 3º são definidos de acordo com os seguintes critérios gerais:

- I - complexidade do tratamento da doença;
- II - garantia da integralidade do tratamento da doença no âmbito da linha de cuidado; e
- III - manutenção do equilíbrio financeiro entre as esferas de gestão do SUS.

Art. 5º O Grupo 1 é definido de acordo com os seguintes critérios específicos:

- I - maior complexidade do tratamento da doença;
- II - refratariedade ou intolerância a primeira e/ou a segunda linha de tratamento;
- III - medicamentos que representam elevado impacto financeiro para o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica; e
- IV - medicamentos incluídos em ações de desenvolvimento produtivo no complexo industrial da saúde.

Art. 6º O Grupo 2 é definido de acordo com os seguintes critérios específicos:

- I - menor complexidade do tratamento da doença em relação ao Grupo 1; e
- II - refratariedade ou intolerância a primeira linha de tratamento.

Art. 7º O Grupo 3 é definido de acordo com os medicamentos constantes no Componente Básico da Assistência Farmacêutica e indicados pelos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, publicados na versão final pelo Ministério da Saúde como a primeira linha de cuidado para o tratamento das doenças contempladas pelo Componente Especializado da Assistência Farmacêutica.”

Do mesmo modo, no Componente Básico, voltado ao tratamento dos problemas mais comuns, passíveis de atendimento em nível primário, como hipertensão, asma e rinite, a responsabilidade executiva da Política Pública é dividida entre Estados e Municípios, nada obstante seu financiamento conte com recursos dos três entes.¹⁴⁶

A lógica, como se pode perceber, é evidente: atribuir ao Ministério da Saúde, órgão com maior capacidade financeira, o custeio dos tratamentos, principalmente os mais caros, deixando para as secretarias estaduais e municipais, dotadas de maior capilarização, o efetivo atendimento à população, mesmo assim em diferentes abordagens, também levando em consideração suas realidades financeiras e capacidade de atendimento.

2.2.2 Financiamento do Sistema

O financiamento do Sistema Único de Saúde, a teor do que dispõe o artigo 195 da Constituição, opera-se com recursos do orçamento da Seguridade Social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. A Emenda Constitucional nº 29/2000 consolidou um mecanismo de cofinanciamento das Políticas Públicas de Saúde pelos entes da federação, ao acrescentar dois parágrafos ao art. 198 da Constituição, assegurando percentuais mínimos a serem destinados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios para a Saúde, visando um aumento e uma maior estabilidade dos recursos. No entanto, o § 3º do art. 198 dispõe que caberá à Lei Complementar estabelecer os percentuais

BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria nº 1.554, de 30 de julho de 2013. **Biblioteca Virtual em Saúde**, Brasília, 2013. Disponível em: <<http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2014/abril/02/pt-gm-ms-1554-2013-alterada-1996-2013.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

¹⁴⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria nº 1.555, de 30 de julho de 2013. **Biblioteca Virtual em Saúde**, Brasília, 2013. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt1555_30_07_2013.html>. Acesso em: 18 abr. 2018.

mínimos de que trata o §2º, os critérios de rateio entre os entes, e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com Saúde.¹⁴⁷

Para dar cumprimento à Constituição, foi editada a Lei Complementar nº 141/2012, que dispõe, a partir do seu artigo 5º ¹⁴⁸, sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pelos entes federativos em ações e serviços públicos de Saúde, mais especificamente: em relação à União, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior acrescido da variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB); 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos estaduais, em relação aos Estados¹⁴⁹; e 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos municipais, em relação aos municípios.

¹⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. O direito à saúde na Constituição de 1988. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coords.). **Terceiro setor e parcerias na área de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 16.

¹⁴⁸ “Art. 5º A União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual.

[...]

§ 2º Em caso de variação negativa do PIB, o valor de que trata o caput não poderá ser reduzido, em termos nominais, de um exercício financeiro para o outro.

[...]

Art. 6º Os Estados e o Distrito Federal aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam o art. 157, a alínea “a” do inciso I e o inciso II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios.

[...]

Art. 7º Os Municípios e o Distrito Federal aplicarão anualmente em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento) da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam o art. 158 e a alínea “b” do inciso I do caput e o § 3º do art. 159, todos da Constituição Federal.

[...]

Art. 8º O Distrito Federal aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, 12% (doze por cento) do produto da arrecadação direta dos impostos que não possam ser segregados em base estadual e em base municipal.

Art. 9º Está compreendida na base de cálculo dos percentuais dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios qualquer compensação financeira proveniente de impostos e transferências constitucionais previstos no § 2º do art. 198 da Constituição Federal, já instituída ou que vier a ser criada, bem como a dívida ativa, a multa e os juros de mora decorrentes dos impostos cobrados diretamente ou por meio de processo administrativo ou judicial.

Art. 10. Para efeito do cálculo do montante de recursos previsto no § 3º do art. 5º e nos arts. 6º e 7º, devem ser considerados os recursos decorrentes da dívida ativa, da multa e dos juros de mora provenientes dos impostos e da sua respectiva dívida ativa.”

¹⁴⁹ No Estado de Santa Catarina, no ano de 2014, referido percentual representou o valor de R\$ 1.826.180.241,15 (um bilhão, oitocentos e vinte e seis milhões, duzentos e quarenta e um reais e 15 centavos), aplicados, basicamente, em: Despesas Gerais (material de consumo, contribuições, serviços de terceiros, dentre outros) - 53,58 %, Pessoal (Salários e encargos sociais) - 45,98 %, e

De se referir aqui, ainda que brevemente, a percepção de Renato Dresch no sentido de que os Municípios seriam os mais sacrificados com gastos com Saúde:

Com base em dados do ano de 2012 constata-se que os Municípios gastaram em média 21,45% de receitas próprias, os Estados-membros investiram em média 12,69%, enquanto a União gastou apenas 3,9% do PIB, “praticamente a metade do gasto dos países com sistemas de saúde universais”. Aliás, não há norma legal que lhe imponha um percentual mínimo de gastos com a saúde, embora haja uma cláusula de não regresso, para que não sejam reduzidos de um ano para outro, além de ordenar o acréscimo da variação do PIB.¹⁵⁰

A definição de patamares mínimos, todavia, remete à noção de que “administrar, em termos de saúde, é gerir recursos limitados para atender necessidades ilimitadas.”¹⁵¹ Vale dizer, ainda que não haja um limite máximo para o investimento em Saúde, é de se reconhecer que o atendimento irrestrito a toda e qualquer demanda consumiria facilmente todas as receitas de um Município ou Estado, esgotando as fontes de recursos previstas para todas as outras atribuições de sua responsabilidade. Ora, salvo melhor juízo, o fato de não ter o constituinte definido os percentuais exatos para aplicação em cada uma das atividades do Estado não pode ser interpretado como uma autorização para consumir todo o orçamento de determinado ente em Saúde e Educação.¹⁵²

Investimentos (obras, instalações, materiais, equipamentos permanentes, dentre outros) - 0,44%. Se contabilizadas todas as fontes de recursos, e não apenas aquelas consideradas para fins de cumprimento da aplicação mínima, o montante passa a ser de R\$ 2.641.843.377,01.

SANTA CATARINA. Tribunal de Contas. **Parecer prévio sobre as contas prestadas pelo governador do estado de Santa Catarina**: exercício 2014. Florianópolis, 2016. Disponível em: <http://www.tce.sc.gov.br/sites/default/files/Parecer%202014_vers%C3%A3o%20online.pdf>.

Acesso em: 16 maio 2018. p. 224-230.

¹⁵⁰ DRESCH, Renato Luís. Federalismo solidário: a responsabilidade dos entes federativos na área da saúde. In: SANTOS, Lenir; TERRAZAS, Fernanda (Org.). **Judicialização da saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2014. p. 31.

¹⁵¹ AMARAL, Gustavo. Judicialização do acesso ao SUS: concepções jurídicas e escolhas públicas. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coord.). **Terceiro setor e parcerias na área de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 255.

¹⁵² A propósito, eis os valores das despesas realizadas por função de governo, no ano de 2014, em Santa Catarina:

FUNÇÃO	VALOR %
Legislativa	

	580.243.640 2,73
Judiciária	1.477.865.799 6,96
Essencial à Justiça	537.883.266 2,53
Administração	1.992.180.998 9,38
Segurança Pública	2.262.943.860 10,66
Assistência Social	90.670.893 0,43
Previdência Social	4.192.162.091 19,75
Saúde	2.641.843.377 12,44
Trabalho	33.227.136 0,16
Educação	3.128.435.510 14,74
Cultura	31.254.282 0,15
Direitos da Cidadania	647.295.037 3,05
Urbanismo	1.887.452 0,01
Habitação	26.965.694 0,13
Saneamento	5.012.188 0,02
Gestão Ambiental	151.314.306 0,71
Ciência e Tecnologia	68.237.865 0,32
Agricultura	605.308.987 2,85
Comércio e Serviços	58.135.161 0,27
Comunicações	

Os limites mínimos, caso verificados insuficientes, podem e devem ser revistos. Nada obstante, ainda que se cogite a necessidade de rever o financiamento do Sistema, principalmente para aumentar o aporte financeiro por parte da União, não se pode ignorar que, em termos constitucionais e legais, são esses os limites estabelecidos no que tange aos investimentos em ações e serviços públicos de Saúde, sendo com base nesses limites, também, que devem ser escrutinadas as Políticas Públicas, objeto do próximo tópico.

2.2.3 Forma de atuação

Para concluir o “tripé” proposto no início deste subcapítulo, passamos ao terceiro, e talvez mais complexo dos aspectos envolvidos no cumprimento do dever constitucional de Saúde por parte do Estado, qual seja, o meio como referido dever será cumprido.

De volta aos termos do artigo 196, o Direito à Saúde deverá ser garantido “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. A expressão “políticas sociais e econômicas”

	50.904.195
	0,24
Energia	
	73.693
	0,01
Transporte	
	1.034.757.526
	4,87
Desporto e Lazer	
	94.729.712
	0,45
Encargos Especiais	
	1.516.781.078
	7,14
TOTAIS	
	21.230.113.746
	100

remete, evidentemente, à categoria Políticas Públicas¹⁵³, que passa a ser investigada.

Para tanto, servimo-nos do conceito de Maria Paula Dallari Bucci, que define Política Pública como:

Programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e às atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.¹⁵⁴

Na doutrina também se identificam outros autores que optam por trabalhar com enunciados mais simples, sem, contudo, comprometer sua compreensão, a exemplo de Gustavo Amaral que define Políticas Públicas como o “conjunto de medidas e procedimentos estatais, diretas ou indiretas, que buscam atingir uma meta ideal”¹⁵⁵, ou de Leonardo Secchi, que utiliza o conceito de “diretriz elaborada para enfrentar um problema público”, apartando, todavia, como Políticas Governamentais aquelas elaboradas por atores governamentais, justificando sua opção por compreender que não apenas o Estado poderia estabelecer Políticas Públicas.¹⁵⁶

Nada obstante, uma vez que a pretensão do presente tópico não é, nem de longe, esgotar a categoria, mas apenas fixar um Conceito Operacional para dar continuidade ao objeto central do estudo é que se faz a opção de trabalhar com um

¹⁵³ De início, de se mencionar o interessante comentário de Leonardo Secchi sobre as dificuldades que países de língua latina, a exemplo do Brasil, enfrentam na distinção de termos essenciais das ciências políticas, a exemplo do termo “política”. De fato, nos países de língua inglesa, as duas conotações principais do termo são diferenciadas por *politics*, ligado à “obtenção de recursos necessários para o exercício do poder sobre o homem”, e *policy*, ligado às orientações para decisão e ação. Na opinião do autor, portanto, o termo “Política Pública” estaria ligado ao segundo sentido da palavra política, por tratarem do “conteúdo concreto e simbólico de decisões políticas, e do processo de construção e atuação dessas decisões”. SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

¹⁵⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 241.

¹⁵⁵ AMARAL, Gustavo. Judicialização do acesso ao SUS: concepções jurídicas e escolhas públicas. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coord.). **Terceiro setor e parcerias na área de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 247.

¹⁵⁶ SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

conceito proposto a partir dos anteriormente mencionados, qual seja, o de “decisões governamentais, resultantes do processo de escolha, dentre as alternativas disponíveis, daquelas mais adequadas à consecução de objetivos específicos”.

Ao reconhecer a necessidade de Políticas Públicas, portanto, o constituinte deixou claro que a concretização do Direito à Saúde passa necessariamente pelo complexo processo de formação de Políticas Públicas, que vai desde a identificação do problema, passando pela formulação de alternativas para sua solução, pela escolha da alternativa que melhor se adequa aos recursos disponíveis, por sua implementação, até a posterior avaliação.¹⁵⁷

De se referir, a propósito, o argumento comumente utilizado para infirmar a noção aqui exposta, no sentido de que a expressão “atendimento integral” contida no inciso II do artigo 198 deveria ser interpretada literalmente, como a garantia de todo e qualquer atendimento a todo e qualquer usuário do Sistema. De modo muito distinto, a correta interpretação é aquela contida no artigo 7º da Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990, que define atendimento integral “como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”. Vale dizer, a integralidade não se refere à oferta de todos os tratamentos possíveis para todas as doenças, mas sim a oferta de pelo menos uma alternativa de tratamento para cada necessidade dos usuários, de modo que não exista vazio de cobertura no sistema. Não gera o direito a toda e qualquer prestação de Saúde, mas sim a obrigação do poder público de instituir Políticas Públicas progressivas para dar maior cobertura, melhor atendimento e incorporação de procedimentos, tecnologias e medicamentos.¹⁵⁸ Sendo insuficientes os recursos financeiros para a satisfação de todas as necessidades sociais¹⁵⁹, a formulação de Políticas Públicas implica,

¹⁵⁷ SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas**: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

¹⁵⁸ SCHULZE, Clênio Jair; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde**: análise à luz da judicialização. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015. p. 128.

¹⁵⁹ Apenas a título de exemplo, “Fabíola Vieira e Octávio Ferraz calcularam que se o sistema público de saúde oferecesse os tratamentos mais recentes disponíveis no mercado para todos os portadores de hepatite viral crônica C e artrite reumatoide, que juntamente atingem 1% da população, isso teria como custo R\$ 99,5 bilhões, o que seria superior ao gasto total de todas as esferas de governo com o conjunto de ações e serviços de saúde. Conseguiria o Estado brasileiro garantir o mínimo existencial para esse 1% da população sem afetar direitos de outras pessoas

invariavelmente, em escolhas alocativas, com base em critérios de eleição de prioridades, típica opção política, pautadas por critérios de macro-justiça.¹⁶⁰

Como bem assentado por Canotilho, os direitos econômicos, sociais e culturais não podem ser dissociados de um conjunto de condições e fatores, aos quais denomina, com base na doutrina moderna, de pressupostos de direitos fundamentais. Dentre esses pressupostos, podemos referir a capacidade econômica do Estado, o clima espiritual da Sociedade, seu estilo de vida, a distribuição de bens, o nível de ensino, o desenvolvimento econômico, a criatividade cultural, as convenções sociais, e até a ética filosófica ou religiosa, todos eles aptos a influenciar no processo de implementação de garantias dos direitos econômicos, sociais e culturais, sendo que

alguns deles, porém, como os da distribuição dos bens e da riqueza, o desenvolvimento econômico e no nível de ensino, têm aqui particular relevância. Mais do que noutros domínios os realien (os 'dados reais') condicionam decisivamente o regime jurídico-constitucional do estatuto positivo dos cidadãos.¹⁶¹

Encaminhando para o término deste subcapítulo, é que se traça a moldura constitucional do Direito à Saúde, ficando claro, que, a despeito de ser um direito de todos e um dever do Estado, o compromisso constitucional foi assumido dentro determinados limites jurídicos (e fáticos), quais sejam: a divisão de competências entre os entes federativos, de modo a evitar o desperdício de recursos com a duplicidade de estruturas para serviços similares; uma quantidade definida de recursos disponíveis, a qual, ainda que não possa ser interpretada como teto de gastos, leva em consideração o fato de que o Estado também precisa de verbas disponíveis para suas outras atribuições; e, por fim, a noção de que a concretização do Direito à Saúde passa, necessariamente, pela formulação de Políticas Públicas,

que dependem de seu serviço?" WANG, Daniel Wei Liang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

¹⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. O direito à saúde na Constituição de 1988. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coords.). **Terceiro setor e parcerias na área de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 13.

¹⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 473.

tanto mais efetiva quanto melhor a relação entre os recursos utilizados e os resultados alcançados.

2.3 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DA SAÚDE

2.3.1 Ativismo Judicial e Judicialização

Como visto até aqui, no processo de implementação de medidas voltadas à efetivação da norma constitucional que assegura o Direito à Saúde não se pode ignorar a existência de uma moldura constitucional, além dos aspectos materiais envolvidos, afetos a outras questões que não somente às jurídicas, a exemplo da economia, da cultura e até da ética. A ponderação desses fatores, por seu turno, se prende necessariamente às atividades legislativa e administrativa, às quais, dentro do âmbito de suas atribuições constitucionais, cabe o exercício de escolhas políticas tendentes à equilibrar a multiplicidade de interesses contrapostos dentro de uma mesma Sociedade.

Nada obstante, as dificuldades inerentes ao processo de concretização de bem-estar social, somadas a outros fatores que serão abordados adiante, levaram os clamores da Sociedade ao Judiciário, esfera distinta daquela prevista constitucionalmente para sua solução. O Poder Judiciário, por seu turno, no afã de oferecer solução às crescentes demandas sociais, que se aprofundam na medida do amadurecimento de nossa Sociedade, passa a atuar, ainda que no caso concreto e de maneira individualizada, em um número cada vez maior de ações, e a movimentar, ainda que indiretamente, um volume cada vez mais expressivo de recursos, a ponto de interferir sensivelmente no exercício das atribuições executivas e legiferantes dos demais poderes. A esse processo convencionou-se chamar de Judicialização de Políticas Públicas. Para Streck e Moraes:

no Brasil, a ampliação de direitos constitucionalmente garantidos e a exigência de seu cumprimento acabou gerando um movimento de intensa judicialização. Este apelo constante ao Judiciário, que pode ser compreendido como consequência do descrédito dos cidadãos nos demais Poderes, bem como da ampliação do acesso à justiça, consolidou aquilo que ficou conhecido como judicialização da

política, um fenômeno que surge como resultado deste contexto político-social, isto é, fruto transformações ocorridas na sociedade. Neste sentido, a judicialização da política deve ser diferenciada do ativismo judicial, que, diferentemente, consiste numa corrupção entre os poderes no interior da sistemática jurídica.¹⁶²

Cumpra deixar clara, portanto, a distinção entre o processo da Judicialização de Políticas Públicas e o fenômeno do Ativismo Judicial, com o qual, ainda que haja elementos coincidentes, principalmente no que tange aos aspectos práticos, não se confunde. Para Luís Roberto Barroso, enquanto Judicialização “significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário”, “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.¹⁶³

Elival da Silva, por seu turno, trata do Ativismo Judicial como “ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo”. Não se estaria diante de exercício de função não jurisdicional, evidentemente, mas sim da “descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes”.¹⁶⁴

Como se vê, enquanto o Ativismo Judicial reflete a intenção, aparentemente deliberada, de interferir na esfera de atuação de outros poderes, parece-nos que na Judicialização de Políticas Públicas se trata de fenômeno ainda mais amplo, no qual há um comportamento reativo por parte dos juízes, decorrente do somatório de pretensões individuais de correção de desigualdades materiais, o qual, ainda que individualmente considerado não possa ser apontado como

¹⁶² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 192-193.

¹⁶³ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1794/2297> Acesso em: 26 abr. 2018.

¹⁶⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 119.

exercício de Ativismo, quando analisado como fenômeno comportamental coletivo projeta efeitos práticos idênticos ou semelhantes.

A linha que separa um fenômeno do outro, a nosso sentir, se refere ao âmbito do exercício da discricionariedade por parte dos juízes. Enquanto no Ativismo há invasão da esfera de liberdade do administrador, por meio da restrição das opções a ele disponíveis ao exercício de suas atribuições, com base não apenas em argumentos jurídicos, mas também em convicções pessoais do julgador, nas decisões proferidas dentro do contexto de Judicialização de Políticas Públicas não há, necessariamente, essa invasão. Elival da Silva trata da distinção entre a discricionariedade legislativa, administrativa e judiciária com singular propriedade:

A discricionariedade legislativa decorre da inexistência de parâmetros normativos ou de sua flexibilidade; a administrativa está relacionada, igualmente, à abertura textual, mas, também, ao deferimento explícito de mais de uma possibilidade de conduta diante da espécie fática; por último, a discricionariedade judicial cobre, de um modo muito mais amplo do que em sede legislativa ou administrativa, todo o campo da criatividade na interpretação. Há, portanto, apenas no que tange à jurisdição, uma relação íntima entre discricionariedade e interpretação, podendo-se dizer que aquela é parte integrante desta. A categoria teórica da discricionariedade, em qualquer uma de suas vertentes, está fortemente vinculada ao princípio da separação dos Poderes. Importa na contenção do controle jurisdicional em favor do Poder Legislativo ou da Administração, diante da inexistência de limitação normativa ou em face do entendimento de que as normas existentes não autorizam ao Poder Judiciário a imposição de determinado padrão de conduta em substituição àquele adotado pelo Poder controlado.¹⁶⁵

De volta à distinção que se pretende fazer, enquanto no Ativismo há incursão sobre questões políticas e de governo afetas aos outros poderes (discricionariedade administrativa), na Judicialização pode-se dizer que não há essa intromissão indevida, ao menos diretamente, na medida em que a discricionariedade dos juízes se limitaria ao exercício de interpretação de normas e dispositivos legais.¹⁶⁶ Sendo certo que ao juiz é não dado optar por diferentes possibilidades de

¹⁶⁵ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 130.

¹⁶⁶ “A judicialização [...] é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.” BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito**

decisão judicial, ou, em termos mais práticos, não existem duas decisões judiciais corretas para um mesmo caso concreto, mas tão somente aquela que decorre da correta [e não mais passível de recurso] aplicação das normas que o disciplinam¹⁶⁷, pode-se afirmar que sua discricionariedade, nesses casos, se restringe ao plano da compreensão do significado dos dispositivos legais.¹⁶⁸

Não se desconhece a lição de Elival da Silva, para quem a atribuição de efeitos discricionários à norma concretizada, sem levar em consideração se a integração da norma depende da execução de um programa de ação estatal de cunho abrangente, e não apenas de providências jurídicas formais, também configuraria exercício de Ativismo.¹⁶⁹ Para fins da presente dissertação, contudo, far-se-á a escolha de se tratar da Judicialização de Políticas Públicas como fenômeno mais abrangente, que engloba, inclusive, a hipótese do Ativismo Judicial.

Faz-se a opção, com isso, de tratar como Ativismo o comportamento do juiz que ultrapassa sua esfera de atribuições constitucionais e toma decisões que seriam exclusivas de outro poder (a escolha da melhor maneira de gerir um hospital, por exemplo, dentre as opções de administração direta pelo estado, concessão à iniciativa privada mediante licitação ou realização de convênio com Organização Social), ignorando ou suprimindo a esfera de discricionariedade do Administrador;

da UERJ, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1794/2297> Acesso em: 26 abr. 2018. p. 10.

¹⁶⁷ Para Luís Roberto Barroso, “a atribuição típica do Poder Judiciário consiste na aplicação do direito a situações em que tenha surgido uma disputa, um litígio entre partes. Ao decidir a controvérsia – esse o entendimento tradicional –, o juiz faz prevalecer, no caso concreto, a solução abstratamente prevista na lei. Desempenharia, assim, uma função técnica de conhecimento, de mera declaração de um resultado já previsto, e não uma atividade criativa, suscetível de influência política.” BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1794/2297> Acesso em: 26 abr. 2018.

¹⁶⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 128.

¹⁶⁹ Se, por meio de exercício ativista, se distorce, de algum modo, o sentido do dispositivo constitucional aplicado (por interpretação descolada dos limites textuais, por atribuição de efeitos com ele incompatíveis ou que deveriam ser sopesados por outro poder etc.), está o órgão judiciário deformando a obra do próprio Poder Constituinte originário e perpetrando autêntica mutação inconstitucional, prática essa cuja gravidade fala por si só. Se o caso envolve o cerceamento da atividade de outro Poder, fundada na discricionariedade decorrente de norma constitucional de princípio ou veiculadora de conceito indeterminado de cunho valorativo, a par da interferência na função constituinte, haverá a interferência indevida na função correspondente à atividade cerceada (administrativa, legislativa, chefia de estado etc.). RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 144.

por Judicialização de Políticas Públicas, contudo, refere-se cenário mais amplo, que engloba desde decisões ativistas, até aquelas de mera subsunção do caso concreto ao texto da norma, passando, evidentemente, pelos “casos difíceis”, os quais, diga-se de passagem, são de invocação bem menos usual do que se possa imaginar.

Nada obstante, ainda que feita referida diferenciação, a relevância da análise persiste, seja para perquirir as razões que geraram esse redirecionamento de expectativas democráticas ao Judiciário, cuja legitimidade não deriva da escolha popular, seja para avaliar as consequências do fenômeno, já que os efeitos nocivos da Judicialização da Política não se esgotam nos casos de invasão deliberada da esfera de atribuições de outros poderes, mas também em inúmeros problemas de ordem prática para seu equacionamento.¹⁷⁰

2.3.2 Análise da expansão da Intervenção Judicial no Brasil

Ainda que o próximo capítulo vá se ocupar de causas e consequências específicas da Judicialização das Políticas Públicas de Saúde, cumpre mencionar, aqui, algumas considerações da doutrina sobre a expansão da Intervenção Judicial no Brasil.

Dentre as causas do fenômeno, do ponto de vista jurídico, há quem destaque o sistema de controle de constitucionalidade vigente no Brasil, bem como o modelo de constitucionalização abrangente e analítica por nós adotado. Ao passo que “praticamente tudo” pode ser compreendido como matéria constitucional, todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto.¹⁷¹ A observação seria no sentido, então, de que a própria concepção do sistema seria um fator a facilitar o aumento da Intervenção Judicial.

Insta mencionar, também, a percepção de casos de inação deliberada de determinados atores políticos, os quais, muitas vezes, preferem que “o Judiciário

¹⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 192-193.

¹⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1794/2297> Acesso em: 26 abr. 2018. p. 10.

seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade”, evitando, com isso, o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos.¹⁷²

Em nossa opinião, contudo, a parcela mais expressiva dessa expansão estaria ligada a uma crise de representatividade e funcionalidade das instituições políticas em geral. Não nos parece que o Poder Judiciário interfira em Políticas Públicas de maneira deliberada, tão somente porque o sistema lhe conceda meios e oportunidades para tanto. Há que se reconhecer que, se o sistema concede os meios, é o próprio esgotamento do nosso modelo de Estado, que promete mais do que pode entregar, que dá causa aos casos concretos levados ao Judiciário, sejam eles julgados procedentes ao final ou não. Como já mencionado no ponto anterior, este apelo constante ao Judiciário é fruto do descrédito dos cidadãos nos demais Poderes.

Para José Luis Bolzan de Moraes, a propósito, dentre as diversas crises do Estado, estar-se-ia diante, também, de uma crise filosófica, que atingiria os próprios “fundamentos sobre os quais se assenta o modelo do Bem-Estar Social”, identificável no esvaziamento do valor da Solidariedade, a culminar em “um enfraquecimento ainda maior no conteúdo tradicional dos Direitos Sociais, das estratégias de políticas públicas a eles inerentes, bem como nas fórmulas interventivas, característicos deste modelo de Estado.”¹⁷³ A observação faz completo sentido, principalmente quando se traça um paralelo entre o descrédito na atuação das instâncias políticas, aptas à formação de soluções coletivas, e a expansão da Intervenção Judicial, umbilicalmente ligada à busca de soluções individuais.

A percepção da crise do modelo e da própria ocupação, pelo Poder Judiciário, de instâncias ordinariamente político-democráticas, por sua vez, conduz às diferentes opiniões sobre a expansão sob análise. Dentre os que identificam

¹⁷² BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1794/2297> Acesso em: 26 abr. 2018. p. 6.

¹⁷³ MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do estado. In: _____ (Org.). **O estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 20.

referido fenômeno como positivo, podemos mencionar José Antônio Savaris, para quem

A concepção de função jurisdicional como estrita revisão judicial da legalidade do ato administrativo reduz, de modo inaceitável, o dever jurisdicional de proteção e de realização dos direitos fundamentais sociais. A tutela dos direitos fundamentais, como se verá a seguir, exige mais da função jurisdicional do que o exame de submissão do ato administrativo à legalidade. Dada a força vinculante dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, a função jurisdicional deve ser identificada fundamentalmente como modalidade de proteção jurídica assegurada pelo Estado à efetiva realização desses direitos de superior dignidade.¹⁷⁴

De fato, há respeitável doutrina que identifica referida expansão como o reconhecimento da importância de um Poder Judiciário forte no âmbito das democracias modernas¹⁷⁵, sendo a intensificação do controle jurisdicional de constitucionalidade “verdadeiro antídoto à onipotência e onipresença da legislação”¹⁷⁶

Das críticas apontadas, por outro lado, chama a atenção a denominada de político-ideológica, ligada ao fato de que Juízes e membros de tribunais não seriam eleitos, o que daria azo a questionamentos sobre sua legitimidade democrática e sua “suposta maior eficiência na proteção dos direitos fundamentais”, bem como a identificação do Judiciário como “instância tradicionalmente conservadora das distribuições de poder e de riqueza na sociedade”, sendo que “a judicialização funcionaria como uma reação das elites tradicionais contra a democratização, um antídoto contra a participação popular e a política majoritária.”¹⁷⁷ A maior preocupação, contudo, estaria ligada à possibilidade de

¹⁷⁴ SAVARIS, José Antônio. Princípio da primazia do acerto judicial da relação jurídica de proteção social. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, n. 3, p. 419-437, set.-dez. 2012. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/4209/2420>>. Acesso em: 3 maio. 2018.

¹⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1794/2297> Acesso em: 26 abr. 2018. p. 7.

¹⁷⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 128.

¹⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1794/2297> Acesso em: 26 abr. 2018. p. 11.

transformação do Judiciário em uma “instância hegemônica”, com todas as considerações inerentes à teoria da separação dos poderes.¹⁷⁸

As críticas e os elogios, por evidente, não se esgotam nessa breve análise, e poderiam se estender por toda a dissertação. Sem ignorar, todavia, a riqueza da discussão e a quantidade de obras sobre o assunto, far-se-á, aqui, uma opção de recorte de ponto específico da problemática, qual seja, o que se prende especificamente à Judicialização das Políticas Públicas de Saúde. Referido recorte se faz com base em duas razões: a primeira, a percepção de que argumentos jurídicos, voltados às questões genericamente demonstradas nesse ponto, de pouco servem ao convencimento dos julgadores, de modo que o investimento na pesquisa, sob esse aspecto, não surtiria o efeito prático desejado; a segunda, a noção de que a questão precisa ser enfrentada, antes de mais nada, do ponto de vista da efetiva aptidão da Intervenção Judicial para a concretização do Direito à Saúde nos moldes em que constitucionalmente previsto.

2.3.3 Judicialização das Políticas Públicas de Saúde

De tudo que foi visto até então, observa-se que são diversos os “caminhos” que conduzem o Direito à Saúde à Intervenção Judicial. Desde as dificuldades terminológicas (Direito à Saúde *versus* Direito a Prestações de Saúde), passando pela discussão sobre a Eficácia do direito e os meios para sua concretização na forma em que constitucionalmente previsto.

Tudo isso, contudo, precisa ser contextualizado. Conforme afirmado anteriormente, a presente investigação se prende muito mais à aptidão do fenômeno para solucionar o problema em si do que à discussão sobre a legitimidade do Poder Judiciário para referida intervenção. Caso se verifique que a Judicialização é uma

¹⁷⁸ A propósito, a célebre lição de Montesquieu: “Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares.” MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 166.

alternativa para a solução do problema, as críticas ao fenômeno perderão muito de sua força, ainda mais diante da relevância do bem jurídico a que se busca proteger.

Antes de dar continuidade ao trabalho, faz-se oportuno apresentar um panorama da Judicialização das Políticas de Saúde no Estado de Santa Catarina.¹⁷⁹

O primeiro dado que se reputa relevante, evidentemente, é o custo da Judicialização ao longo dos últimos sete anos (incluindo medicamentos, nutrição e insumos – material de enfermagem e de cirurgia, excluídos os procedimentos absorvidos pela rede), comparado ao número total (acumulado) de pacientes cadastrados para atendimento em razão de medidas judiciais.

Tabela 1 — Custo da Judicialização ao longo dos últimos sete anos

Ano	Gasto
2017	R\$ 164.920,335,09
2016	R\$ 155.423.859,00
2015	R\$ 153.185.811,02
2014	R\$ 156.957.764,20
2013	R\$ 128.681.490,41
2012	R\$ 112.650.984,02
2011	R\$ 110.913.729,71

Outro dado que chama atenção é o referido com base nesses valores e no número de beneficiados por medidas judiciais, do custo médio de cinco mil reais por pessoa atendida judicialmente, valor esse que, quando trazido à comparação com os gastos para atendimento mediante Políticas Públicas se torna ainda mais interessante. Tomando como referência o ano de 2014 para fazer a análise comparativa entre o custo da Judicialização e o custo médio mensal de algumas das

¹⁷⁹Dados obtidos em SANTA CATARINA. Procuradoria Geral do Estado. Memoriais no incidente de resolução de demandas repetitivas na apelação cível n. 0302355-11.2014.8.24.0054. Procurador: Daniel Cardoso. **Portal de Serviços e-SAJ**, Poder Judiciário de Santa Catarina, 2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsc.jus.br/esaj/portal.do?servico=740000>>. Acesso em: 15 maio 2018 e em consulta a SANTA CATARINA. Secretaria de Estado da Casa Civil. Processo administrativo n. 655/2018. **Sistema de Gestão de Protocolo Eletrônico**, 2018. Disponível em: <<https://sgpe.sea.sc.gov.br/sgpe/>>. Acesso em: 15 maio 2018.

treze unidades hospitalares sob administração direta da Secretaria de Estado da Saúde – SES, chegou-se à constatação de que:

o valor gasto para atender pouco mais de vinte e seis mil pacientes em cumprimento de ordens judiciais no ano de 2014 [R\$ **156.957.764,20**], seria suficiente para manter o Hospital Governador Celso Ramos em funcionamento durante todo aquele ano [R\$ **126.163.310,40**], possibilitando a realização de mais de 175.000 (cento e setenta e cinco mil) atendimentos, e mais oito meses do Hospital Nereu Ramos [R\$ **26.366.336,72**], possibilitando a realização de quase mais vinte mil atendimentos [19936].

Além disso, apenas mais uma constatação: o valor gasto para atender os cerca de vinte e seis mil pacientes judiciais no ano de 2014 manteria em funcionamento, durante dois meses, **todos** os treze hospitais sob administração direta da SES, a um custo de 144 milhões [2 x R\$ 72.156.242,55], **em benefício de mais de cento e setenta mil pessoas**.

Como base nesses dados, e diante da dimensão de recursos públicos mobilizados no processo, parece-nos seguro afirmar a relevância da continuidade da pesquisa, que se ocupará, no próximo capítulo, de observações empíricas feitas pelo autor da presente dissertação ao longo de mais de dois anos de trabalho na Secretaria de Estado da Saúde de Santa Catarina.

CAPÍTULO 3

CAUSAS DESTACADAS, ASPECTOS PREOCUPANTES E PERSPECTIVAS DE FUTURO PARA A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

3.1 CAUSAS DESTACADAS DO FENÔMENO

Dando continuidade à dissertação, no que tange à investigação específica da Judicialização da Saúde, passamos a elencar, a título de ilustração, algumas das causas que concorrem para o surgimento do fenômeno. Trata-se de verificação, a partir da livre observação do autor da presente dissertação ao longo de dois anos e meio de atuação na Secretaria de Estado da Saúde de Santa Catarina.

Nesse passo, passamos a enumerar as seguintes causas, divididas em três diferentes eixos: a) Ineficiência Administrativa e a Falta de Credibilidade do Estado; b) a Complexidade da Administração pública; c) a cultura e a Conveniência da Judicialização.

3.1.1 Ineficiência Administrativa e Falta de Credibilidade

Um primeiro elemento de fomento à Judicialização está relacionado ao modelo de Estado que o constitucionalismo pátrio adota: o do Estado de perfil Social e intervencionista, em contraposição ao Estado absenteísta do liberalismo. Com a passagem do Estado Liberal para o Estado de Providência, a prestação de serviços perde seu caráter assistencial e caritativo, passando os serviços públicos a serem percebidos como direitos próprios da população. E, quando o Estado falha na concretização desses direitos, dá azo à Judicialização.

Com o aumento da atividade estatal, todavia, aumenta também a burocracia necessária à concretização dos serviços, a qual, como é sabido, a partir de certo ponto, tende a entregar cada vez menos resultados à custa de cada vez mais investimentos.¹⁸⁰ De fato, são inúmeros os exemplos em que a Administração

¹⁸⁰STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 193.

falha em sua missão de garantir o acesso aos serviços de Saúde: casos de desrespeito à universalidade, fruto de um sistema político que prestigia determinadas regiões em detrimento de outras; casos de desrespeito à igualdade no acesso, nos quais a posição em uma fila de espera vira objeto de tráfico de influência; ou casos em que sequer foi estabelecida Política Pública correlata, revelando franca omissão estatal.¹⁸¹

Seja como for, a inegável dificuldade de concretização do chamado Estado Social serve para impulsionar o processo de Judicialização. Nas palavras de Elival da Silva:

Não resta dúvida de que o ainda significativo descompasso entre as condições socioeconômicas projetadas pela Constituição a todos os brasileiros e aquelas efetivamente vivenciadas pela maioria da população é um dos combustíveis do voluntarismo judiciário, que pretende fazer valer o dever-ser constitucional, ignorando os limites de seu poder conformador da realidade factual (força normativa).¹⁸²

A Ineficiência Administrativa, contudo, para além dos inúmeros processos judiciais que provoca diretamente, produz como efeito residual a Falta de Credibilidade no sistema, a qual, apesar de diretamente derivada da primeira, com ela não se confunde, eis que pode haver casos de Judicialização sem que tenha havido a ineficiência propriamente dita. Vale dizer, os recorrentes episódios de falha no serviço criam ambiente propício para o surgimento da sensação de incapacidade do Estado de fazer frente às demandas sociais, o que acaba ocasionando a propositura de processos judiciais em hipóteses em que a atuação administrativa teria completas condições de resolver o problema.

Por outro lado, uma vez que a Ineficiência Administrativa também se verifica em relação ao cumprimento de ordens judiciais¹⁸³, eis que sistêmica e não

¹⁸¹ Sobre os vícios da política insustentável: FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 179 e seguintes.

¹⁸² RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 288.

¹⁸³ Para Luís Inácio Adams, de fato, “[...] o excesso de liminares para a entrega de remédios reduz a capacidade do Estado gerir o problema, verificando-se perda muito grande de eficiência. E a assertiva pode ser empiricamente testada”. ADAMS, Luís Inácio Lucena. A judicialização na área da saúde e a atuação da advocacia pública. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coord.). **Terceiro setor e parcerias na área de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 271-279.

deliberada, a nosso sentir, também os julgadores adquirem uma espécie de prevenção em relação à capacidade da administração de resolver as questões que lhes são trazidas em juízo. Aquilo que era mera suspeita de que o SUS não funcionava, adquirida mediante relatos de conhecidos e notícias de jornais, é confirmado na prática, a cada caso de descumprimento de prazo de uma “simples” determinação de entrega de medicamentos, por exemplo¹⁸⁴. A impressão torna-se, nesse momento, convicção, e a “antipatia” pelo réu encontra terreno fértil para florescer. Alexandre Morais da Rosa traz interessante reflexão aplicável ao Processo Penal, a qual, mudando o que deve ser mudado, pode ser aplicada à presente dissertação:

Quando o investigador, o membro do Ministério Público ou mesmo o Juiz “cismam” com o investigado/acusado, crentes na culpa pressuposta, por instinto, intuição ou certezas lancinantes, mesmo que equivocadas, o trabalho do processo como mecanismo de produção democrática de culpa pode ser manipulado. A defesa necessitará realizar esforço maior para vencer a certeza, movida pela dissonância cognitiva, praticamente pressuposta.¹⁸⁵

As consequências dessa antipatia para quem faz a defesa do SUS em juízo, contudo, são nefastas. Como o primeiro contato com os fatos será por meio da narrativa dos autores, a tendência do julgador é, quase sempre, de concordar com seus argumentos, dispensando a prévia oitiva da outra parte antes de tomar sua decisão. A defesa, portanto, quase sempre “larga atrasada”, com a obrigação de cumprir a antecipação dos efeitos da tutela antes mesmo da própria citação do réu, o que, não raro, causa o esgotamento do objeto processual antes do oferecimento da sua primeira manifestação em juízo. O trabalho da defesa, portanto, não se limita à refutação dos argumentos jurídicos de cada processo, os quais, conforme afirmado no capítulo anterior, tem cada vez menos influência no resultado dos julgamentos. De fato, o papel da defesa, ao menos no que tange ao fenômeno da Judicialização, se prende muito mais ao momento pré-processual, mediante a

¹⁸⁴“O perigo de jogos repetitivos entre os jogadores é o de as situações anteriores contaminarem a atual. Alguns magistrados leem as razões recursais e colocam os jogadores no ‘cadastro negativo’ dos jogadores, negatizando, por assim dizer, o crédito processual, além de má vontade para com as razões apresentadas nos jogos futuros. Reputação é o que fica de cada ato processual.” ROSA, Alexandre Morais da. **Teoria dos jogos e processo penal: a short introduction**. Florianópolis: Empório Modara, 2017. p. 108.

¹⁸⁵ROSA, Alexandre Morais da. **Teoria dos jogos e processo penal: a short introduction**. Florianópolis: Empório Modara, 2017. p. 98.

articulação de táticas que possibilitem a superação da barreira das convicções prévias do julgador, de modo a garantir, pelo menos, um início de processo com paridade de armas.¹⁸⁶

A Falta de Credibilidade, portanto, também pode ser apontada como importante fator no processo de Judicialização de Políticas Públicas, em especial as de Saúde, influenciando tanto no surgimento de novas demandas, quanto no resultado processual.

3.1.2 Complexidade da Administração

Há que se reconhecer, também, que a Complexidade da Administração Pública e da organização do SUS colabora para o processo de Judicialização, principalmente quando aliada ao aspecto da sua Falta de Credibilidade, anteriormente analisado. Além das regras gerais de organização do sistema, são pelo menos 48 Políticas Públicas de Saúde, 10 organizações temáticas da Rede de Atenção à Saúde, diversos sistemas, ações e serviços, além do seu próprio financiamento.

De acordo com levantamento feito pelo Ministério da Saúde, até 27 de setembro de 2017, foram analisadas 17 mil portarias, oriundas apenas do gabinete do ministro, das quais somente 700 traziam normas válidas ao funcionamento do SUS. A par disso, faltaria consolidar, ainda, mais de 40 mil portarias das secretarias do Ministério da Saúde e as resoluções da Comissão Intergestores Tripartite (CIT). O projeto de consolidação tem término previsto para 2020, mediante a publicação do “Código do SUS”.¹⁸⁷

¹⁸⁶“O trabalho dos jogadores, principalmente o defensivo, depende da postura e do grau de antecipação cognitiva do julgador. Desconsiderar isso é muito ingênuo em jogos interacionais compostos por seres humanos. A defesa, portanto, larga atrasada, muitas vezes precisando articular táticas de instauração efetiva da dissonância cognitiva no julgador, tarefa árdua. Isso porque a depender do mapa mental do julgador e de sua postura quanto ao objetivo do processo penal, a incidência da tendência confirmatória se fará mais ou menos relevante.” ROSA, Alexandre Morais da. **Teoria dos jogos e processo penal**: a short introduction. Florianópolis: Empório Modara, 2017. p. 17.

¹⁸⁷CÓDIGO do SUS vai reunir todas as regras da rede pública de saúde. **Portal Governo do Brasil**, Brasília, 23 dez. 2017. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2017/09/codigo-do-sus-vai-reunir-todas-as-regras-da-rede-publica-de-saude>>. Acesso em: 2 jan. 2018.

Nesse ponto, parece ficar clara, mais uma vez, a opção deliberada exposta no item anterior, de assumir como verdadeira a premissa de que houve falha na prestação do serviço de Saúde, motivo pelo qual a Administração seria “culpada”, e dispensar, assim, o exaustivo processo cognitivo necessário à compreensão do SUS. A descrença generalizada no sistema passa a ser um argumento pré-processual: os julgadores partem da premissa de que houve falha por parte da Administração, sem sequer investigar a complexa organização do SUS. A adoção dessa premissa, nas palavras de Alexandre Morais da Rosa, revela processo a que a psicologia chama de heurística:

Logo, heurísticas são atalhos de como pensamos. Nossa memória de trabalho não é infinita, nem o tempo de reflexão. Isso porque processamos as informações do ambiente e as probatórias dentro das limitações humanas e precisamos, para reduzir o esforço, criar mecanismos de decisão pronta, uma vez que nem sempre estamos interessados (não há recompensas suficientes) para que prestemos a devida atenção (principalmente em casos repetitivos ou por efeito da dissonância cognitiva), gerando, em geral, padrões de comportamento decisório. A Heurística diminui a carga de trabalho mental que manejamos durante o dia. Gera conforto, aparente coerência, mas pode ser uma armadilha cognitiva.¹⁸⁸

Um exemplo interessante de combinação entre a Falta de Credibilidade e a Complexidade da Administração é a que envolve a questão dos gastos com publicidade, argumento usualmente levantado para apontar o desperdício de dinheiro público em finalidades que não a Saúde, dando a entender que se o Estado não tivesse gastos com publicidade, o problema da Judicialização estaria resolvido.

Para ilustrar com clareza, de se referir a decisão proferida nos autos da Ação Civil Pública nº 5021354-24.2013.404.7200, da Justiça Federal de Santa Catarina, que acolheu pedido de antecipação dos efeitos da tutela formulado pela Defensoria Pública da União para determinar o sequestro de 30% (trinta por cento) das verbas destinadas à publicidade do Estado de Santa Catarina, a fim de custear

¹⁸⁸ ROSA, Alexandre Morais da. **Teoria dos jogos e processo penal**: a short introduction. Florianópolis: Empório Modara, 2017. p. 18.

as despesas necessárias à regularização da fila de cirurgias ortopédicas no âmbito do Estado de Santa Catarina¹⁸⁹. Leia-se o dispositivo da decisão:

Ante o exposto, defiro, em parte, a liminar para determinar à União e ao Estado de Santa Catarina que: a) no prazo máximo de até 90 (noventa) dias apresentem um programa para a realização imediata das cirurgias ortopédicas eletivas dos pacientes que se encontram listados no âmbito do Hospital Celso Ramos e Hospital Regional de São José (evento 59), circunstanciando as medidas a serem adotadas para a equalização do déficit de médicos cujas especialidades são necessárias à realização dos procedimentos cirúrgicos em ortopedia e, ainda, um cronograma para a realização das cirurgias em prazo não superior a 6 (seis) meses; b) no prazo de até 60 (sessenta) dias, apresente nos autos as listas completas e detalhadas por especialidade, com a identificação do paciente, seu endereço, o tipo de cirurgia a ser realizado, a data da indicação cirúrgica e a unidade de saúde em que deverá ser realizado o procedimento, relativamente a todos os usuários do Sistema Único de Saúde que ainda aguardam realização de cirurgias eletivas em unidades hospitalares da rede pública administrada pelo Estado de Santa Catarina; c) esclarecer, em até 30 (trinta) dias, quais os municípios catarinenses que possuem gestão plena junto ao Ministério da Saúde na área de ortopedia; d) apresentar, em até 30 (trinta) dias, cronograma de mutirão de cirurgias ortopédicas já realizados e com previsão para serem realizados com amparo na Lei Estadual n. 16.160, de 7 de novembro de 2013; e) apresentar, em até 30 (trinta) dias, estudo sobre a viabilidade da implantação da regulação de consultas, de leitos de UTI e de leitos de internação nas demais regiões do Estado de Santa Catarina. Determino, outrossim, o arresto prévio de 30% (trinta por cento) do valor das verbas destinadas à publicidade do Estado de Santa Catarina para fazer frente às despesas advindas com a adoção das medidas necessárias à regularização da fila de cirurgias ortopédicas em âmbito estadual, devendo tal valor ser contingenciado compulsoriamente no orçamento, até que seja extinta a fila das cirurgias ortopédicas.

Ora, a primeira consideração a ser feita é quanto significa, efetivamente, o sequestro de 30% das verbas de publicidade. Tomando sempre como referência o ano de 2014, podemos verificar as seguintes despesas com serviços de publicidade e propaganda, classificadas por temas:

¹⁸⁹BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). Antecipação de tutela na ação civil pública n. 5021354-24.2013.404.7200/SC. Juiz federal substituto Diógenes Tarcísio Marcelino Teixeira. Florianópolis, 7 de maio de 2014. **Revista Consultor Jurídico**, maio 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/vara-florianopolis-concede-liminar.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2018.

Tabela 2 — Despesas com serviços de publicidade e propaganda, classificadas por temas¹⁹⁰

TEMAS	VALORES
Pacto por Santa Catarina	R\$ 24.858.855,31
Saúde	R\$ 5.732.437,78
Cultura, Esporte e Turismo	R\$ 2.199.986,53
Segurança Pública	R\$ 94.125,04
Desenvolvimento Sustentável	R\$ 4.959.182,56
Institucional	R\$ 2.003.131,57
Assistência Social	R\$ 39.157,11
Agricultura	R\$ 4.023.639,54
Educação	R\$ 3.996.599,26
Defesa Civil	R\$ 30.858,00
Justiça e Cidadania	R\$ 35.479,17
TOTAL GERAL	R\$ 47.973.451,87

Como se vê, o total geral dos gastos em publicidade no ano de 2014 alcançou o montante de R\$ 47.973.451,87 (quarenta e sete milhões, novecentos e setenta e três mil, quatrocentos e cinquenta e um reais e oitenta e sete centavos), de modo que o sequestro determinado alcançaria, no “melhor dos cenários” a cifra de R\$ 14.392.035,50 (catorze milhões, trezentos e noventa e dois mil, trinta e cinco reais e cinquenta centavos).

Optou-se, aqui, pela expressão “melhor dos cenários” porque, na realidade, mais da metade do valor (vinte e quatro milhões), se refere a despesas com a publicidade do programa governamental Pacto por Santa Catarina, desenvolvido com recursos do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES, e decorrentes de obrigações contratuais impostas como condições à obtenção do próprio financiamento, vale dizer, que não estariam disponíveis para

¹⁹⁰SANTA CATARINA. Tribunal de Contas. **Parecer prévio sobre as contas prestadas pelo governador do estado de Santa Catarina**: exercício 2014. Florianópolis, 2016. Disponível em: <http://www.tce.sc.gov.br/sites/default/files/Parecer%202014_vers%C3%A3o%20online.pdf>. Acesso em: 16 maio 2018. p. 100.

livre utilização pelo Estado. Por outro lado, há que se reconhecer, em cada um dos temas, a existência de programas relevantes no contexto de implementação de Políticas Públicas, cuja prioridade seria passível de confronto com a judicialmente estabelecida.

A decisão em comento, como se vê, parte de premissa não verificada, qual seja, a de que todo valor gasto com publicidade é, realmente, menos importante do que a fila de cirurgias ortopédicas de dois hospitais estaduais. Deixa de levar em consideração, por exemplo, que dentro desse valor se encontra a campanha contra a Dengue, que haveria consumido R\$ 1,32 milhão, e que tem efeitos diretos na proteção da Saúde.

Longe de se defender os gastos com publicidade, bastante elevados, diga-se de passagem, o que se pretende é chamar a atenção para a questão da capacidade institucional do Poder Judiciário em enfrentar questões como a presente. Para Luís Roberto Barroso:

Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou de conhecimento específico. Também o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis podem recomendar uma posição de cautela e de deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça, sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público.¹⁹¹

Seja como for, a excessiva complexidade da organização do SUS e da própria Administração pública também pode ser considerada dentre as causas apontadas no processo de Judicialização das Políticas Públicas de Saúde.

¹⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1794/2297> Acesso em: 26 abr. 2018. p. 13.

3.1.3 A cultura e a Conveniência da Judicialização

Também a cultura e a Conveniência da Judicialização têm seu papel no agravamento do quadro. É bem verdade que, do ponto de vista do usuário, diante de um sistema muitas vezes de difícil compreensão, seguidamente exposto a notícias e publicidade demonstrando casos em que judicialmente foi assegurado tratamento não disponível administrativamente (**quebra de Isonomia**, a ser estudada mais adiante), não é de causar espanto que prefira o acesso pela via judicial.

Nada obstante, cumpre observar que o fenômeno da Judicialização não se limita às Políticas Públicas de Saúde. Há que se reconhecer a Judicialização como fenômeno cultural, talvez até como efeito adverso das ondas de acesso à Justiça, as quais, levadas ao extremo, também contribuem para o aumento da litigiosidade.

A cultura da concessão da Justiça Gratuita, concedida sem maiores critérios, e a certeza de que o processo quase nunca terá consequência negativa ao autor, do ponto de vista da sucumbência, dá azo à propositura desenfreada de ações irresponsáveis e desprovidas de fundamentos, sendo seu melhor exemplo, talvez, o dos pedidos de indenização por danos morais.

O aprofundamento das demandas de Saúde, portanto e em certa medida, é também produto dessa cultura, principalmente se considerado o fato de que praticamente todo cidadão é potencial autor de uma demanda, dado que, em determinado momento de sua vida irá necessitar de algum tratamento de Saúde, por mais simples que seja.

Por outro lado, insta mencionar, ainda que rapidamente, os inúmeros interesses envolvidos no processo de Judicialização da Saúde, os quais passam ao largo da discussão sobre Eficácia das normas que asseguram direitos fundamentais e sua concretização.

De acordo com o Anuário Estatístico do Mercado Farmacêutico 2016, elaborado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, só no ano de 2016, o volume de comercialização da indústria farmacêutica no Brasil alcançou um

faturamento total de R\$ **63,5 bilhões**.¹⁹² Ora, é inegável o interesse da indústria farmacêutica no próprio fomento à Judicialização da Saúde, seja pelo lucro direto com a venda de medicamentos, seja pela possibilidade de financiamento de pesquisas em humanos.

A indústria farmacêutica, evidentemente, não é a única interessada no lucrativo fenômeno da Judicialização. As demandas de Saúde, com seus fundamentos repetitivos e alta probabilidade de sucesso, revelam-se como campo de atuação interessante para receber o crescente número de novos advogados que ingressam nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB a cada nova edição do exame de ordem, os quais, ao invés de oferecer o primeiro filtro à Judicialização, negando a propositura de processos notadamente improcedentes, aproveitam o nicho para tentar se estabilizar na disputa por espaço em um mercado de trabalho cada vez mais competitivo.¹⁹³

Também, a mídia, por seu turno, desempenha papel no aprofundamento do fenômeno. Não se discute o dever informativo nem a liberdade de escolha, por parte da imprensa, do material veiculado. Há que se concordar, contudo, que a inesgotável pauta da Judicialização da Saúde, da forma que produzida, focada muito mais nos dramas pessoais do que no esclarecimento sobre o funcionamento do sistema, antagonizando os pacientes, no papel de vítimas, os administradores no papel de vilões, e o Poder Judiciário, Ministério Público, defensoria e advocacia no papel de heróis lutando contra o sistema, serve também de fomento ao problema.

¹⁹² BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Anuário estatístico do mercado farmacêutico 2016**. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/documents/374947/3413536/Anu%C3%A1rio+Estat%C3%ADstico+do+Mercado+Farmac%C3%AAutico+-+2016/485ddf50-a37f-469f-89e5-29643c5c9df5>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

¹⁹³ A propósito, causa perplexidade as inúmeras iniciativas que envolvem a advocacia privada nas iniciativas de redução da Judicialização. É no mínimo ingênuo pensar que a classe, como um todo, tenha interesse em reduzir seu próprio mercado de trabalho. Lógica completamente inversa da dos atores públicos, a exemplo das defensorias, procuradorias e do próprio Poder Judiciário, os quais vêem na solução do problema a recompensa da redução de sua carga de trabalho. Sobre o assunto, Alexandre Morais da Rosa: “A cooperação tende a ser mais efetiva com jogadores públicos do que privados, dada a recompensa possível, francamente vinculada à carga de trabalho. Em caso de defensores privados, diante da possibilidade de ganhos monetários, deve-se perceber a consequência da consequência de eventuais acordos. Por exemplo, um defensor que recebe a remuneração mensal, enquanto durar o processo penal, pode ter menos incentivos ao seu término. Estamos falando de sujeitos humanos, complexos, maximizadores de seu bem-estar e não de sujeitos imaginários sempre munidos de boa-fé.” ROSA, Alexandre Morais da. **Teoria dos jogos e processo penal**: a short introduction. Florianópolis: Empório Modara, 2017. p. 85.

Por último, em relação ao próprio Governo Federal, o que se verifica é a indiscutível Conveniência da Judicialização da Saúde, ainda mais se levarmos em consideração o efetivo impacto do fenômeno no seu orçamento. Ora, enquanto o Estado de Santa Catarina, que representa cerca de 4% do PIB nacional, gastou, no ano de 2014, cerca de R\$ 157.000.000,00 (cento e cinquenta e sete milhões de reais) com o cumprimento de ordens judiciais, o Governo Federal gastou, no mesmo ano, **apenas** R\$ 838,4 milhões reais¹⁹⁴.

Nada obstante, não apenas em relação aos custos, mas também em relação à demanda de modernização das tecnologias do SUS, a Judicialização se mostra conveniente para o Governo Federal. A incorporação de novas tecnologias se baseia na análise de evidências científicas disponíveis sobre a eficácia, a efetividade, a acurácia e a segurança de medicamentos, assim como na avaliação de aspectos econômicos sob a perspectiva do Sistema Único de Saúde. Contudo, enquanto a incorporação demandaria o efetivo comprometimento de recursos federais para atendimento das demandas, a busca judicial pela garantia de tecnologias não incorporadas faz com que o custo desses atendimentos seja repassado aos Estados e Municípios, aliviando, assim, a “pressão” exercida sobre o Ministério da Saúde no processo de incorporação, além de possibilitar que drogas e tecnologias menos urgentes, menos eficazes ou economicamente menos viáveis sejam disponibilizadas à população antes de outras mais interessantes em uma perspectiva de Saúde pública.

De todo modo, a breve enumeração feita até aqui teve o intuito de demonstrar que a Judicialização da Saúde não pode ser imputada a um responsável específico, nem atribuída a causa determinada. De modo muito distinto, pode-se afirmar que seu surgimento é multidimensional, sendo que cada uma das concausas está interligada em certa medida.

¹⁹⁴ COSTA, Amanda. Em cinco anos, mais de R\$ 2,1 bilhões foram gastos com ações judiciais. **Portal do Ministério da Saúde**, Brasília, out. 2015. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/20195-em-cinco-anos-mais-de-r-2-1-bilhoes-foram-gastos-com-aco-es-judiciais>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

3.2 ASPECTOS PREOCUPANTES DA JUDICIALIZAÇÃO

Apresentadas algumas das prováveis causas do fenômeno, faz-se necessário esclarecer os aspectos pelos quais a Judicialização deve ser motivo de preocupação dos atores do processo. Isso porque a experiência demonstra serem diversos os operadores do direito que acreditam, de modo ingênuo, na Judicialização como alternativa para a solução das dificuldades do Estado em concretizar direitos fundamentais, em especial o Direito à Saúde.

Não se desconhece, evidentemente, a existência de aspectos positivos da própria Judicialização, como os mencionados por Luís Inácio Adams:

Porém, deve-se conceder, especialistas dão conta de que haveria também indícios de alguns pontos positivos no contexto da judicialização das discussões atinentes à saúde. Pode exemplo, já se problematizou que a busca de medicamentos por via judicial *pode* ter pressionado para a fixação de políticas públicas mais eficientes, e de maior alcance. Além disso, discussões judiciais em torno da entrega de medicamentos *podem* forçar a concepção de linguagem comum entre juristas e gestores da saúde.¹⁹⁵

A reflexão que se propõe, todavia, é no sentido de que os aspectos negativos superam, sobremaneira, os positivos, motivo pelo qual passamos a apresentar, novamente em rol não exaustivo, algumas das razões que justificam a presente crítica, às quais tomamos a liberdade de denominar como aspectos preocupantes.

3.2.1 Quebra da Isonomia

O primeiro dos chamados aspectos preocupantes é de fácil verificação no cotidiano: a Quebra da Isonomia. Da experiência forense colhem-se inúmeros exemplos de situações praticamente idênticas que mereceram tratamentos diversos, a depender do juízo a que foram distribuídas. Mesmos fatos, mesmos fundamentos e até os mesmos pedidos, soluções diferentes. Nas palavras de Alexandre Morais da Rosa, “em cada sala de aula, comarca, unidade, Tribunal e eventual composição

¹⁹⁵ ADAMS, Luís Inácio Lucena. A judicialização na área da saúde e a atuação da advocacia pública. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coord.). **Terceiro setor e parcerias na área de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 276.

dos órgãos julgadores, bem assim os humores e recompensas, as normas mudam; os sentidos migram diante da interação própria do jogo”.¹⁹⁶ Todos já se depararam com esse tipo de situação. O que chama atenção, contudo, é que se aceite isso como normal.

De volta ao artigo 196 da Constituição, colhe-se o Princípio da Igualdade como orientador do Sistema Único de Saúde, assim compreendido como a exigência de se conferir tratamento isonômico aos usuários do sistema. No contexto da Judicialização, contudo, o que se verifica é que o próprio Poder Judiciário age como agente de promoção da desigualdade, ao garantir prestações não disponíveis no sistema para alguns em detrimento de outros em situação idêntica ou até mais gravosa¹⁹⁷.

A explicação para isso talvez esteja ligada à falta de compreensão dos próprios julgadores de sua condição de integrantes de fenômeno coletivo. Sob o albergue do livre convencimento motivado, seguem avaliando Políticas Públicas e proferindo suas decisões como se o mundo estivesse restrito ao processo sob sua análise, ignorando, com isso, eventuais injustiças fora dele projetadas. Por mais que não se queira admitir, o próprio Judiciário, ao dar prioridade aos interesses de grupo determinado - o daqueles que têm a oportunidade de se socorrer de uma medida judicial, fomenta uma política clientelista, em detrimento da majoritária, em que custos e benefícios seriam distribuídos pela coletividade.¹⁹⁸

¹⁹⁶ ROSA, Alexandre Morais da. **Teoria dos jogos e processo penal**: a short introduction. Florianópolis: Empório Modara, 2017. p. 35.

¹⁹⁷ Para Gustavo Amaral, “O modelo que temos de controle individual leva a uma exacerbação da questão individual do autor e uma certa invisibilidade para as questões, também individuais, daqueles que possam ser privados dos recursos que, necessários para a satisfação de suas pretensões, serão consumidos para atender as do autor. O exemplo mais breve que se pode dar seria o de uma decisão judicial determinando o atendimento imediato de um paciente para fins de transplante, preterindo outros que poderiam ter preferência pelos critérios oficiais.” AMARAL, Gustavo. Judicialização do acesso ao SUS: concepções jurídicas e escolhas públicas. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coord.). **Terceiro setor e parcerias na área de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 264-265.

¹⁹⁸ “As políticas de tipo clientelista são aquelas em que os benefícios são concentrados em certos grupos e os custos são difusos na coletividade. São as políticas distributivas da tipologia de Lowi. [...] Por fim, políticas majoritárias são aquelas em que os custos e benefícios são distribuídos pela coletividade. Talvez essa categoria seja a mais numerosa em exemplos: a instituição de serviços públicos de Saúde, educação, segurança, defesa nacional, cultura, etc.” SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas**: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

Não se discute que não seria papel do julgador a análise de fatos para além do processo. Nada obstante, fica no ar o questionamento: em um contexto de crise do Estado de Bem-Estar Social¹⁹⁹, no qual não é possível se entregar tudo a todos, como garantir o tratamento igualitário aos usuários do sistema quando as próprias Políticas Públicas concebidas para tanto são ignoradas pelo Poder Judiciário? O argumento, como se vê, é autofágico: ao mesmo tempo que se defende a possibilidade de o Poder Judiciário escrutinar Políticas Públicas, se afirma não ser seu papel a concepção de política substituta. Para Gustavo Amaral, “ponderar as consequências não corresponde necessariamente a um utilitarismo quanto aos efeitos do ato em concreto, mas sim quanto ao prestígio do conjunto de regras cuja observação pela grande maioria dos envolvidos deva produzir os melhores resultados.”²⁰⁰

A Quebra da Isonomia pelo próprio Poder Judiciário, como se vê, é talvez o mais perverso dos aspectos da Judicialização, a demandar, inclusive, uma investigação mais aprofundada do conteúdo do próprio princípio, o qual, comumente utilizado para garantir a alguém aquilo que também está disponível a outrem, precisa

¹⁹⁹ O leitor mais atento deve ter percebido que evitou-se falar, até o presente momento, nas limitações financeiras do Estado no processo de implementação de Direitos Sociais. Longe de ter sido esquecimento, trata-se de opção deliberada de não utilização do argumento, tido por muitos como *ad misericordiam*, de modo a evitar levar a discussão para o campo da retórica vazia, já que a crise do modelo é comumente associada à excessiva burocracia e corrupção estatais, as quais, apesar de não se poder ignorar, não esvaziam o conteúdo das críticas da presente dissertação. Menciona-se, aqui, a opinião do autor da dissertação, no sentido de que, antes de considerar insuficientes os percentuais constitucionalmente estabelecidos, é de se avaliar a própria destinação dos recursos. De volta ao exemplo catarinense, onde se destinou, no ano de 2014, R\$ 865,3 milhões (53,58% do valor aplicado em Saúde) para pagamento de pessoal, o questionamento é no sentido de quanto desse valor efetivamente reverteu em Saúde à população, principalmente quando se sabe dos inúmeros casos de interrupção dos serviços por quebra de equipamentos, falta de insumos, greves de servidores, dentre outros, em que os salários seguem sendo pagos normalmente sem que se realize um único procedimento.

Registre-se, também, a opinião de Ingo Sarlet: “A reserva do possível, portanto, não poderá ser esgrimida como obstáculo intransponível à realização dos direitos sociais pela esfera judicial, devendo, além disso, ser encarada com reservas. Também é certo que as limitações vinculadas à reserva do possível não são em si mesmas uma falácia; o que de fato é falaciosa é a forma pela qual o argumento tem sido por vezes utilizado entre nós, como óbice à intervenção judicial e desculpa genérica para uma eventual omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente daqueles de cunho social.” SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 562.

²⁰⁰ AMARAL, Gustavo. Judicialização do acesso ao SUS: concepções jurídicas e escolhas públicas. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coord.). **Terceiro setor e parcerias na área de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 264.

ser compreendido também como fundamento para negar ao primeiro aquilo que não poderá ser entregue ao segundo.

Intimamente ligado a este primeiro aspecto, o item seguinte da nossa enumeração, o qual denominamos de “Paradoxo da Legalidade”, revela situação igualmente preocupante.

3.2.2 “Paradoxo” da legalidade

Da observação do fenômeno da Judicialização se extrai outra constatação bastante interessante: ao juiz é dado oferecer, no caso concreto, soluções que não estão disponíveis ao administrador, a despeito de estarem ambos, ou isso ao menos é o que se imagina, sujeitos às mesmas leis. Para além do enfraquecimento do próprio Estado Democrático, ao colocar um poder em condição de superioridade a outro, a constatação reforça a impressão de que a Judicialização, longe de servir para corrigir distorções e falhas pontuais do sistema, tem sido utilizado para colocar determinadas pessoas em posição de privilégio em relação à toda a coletividade. Streck e Moraes comentam essa autoridade inexplicável do Poder Judiciário:

[...] a sociedade brasileira, colocada entre dois pólos (carência e privilégio), não consegue ser democrática, por não encontrar meios para isso. As leis, por sustentarem os privilégios das elites, não são vistas como expressão nem de direitos nem de vontades provenientes de decisões públicas e coletivas. O Poder Judiciário aparece, desse modo, como misterioso, detentor de uma autoridade quase mística. Por isso a sociedade aceita que a legalidade seja, por um lado, incompreensível, e, por outro, ineficiente (a impunidade não reina livre e solta?) e que a única relação possível com ela seja a da transgressão (o famoso “jeitinho”).²⁰¹

Talvez um exemplo possa esclarecer este aspecto com mais facilidade. Passemos a ele.

Imaginemos a seguinte situação: em dado Município do interior de determinado Estado uma cidadã notadamente humilde bate às portas da prefeitura e consegue uma audiência com o Prefeito; ela roga seja fornecido a seu filho menor

²⁰¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 88.

tratamento de alto custo, nada obstante não esteja ele padronizado em nenhuma Política Pública afeta às competências municipais; o Prefeito consulta seus assessores, que confirmam ser a mulher carente, bem como a condição de Saúde do menor; confirmam, ainda, que o Município teria capacidade financeira para adquirir o tratamento naquele caso específico, muito embora não o pudesse fazer, em um exercício de planejamento a longo prazo, para todos os menores do Município que viessem a sofrer da mesma moléstia. O Prefeito, consternado com a situação da criança, determina a compra do medicamento, sem licitação, e sua entrega à mãe do menor. As consequências do seu ato são previsíveis: uma auditoria do Tribunal de Contas para investigar a compra sem licitação; uma ação civil pública por improbidade administrativa; eventual questionamento na Justiça Eleitoral em razão da distribuição gratuita de bens no período que antecede a eleição, se for o caso.²⁰²

Imaginemos, todavia, que o Prefeito, alertado por sua Procuradoria sobre as possíveis consequências de seus atos, negue o pedido da mãe carente, a qual, inconformada, vá até a Defensoria Pública para narrar a situação. O Defensor Público, no exercício de sua atribuição constitucional de defesa dos interesses individuais dos necessitados, propõe medida judicial contra o mesmo Município que negou o pedido inicial, e obtém, em caráter liminar, determinação judicial para que o Prefeito adquira e forneça à pobre criança imaginária a medicação de que ela necessita, no prazo de 24 horas, sob pena de multa pessoal em caso de descumprimento. O mesmo prefeito determina, de imediato, a compra do medicamento, sem licitação, e sua entrega à mãe do menor. Quais as consequências de seu ato? Provavelmente nenhuma.

Ora, o proposto paradoxo é evidente: se a criança tinha direito ao medicamento, porque não poderia o prefeito entregá-lo imediatamente? Por outro

²⁰²Fábio Mazza recorda ainda que “[...] o administrador público fica vinculado ao ordenamento orçamentário, passível de ser punido conforme tipificado na Lei de Crimes Fiscais, caso ocorra a ordenação de despesas não previstas em lei. Poderá ser punido ainda por crime de responsabilidade fiscal (Leis nº 1.079/1950 e 10.028/2000), por infringir dispositivo orçamentário ao realizar despesa não prevista ou em montante superior ao previsto no orçamento.” MAZZA, Fábio. Judicialização da saúde e planejamento orçamentário: as decisões do Supremo Tribunal Federal. In: SANTOS, Lenir; TERRAZAS, Fernanda (Orgs.). **Judicialização da saúde no Brasil**. Campinas, SP: Saberes, 2014. p. 374.

lado, se não tinha direito e o prefeito estava sujeito à responsabilização pelos seus atos, porque não o está também o juiz que ordenou a entrega? O ordenamento jurídico, ao menos em tese, é uno, e, se o Poder Judiciário pode extrair diretamente do texto constitucional um direito, também a Administração deveria poder fazê-lo, naquilo que Juarez Freitas denomina como “constitucionalização das relações administrativas”:

O princípio da legalidade, em consórcio com o princípio constitucional da sustentabilidade, deixa-se nuançar ricamente pela perspectiva de prazo longo e de sopesamento adequado dos efeitos de aplicação da norma no tempo (sem a ingenuidade de tratá-la apenas como válida ou inválida), sob pena de irracionalismo em nome (falso) da previsibilidade jurídica. Aparece, antes de mais, como determinação modulada de observância do Direito Administrativo como sistema aberto (mais do que de subsunção acrítica de regras legais). De fato, inadmissível que a reserva legal e a crença cega na onipotência das regras (ecos da Escola da Exegese e do pensamento clássico), neguem a constitucionalização das relações administrativas, impedindo o alinhamento com exigências de legitimidade substancial contínua.²⁰³

De volta ao problema proposto, e partindo da premissa de que a proposta de Juarez Freitas constitui ponto evolutivo ainda não alcançado, a pergunta seria de onde os julgadores extraem a autoridade para interpretar e até desconsiderar a literalidade da lei, marco intransponível ao Poder Executivo. Em termos dogmáticos, Elival da Silva acentua que

Não é dado ao Poder Judiciário definir, discricionariamente, o nível de eficácia de norma constitucional, em sede de direitos fundamentais ou não. Se a análise dos elementos interpretativos pertinentes, com destaque, na espécie, para os de ordem sistemática, histórica e teleológica, bem como, secundariamente, para os dados extraídos da realidade material, indica a natureza programática da norma-matriz, não é lícito à Corte Constitucional, sob o argumento da fundamentalidade do direito nela expresso, conjugando com referências genéricas ao princípio da força normativa, ignorar a opção prescritiva adotada, inequivocamente, pela Constituição, a qual torna dependente de providências integrativas de amplo espectro (que vão da formulação de políticas

²⁰³ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 201. No mesmo sentido, para Luís Roberto Barroso “o fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo.” BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1794/2297> Acesso em: 26 abr. 2018.

públicas adequadas à sua cabal execução, abrangente de medidas legislativas, administrativas - normativas ou não normativas - e orçamentárias) a implementação efetiva do direito contemplado.²⁰⁴

Mais adiante, atribui esse rompimento com o direito posto ao chamado moralismo²⁰⁵ jurídico:

Vislumbra-se no esboço propositivo neoconstitucionalista as tintas de um fluido moralismo jurídico, que “não despreza o direito posto”, mas que o descarta, se necessário for, para que prevaleça a ordem objetiva de valores a que prestam vassalagem. Cuida-se sim de um jusnaturalismo mitigado, em que se propugna o distanciamento de categorias metafísicas ou do subjetivismo axiológico, para buscar na racionalidade argumentativa (à Alexy) ou na experiência histórica (à Dworkin) um mínimo de objetividade ética que permita a superação (em determinadas circunstâncias, apenas) da objetividade do direito legislado.²⁰⁶

O denominado Neoconstitucionalismo, desse modo, serviria como álibi teórico, verdadeiro instrumento de justificação de uma decisão que se basearia muito mais na imposição voluntarista de concepções pessoais do que nos elementos do caso concreto.²⁰⁷ Sua fragilidade teórica contudo, seria facilmente perceptível na indevida invocação de autores estrangeiros, no constante recurso à retórica vazia e

²⁰⁴ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 271.

²⁰⁵ Para Dale Jamieson, a “Moralidade é um sistema comportamental, com um certo tom apaziguador, que evolui entre determinados animais sociais com o propósito de regular suas interações. Tais sistemas são característicos de animais sociais vivendo sob certas condições, tais como escassez, porque, nessas circunstâncias, se cada um agir apenas por si e para si pode ocorrer um desastre para todo mundo.” JAMIESON, Dale. **Ética & meio ambiente**: uma introdução. São Paulo: Senac São Paulo, 2010. p. 54.

²⁰⁶ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 296.

²⁰⁷ Luis Roberto Barroso, por seu turno, não destoa, ao afirmar que “[...] a observação atenta, a prática política e pesquisas empíricas confirmam o que sempre foi possível intuir: os valores pessoais e a ideologia dos juízes influenciam, em certos casos de maneira decisiva, o resultado dos julgamentos.” E, ainda: “Todo caso difícil pode ter mais de uma solução razoável construída pelo intérprete, e a solução que ele produzirá será, em última análise, aquela que melhor atenda a suas preferências pessoais, sua ideologia ou outros fatores externos, como os de natureza institucional. Ele sempre agirá assim, tenha ou não consciência do que está fazendo. BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1794/2297> Acesso em: 26 abr. 2018.

passionalismo, e na necessidade de construção de imagem caricatural do positivismo.²⁰⁸

A preocupação com o aparente paradoxo, ademais, também se justifica para chamar a atenção à necessidade de coerência dentro do próprio Poder Judiciário: ao passo que alguns juízes são extremamente positivistas, outros optam por posições menos conservadoras, sem falar naqueles que se comportam da maneira mais conveniente ao caso concreto²⁰⁹. As consequências dessa incongruência, por seu turno, projetam seus efeitos sobre os usuários do sistema, ao promover situações de desigualdade de acesso, conforme já demonstrado anteriormente, quando tratamos da Quebra da Isonomia.

3.2.3 Esvaziamento do Sistema e Desperdício de Recursos

Dando sequência à análise dos chamados aspectos preocupantes da Judicialização, passamos a analisar outro efeito deletério da indevida interferência judicial nas Políticas Públicas de Saúde: o esvaziamento do próprio sistema. Referido aspecto se confunde com os anteriores quando tratamos de hipóteses como a do fornecimento de tratamento não previsto em política pública, em detrimento dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS, por exemplo. Nada obstante, o esvaziamento do sistema também se dá pela desconsideração das competências de cada um dos entes da federação em relação ao SUS²¹⁰. Segundo Renato Dresch:

Mercê da hierarquização do sistema, não há como exigir que a União, os Estados e os Municípios ofereçam, simultaneamente, estruturas para a realização de atividades idênticas, até porque, dentre os princípios orientadores do SUS, constantes da Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90), está o da organização dos

²⁰⁸ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 300.

²⁰⁹ “Uma pesquisa empírica revelará, sem surpresa, que os mesmos juízes nem sempre adotam os mesmos métodos de interpretação. Seu método ou filosofia judicial é mera racionalização da decisão que tomou por outras razões. E aí surge uma nova variável: o resultado baseado não no princípio, mas no fim, no resultado.” BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1794/2297> Acesso em: 26 abr. 2018.

²¹⁰ Item 2.1. do Capítulo II - Divisão de Competências

serviços públicos de modo a evitar a duplicidade de meios para fins idênticos (art. 7º, XIII).

A interpretação de que a solidariedade do art. 23, II, da Constituição federal é absoluta implicará desconsiderar toda a estrutura do sistema normativo da saúde, violando o princípio da eficiência da administração pública e a diretriz da descentralização político-administrativa, da regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde.²¹¹

O esvaziamento do sistema também se dá, por exemplo, quando, a despeito da existência de Política Pública clara sobre o tratamento pleiteado, o Poder Judiciário dá abrigo à pretensão sem que sequer tenha sido procurada a via administrativa. Sob o argumento de que a exigência de prévio requerimento administrativo seria injustificada burocracia, que serviria apenas para dificultar o acesso à Saúde por parte do autor, Políticas Públicas organizadas e em pleno funcionamento são a todo tempo desconsideradas, imputando judicialmente a determinados entes responsabilidades que originalmente seriam de outros.

Ora, a persistir a atual compreensão de responsabilidade solidária dos entes federados, que determina ser opção do autor da ação a escolha de qual ente federativo deve ocupar o pólo passivo de determinado processo²¹², poderia um Município pequeno do interior do Estado ser demandado a fornecer um tratamento com o medicamento *Soliris* (Eculizumab), considerado o medicamento mais caro do mundo, ao custo anual de R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais) por ano.²¹³ Poderia, por outro lado, a União ser demandada a fornecer uma cartela de aspirina a qualquer cidadão do país. Mais do que atentar contra o princípio da eficiência, a

²¹¹ DRESCH, Renato Luís. Federalismo solidário: a responsabilidade dos entes federativos na área da saúde. In: SANTOS, Lenir; TERRAZAS, Fernanda (Org.). **Judicialização da saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2014. p. 52.

²¹² Confira-se, sobre o assunto, o Recurso Extraordinário 855.178, assim ementado: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral no recurso extraordinário n. 855.178/SE. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 5 de março de 2015. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Pesquisa de Jurisprudência, Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8015671>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

²¹³ Dados extraídos de reportagem publicada pela revista *Época* em 16 de março de 2012: SEGATTO, Cristiane. O paciente de R\$ 800 mil. **Revista Época**, Caso Extraordinário, 16 mar. 2012. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>>. Acesso em: 4 jan. 2018.

noção de responsabilidade solidária dos entes federados atenta contra o próprio bom-senso.

De fato, a maneira como se consolidou a jurisprudência, no sentido de que a garantia da Saúde seria obrigação solidária de todos os entes federativos, cabendo ao autor escolher em relação a qual ente demandar, inviabiliza a realização de um planejamento adequado das políticas de Saúde, uma vez que ignora qualquer tentativa de divisão racional de competências das ações e serviços de Saúde. Vale dizer: o Estado é constantemente demandado em relação a prestações que, administrativamente, seriam responsabilidade do Município ou da União. Ora, ainda que, do ponto de vista do paciente, a Intervenção Judicial talvez se faça necessária, da maneira como é levada a efeito, referida intervenção beneficia o mau gestor, na medida em que transfere a outro ente a obrigação de resolver determinada demanda que seria de sua responsabilidade.

Mais uma vez, torna-se evidente o processo de retroalimentação perpetrado pela Judicialização: muito embora não se possa atribuir a culpa [**Ineficiência Administrativa**] a determinado ente por não entregar medicamento afeto à competência de ente diverso, sem que sequer tenha havido prévio requerimento administrativo [**Cultura da Judicialização**], eventual descumprimento de ordem judicial cria a aparência de que as coisas não funcionam [**perda da credibilidade**], tornando o juiz predisposto a, em uma próxima oportunidade, conceder novamente a determinação liminar. É a Judicialização fomentando a própria Judicialização, sendo seu subproduto mais evidente, o desperdício de recursos públicos, que será demonstrado em um exemplo prático.

Levantamento feito pelo Núcleo de Apoio Técnico da Secretaria de Estado da Saúde de Santa Catarina - SES/SC, no ano de 2015, revelou que, **dos 85 pacientes** cadastrados pela SES/SC em razão de determinação judicial para tratamento com o novo (à época) protocolo da Hepatite C, com medicamentos antivirais de ação direta livres de *interferon* [*Sofosbuvir*, *Simeprevir* e *Daclatasvir*], pelo menos **35 pacientes** contemplariam o protocolo para atendimento pelo

Componente Especializado da Assistência Farmacêutica, vale dizer, receberiam seu tratamento administrativamente, sem necessidade da propositura de ação judicial.²¹⁴

Referido protocolo integrava o Grupo 1A do Componente Especializado, que corresponderia aos

medicamentos com aquisição centralizada pelo Ministério da Saúde e fornecidos às Secretarias de Saúde dos Estados e Distrito Federal, sendo delas a responsabilidade pela programação, armazenamento, distribuição e dispensação para tratamento das doenças contempladas no âmbito do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica;²¹⁵

Em termos práticos, e para fins do raciocínio que se pretende demonstrar, a inclusão dos medicamentos no Grupo 1A significa que seu custeio seria responsabilidade exclusiva da União. Todavia, como já relatado, à época do levantamento, eram 85 os pacientes cadastrados para cumprimento pelo Estado de Santa Catarina. Passemos, então, aos valores.

O preço de aquisição, pela SES/SC, de 28 cápsulas duras de Simeprevir 150mg, à época, chegou a R\$ 25.374,72 (vinte e cinco mil, trezentos e setenta e quatro reais e setenta e dois centavos). Pelas mesmas 28 cápsulas duras, à época, a União pagaria R\$ 2.984,80 (dois mil, novecentos e oitenta e quatro reais e oitenta centavos) - 88,2% a menos do que o valor pago pelo Estado. Em relação ao Daclatasvir, o preço de aquisição de 28 cápsulas duras chegou a R\$ 12.695,48 (doze mil, seiscentos e noventa e cinco reais e quarenta e oito centavos). Pelas mesmas 28 cápsulas duras, à época, a União pagaria R\$ 2.242,80 (dois mil, duzentos e quarenta e dois reais e oitenta centavos).

Se considerarmos, portanto, que pela opção deliberada do autor o Estado foi obrigado a fornecer medicamento padronizado e afeto à competência de outro ente - a União, sem que sequer tenha havido investida administrativa, e a pagar,

²¹⁴ Dos demais pacientes investigados, pelo menos 34 não apresentaram dados suficientes no processo judicial para aferir sua adesão ao protocolo, o que significa que o percentual de adesão seria certamente maior.

²¹⁵ BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria nº 1.554, de 30 de julho de 2013. **Biblioteca Virtual em Saúde**, Brasília, 2013. Disponível em: <<http://portal.arquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2014/abril/02/pt-gm-ms-1554-2013-alterada-1996-2013.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

com isso, quase 90% mais caro do que o medicamento custaria dentro do sistema, parece-nos suficientemente demonstrado o desperdício de recursos públicos.

O esvaziamento do sistema promovido pela Judicialização, evidentemente, não se prende apenas ao desperdício de recursos. De se referir, também, o fenômeno da Judicialização da substância chamada Fosfoetanolamina, objeto de inúmeros processos judiciais no ano de 2016, e que, apesar da total ausência de estudos técnicos que comprovassem sua eficácia no tratamento contra o câncer, deu origem a uma profusão de ordens judiciais determinando seu fornecimento, a despeito do fato de que referida substância sequer tenha chegado a ser produzida em grande escala ou comercializada.

No caso narrado, o esvaziamento não se dava pelo aspecto financeiro, uma vez que a substância era de custo baixíssimo, mas sim pela total desconconsideração do papel dos órgãos de avaliação e incorporação de tecnologias em Saúde, obrigando o próprio Estado, por meio de determinação judicial, a fornecer substância cuja eficácia e segurança de uso por seres humanos eram totalmente desconhecidas.²¹⁶

Encerrado este breve rol de aspectos preocupantes da Judicialização da Saúde, passamos à terceira parte deste capítulo, que investigará as perspectivas de futuro do fenômeno.

3.3 PERSPECTIVAS DE FUTURO

3.3.1 A Sustentabilidade como paradigma

Encaminhando para a parte final deste terceiro capítulo, e tendo em conta a pesquisa até aqui desenvolvida, passamos a propor a análise da questão da

²¹⁶ A propósito, leia-se o comentário de Clênio Jair Schulze, por ocasião da aprovação da Lei Federal 13.269, de 13 de abril de 2016, que “autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna.”, cuja eficácia foi suspensa pelo Supremo Tribunal Federal, em liminar concedida na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5501: SCHULZE, Clênio Jair. A fosfoetanolamina voltou. **Empório do Direito**, 18 abr. 2016. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/a-fosfoetanolamina-voltou-por-clenio-jair-schulze>>. Acesso em: 5 jun. 2018.

Judicialização das Políticas Públicas de Saúde utilizando a Sustentabilidade como paradigma.

Isso porque, em última análise, e como já afirmado anteriormente, por mais perfeita que seja a Constituição²¹⁷ e por mais bem lançados que sejam os argumentos no sentido de que o Direito à Saúde seria absoluto, sua concretização esbarra, inexoravelmente, em limites fáticos: a escassez, sobretudo a financeira²¹⁸, mas também a tecnológica, a de recursos humanos e a de tempo disponível para tratamento. Para Gustavo Amaral:

É necessário ter, como elemento de pré-compreensão, que a escassez é limite ao conteúdo das pretensões positivas. A interpretação deve ter isto em consideração.

Na aplicação é preciso ter em consideração o *caso concreto*. Ele inclui não apenas a necessidade relativa àqueles indicados ou referidos na demanda, mas também os resultados que razoavelmente se pode esperar (1) da enunciação como *regra* de que todos os casos com as mesmas características devem ou não ser atendidos e (2) da indisponibilidade dos meios utilizados para atender aos beneficiados pelo pedido para atender a outros. O órgão que foi para um não vai para outro, o remédio que um recebeu o outro não toma, construído o centro de referência para queimados, os tuberculosos não serão ali atendidos.²¹⁹

²¹⁷ Para Michel Villey, “os ‘direitos do homem’ são irreais. Sua impotência é manifesta. A constituição Francesa ou seus preâmbulos proclamam o direito ao trabalho, há na França um milhão e meio de desempregados, que nem por isso estão mais avançados. E terem inserido na Carta pretensamente universal das Nações Unidas direitos a participar dos negócios públicos, das eleições livres, dos lazeres, da cultura assim como da abastança, digamos que no Camboja ou no Sahel, e em três-quartos dos países do globo, essas fórmulas são *indecentes*.”

O erro delas é prometer demais: a vida, a cultura, a saúde igual para todos: um transplante do coração para todo cardíaco? Haveria, só com o direito de todo francês “à Saúde”, com o que esvaziar o orçamento total do Estado francês, e cem mil vezes mais!” VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 5.

²¹⁸ “Apenas a título de exemplo, Fabíola Vieira e Octávio Ferraz calcularam que se o sistema público de saúde oferecesse os tratamentos mais recentes disponíveis no mercado para todos os portadores de hepatite viral crônica C e artrite reumatoide, que juntamente atingem 1% da população, isso teria como custo R\$ 99,5 bilhões, o que seria superior ao gasto total de todas as esferas de governo com o conjunto de ações e serviços de saúde. Conseguiria o Estado brasileiro garantir o mínimo existencial para esse 1% da população sem afetar direitos de outras pessoas que dependem de seu serviço?” WANG, Daniel Wei Liang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 308-318, mar./jul. 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13158/14965>>. Acesso em: 9 jun. 2018.

²¹⁹ AMARAL, Gustavo. Judicialização do acesso ao SUS: concepções jurídicas e escolhas públicas. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coord.). **Terceiro setor e parcerias na área de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 266.

Como se vê, quando se refere à escassez, não se trata apenas de recursos financeiros, mas de diversos outros fatores. É incontestável que hoje, no Brasil, seriam inúmeras as intervenções necessárias para levar aos níveis ideais os Serviços Públicos de Saúde em todo o território nacional. E, até que todas as obras, formação de mão-de-obra especializada e contratações necessárias fossem realizadas, persistiria a necessidade de escolhas alocativas.

Para os que, ainda assim, insistem em atribuir à ineficiência do Estado a responsabilidade por toda e qualquer intercorrência da vida humana, o exemplo do transplante talvez seja, realmente, o que retrata com perfeição a inafastabilidade da escassez no contexto dos tratamentos de Saúde, em qualquer país do mundo: por mais que todos os outros recursos estejam disponíveis, quando há apenas um órgão para atender dois pacientes da fila de transplantes, persiste a necessidade de uma escolha alocativa, por meio da eleição de uma prioridade. E, onde há a necessidade de eleição de prioridades, há a necessidade de formulação de uma Política Pública. Para Gilmar Ferreira Mendes:

A garantia mediante políticas sociais e econômicas ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde através de escolhas alocativas. É incontestável que, além da necessidade de se distribuir recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos, a própria evolução da medicina impõe um viés programático ao direito à saúde, pois sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradicada.²²⁰

Parece-nos indiscutível, portanto, que o meio mais adequado de atuação do Estado no cumprimento do seu compromisso constitucional de Saúde como direito de todos é o da elaboração de Políticas Públicas que possibilitem a distribuição dos recursos disponíveis de maneira igualitária entre toda a população, com critérios de equidade e eficiência.

²²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. O direito à saúde na Constituição de 1988. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coords.). **Terceiro setor e parcerias na área de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 17.

Ocorre que o tema Saúde, a despeito de tecnicamente muito denso - muito mais do que do ponto de vista jurídico - , tem grande apelo popular,²²¹ o que explicaria, de certa forma, a prevalência dada pelos juízes ao drama pessoal do autor do processo em detrimento das Políticas Públicas e da questão coletiva subjacente, sendo “possível estabelecer uma correlação entre Judiciário e opinião pública e afirmar que, quando haja desencontro de posições, a tendência é no sentido de o Judiciário se alinhar ao sentimento social”.²²²

Gilmar Ferreira Mendes, por seu turno, situa bem os dois extremos da discussão:

Nessa linha de análise, argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (micro-justiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte com invariável prejuízo para o todo.

Por outro lado, defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o “mínimo existencial” de cada um dos direitos, exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial.²²³

É justamente esse o ponto a ser abordado: não se discorda que, no caso concreto, a Intervenção Judicial possa ser adequada no intuito de resguardar o interesse do autor. Ocorre que a Judicialização da Saúde, principalmente enquanto fenômeno multitudinário, deve ser compreendida como “pseudopolítica”²²⁴ pública,

²²¹ “[...] um assunto é saliente quando “afeta um grande número de pessoas de modo significativo” e é complexo quando “levanta questões fáticas que não podem ser respondidas por generalistas ou amadores”. [...] No grupo da política de sala operatória estão os exemplos das regulamentações sobre organismos geneticamente modificados, regulamentação sobre qualidade da água e do ar, licenciamento de medicamentos etc. São tecnicamente muito densas e têm apelo popular.” SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas**: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

²²² BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1794/2297> Acesso em: 26 abr. 2018. p. 41.

²²³ MENDES, Gilmar Ferreira. O direito à saúde na Constituição de 1988. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coords.). **Terceiro setor e parcerias na área de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 13.

²²⁴ O conceito remete à Tipologia de Gustafsson, para quem, enquanto “as políticas públicas reais são aquelas que incorporam a intenção de resolver um problema público com o conhecimento

na medida em que os *policymakers* (juízes), indiscutivelmente interessados em contribuir para a concretização do Direito à Saúde, não detém os conhecimentos necessários para estruturá-la adequadamente, de forma isonômica e, sobretudo, sustentável.

A Sustentabilidade, como se vê, serve perfeitamente como paradigma para aferir a impossibilidade de sucesso do modelo. As decisões proferidas no âmbito da Judicialização tem como consequência a satisfação imediata, não havendo preocupação com a garantia de prestações idênticas às gerações futuras; são ineficientes: causam o desperdício de recursos públicos e a sobreposição de competências administrativas, o que culmina na necessidade de retrabalho; são vulneráveis, por fim, a sofismas e argumentos retóricos, deixando de lado informações essenciais que integram a tomada de decisões na formulação de Políticas Públicas.²²⁵

O raciocínio, como se vê, está intimamente ligado à questão da Isonomia, abordada no ponto 2.1 deste capítulo. Ou bem determinada prestação estará

para resolvê-lo. [...] As pseudopolíticas são aquelas em que o *policymaker* até tem interesse e gostaria de ver sua política funcionando, mas não possui conhecimento para estruturá-la adequadamente.” SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas**: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

²²⁵ Gustavo Amaral traz interessante consideração sobre diferente aspecto da Sustentabilidade da Judicialização da Saúde, qual seja, o do perigo de esvaziamento do desenvolvimento tecnológico em razão de provimentos judiciais de quebra de patentes, proferidos no intuito de baratear tratamentos, sem sopesar, contudo, que o interesse financeiro é o propulsor investimentos da indústria farmacêutica. Vale dizer, afastada a possibilidade de lucro com a pesquisa, a tendência da indústria seria reduzir seus investimentos nessa atividade, comprometendo a Saúde das gerações futuras. Leia-se:

“Parcela significativa desse montante vem de recursos privados, de investimentos que buscam retornos nas vendas futuras suficiente não apenas para pagar os custos de produção, mas também a pesquisa bem-sucedida, as pesquisas mal sucedidas, tudo isto em taxas de retorno, compatíveis com o tempo e o risco desenvolvidos.

A eventual escolha pública pelo fornecimento via quebra de patentes não é um “almoço grátis”, não apenas porque mascara a ausência de escolhas orçamentárias na pesquisa de tratamentos para as chamadas *doenças negligenciadas*, mas também traz risco para a continuidade do ciclo de desenvolvimento tecnológico, expressão de aparência tecnocrática que significa, neste campo, o não investimento em novas pesquisas, a não descoberta de novos medicamentos e terapias e o não tratamento de pessoas que se poderia supor titulares do mesmo direito daquelas que levaram à quebra inicial do ciclo. Há, pois, um conflito entre pretensões de mesma natureza entre gerações, entre aqueles da geração presente que pode usufruir de um padrão por conta do legado das gerações anteriores, e aqueles das gerações presentes e futuras, que precisam ter garantido tanto o *progresso* quanto mesmo o *não retrocesso*, pois o patamar atingido ainda não é suficiente para as suas necessidades.” AMARAL, Gustavo. Judicialização do acesso ao SUS: concepções jurídicas e escolhas públicas. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coord.). **Terceiro setor e parcerias na área de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 258.

disponível para todos os casos com as mesmas características, ou seu atendimento no caso concreto cria injusta discriminação entre situações ontologicamente iguais. Potencializando o raciocínio, ou bem a solução judicial estará também disponível às próximas gerações, ou ela é insustentável.

Sobre as chamadas decisões insustentáveis, novamente Juarez Freitas:

Nessa perspectiva, são decisões insustentáveis (a) aquelas que não realizam o sopesamento pertinente e satisfatório entre eficiência e equidade, maculadas pelos vícios (nem sempre pueris) das falácias e armadilhas argumentativas e psicológicas, (b) aquelas que, na crença em alternativa unívoca, não reconhecem alternativas melhores, a partir da experiência autocrítica e do alargamento das informações e (c) aquelas que deixam, por imaturidade ou medo infundado, de empreender as escolhas existenciais conducentes à continuidade experiencial do bem-estar.²²⁶

O que se percebe, já encaminhando para o término deste capítulo, é que as decisões proferidas dentro do processo de Judicialização refletem muito mais o voluntarismo dos julgadores do que a correta aplicação do direito²²⁷. Voluntarismo, no entanto, inapto a solucionar a complexa equação da concretização dos Direitos Sociais, principalmente na medida em que ignora as reais dificuldades do problema.²²⁸

²²⁶ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 160.

²²⁷ Entre o ceticismo do realismo jurídico e da teoria crítica, que equiparam o direito ao voluntarismo e à política, e a visão idealizada do formalismo jurídico, com sua crença na existência de um muro divisório entre ambos, o presente estudo irá demonstrar o que já se afigurava intuitivo: no mundo real, não vigora nem a equiparação nem a separação plena. Na concretização das normas jurídicas, sobretudo as normas constitucionais, direito e política convivem e se influenciam reciprocamente, numa interação que tem complexidades, sutilezas e variações. Em múltiplas hipóteses, não poderá o intérprete fundar-se em elementos de pura razão e objetividade, como é a ambição do direito. Nem por isso, recairá na discricionariedade e na subjetividade, presentes nas decisões políticas. Entre os dois extremos, existe um espaço em que a vontade é exercida dentro de parâmetros de razoabilidade e de legitimidade, que podem ser controlados pela comunidade jurídica e pela sociedade. Vale dizer: o que se quer é balizado pelo que se pode e pelo que se deve fazer. BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1794/2297> Acesso em: 26 abr. 2018.

²²⁸ Para Eros Roberto Grau, “É chegada a hora de o jurista deixar de se “esconder” por detrás das normas, que na sua abstração podem tudo, para olhar firme à escassez conjuntural do Estado. É certo que a realidade por vezes amedronta. Mas ela é verdadeira.” GRAU, Eros Roberto. Despesa pública: conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas: o princípio da sujeição da administração às decisões do poder judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 2, p. 130-148, 1993.

Traçando um paralelo com o primeiro capítulo desta dissertação, pode-se dizer que a Judicialização como solução para o desafio da concretização do Direito à Saúde padece dos mesmos vícios que a idéia de um crescimento econômico infinito para o alcance do Estado de Bem-Estar Social. Ambas as soluções deixam de enfrentar com seriedade o problema, colocando em risco as gerações futuras por não cogitarem fazer concessões no presente.²²⁹ Para Gustavo Amaral:

Nosso modelo atual permite uma indução ao *dilema do prisioneiro*, pondo ao nível do julgador uma opção racional que, no agregado, resulta em uma opção coletiva irracional. Cabe ao modelo de ação induzir a que as melhores escolhas individuais sejam aquelas mais adequadas a que o ponto ótimo coletivo seja alcançado. Olhando para o todo e não para uma situação em concreto, parece evidente que o Judiciário não é o mais preparado nem o mero somatório de ações individuais é o melhor método para a alocação dos recursos ligados à saúde.²³⁰

A Judicialização da Saúde é um fenômeno irreversível, e isso não se pode discutir. Da maneira como posta, todavia, e diante de todos os aspectos já relacionados, fica clara a necessidade de delimitação da atuação judicial para que sua atuação se restrinja a casos específicos, em que a questão individual possa ser resolvida sem olvidar o chamado ponto ótimo coletivo.

O último ponto deste capítulo, desse modo, se ocupará da análise dos votos já proferidos nos julgamentos dos Recursos Extraordinários 566.471/RN e 657.718/MG, no intuito de traçar as perspectivas de futuro da Judicialização da Saúde após a conclusão do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal.

²²⁹ “Não se trata de fugir infantilmente dos riscos, querendo construir um miraculoso Estado segurador perpétuo e universal, que redundaria no onipotente segurador, ou seja, que tentaria - como fez o Japão, em dado momento - transformar a todos em supostamente protegidos do berço ao tûmulo, sem bases sólidas de financiamento. Esse modelo paternalista é atuarialmente insustentável para proteger as gerações futuras. Com efeito, o Estado, que faz a todos incapazes de assumir os deveres de autonomia, mostra-se resquício de patrimonialismo, inconciliável com a sustentabilidade.” FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 192.

²³⁰ AMARAL, Gustavo. Judicialização do acesso ao SUS: concepções jurídicas e escolhas públicas. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coord.). **Terceiro setor e parcerias na área de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 266.

3.3.2 A aguardada manifestação do Supremo Tribunal Federal

Na data da redação da presente Dissertação, estão pendentes de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal os Recursos Extraordinários 566.471/RN e 657.718/MG, ambos com repercussão geral reconhecida, os quais se referem, respectivamente, à responsabilidade solidária dos entes federados no dever de prestar assistência à Saúde²³¹, e à obrigatoriedade de o Estado fornecer medicamento não registrado na Agência Nacional de Vigilância Sanitária/Anvisa²³². Muito embora as questões de fundo sejam bastante distintas (uma se refere à solidariedade, a outra se refere à vigilância sanitária), o Tribunal optou pelo julgamento conjunto dos recursos, no intuito de resolver, da forma mais ampla possível, as diversas pretensões que gravitam em torno da Judicialização da Saúde. Passamos à análise dos posicionamentos dos Ministros que já proferiram seus votos.

Do voto do relator, Ministro Marco Aurélio, se extrai o seguinte excerto:

O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade — adequação e necessidade —, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil, e assegurado o direito de regresso²³³

O Ministro Relator, como se vê, trouxe voto atento à noção de Políticas Públicas, ao abordar a questão da necessidade de demonstrar a impossibilidade de substituição do fármaco por aqueles padronizados na Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional. Referiu, também, a questão da incapacidade financeira do autor para

²³¹ Ver pontos 2.1 (Divisão de Competências) do Capítulo II e 2.3 (Esvaziamento do Sistema e Desperdício de Recursos) do presente capítulo.

²³² Ver ponto 2.3 (Forma de Atuação) do Capítulo II e 2.1 (Quebra da Isonomia) do presente capítulo.

²³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Aditamento ao voto no recurso extraordinário n. 566.471/RN. Relator: Min. Marco Aurélio. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471aditamento.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

prover o custeio do tratamento, e mais outro aspecto pouco explorado sobre o tema, qual seja, o de eventual direito de regresso, por parte do Estado, contra a família do enfermo, desde que comprovadamente dotada de capacidade financeira para custear o tratamento pleiteado.

O segundo Ministro a votar, Luís Roberto Barroso, além das ponderações sobre a capacidade financeira do requerente, explorou com mais profundidade a questão das Políticas Públicas, ao impor a necessidade de demonstração de que “a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes”, bem como “a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS”. Abordou, por fim, questão afeta à divisão de competências, ao impor “a propositura da demanda necessariamente em face da União, que é a entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema”.²³⁴

Por fim, o terceiro Ministro que já proferiu seu voto, Edson Fachin, teceu considerações afetas ao aspecto do esvaziamento do sistema, ao prever a necessidade de prévio requerimento administrativo junto à rede pública, bem como de demonstração, por parte do autor, da inadequação ou inexistência de tratamento na rede pública.²³⁵,

O Ministro Gilmar Mendes, por seu turno, apesar de ainda não ter proferido voto, em artigo publicado muito antes do próprio início do julgamento, já fez interessante ponderação sobre a necessidade de situar a pretensão do autor dentro das Políticas Públicas existentes, para afirmar que “ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde, o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando seu cumprimento”, referindo a existência de direito subjetivo a

²³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto vista no recurso extraordinário n. 566.471/RN. Relator: Min. Marco Aurélio. Voto: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 2016. **Portal Luís Roberto Barroso**: jurisdição constitucional e debates públicos, Votos e decisões no STF, 1º out. 2016. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-566471-Medicamentos-de-alto-custo-versa%CC%83o-final.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

²³⁵ Resumo do voto em PEDIDO de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Notícias STF, Brasília, 28 set. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275&caixaBusca=N>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

determinada Política Pública, quando houver a padronização do tratamento. Menciona, também, a imprescindibilidade de distinção entre os casos em que a inexistência de padronização decorre de omissão administrativa ou legislativa e aqueles em que decorre de decisão administrativa expressa nesse sentido.²³⁶

A partir dos mencionados votos e ponderações, e para fins de organização do raciocínio, opta-se pela seguinte divisão das hipóteses processuais no que tange à Judicialização da Saúde: a) Fornecimento de tratamento padronizado, a qual se subdividiria em a.1) Negativa de fornecimento pelo ente responsável pelo tratamento pleiteado, a.2) Ausência de prévio requerimento administrativo, e a.3) Demanda proposta contra ente diverso do responsável pelo tratamento pleiteado; b) Ausência de padronização de tratamento no caso concreto; e c) Fornecimento de tratamento diverso do padronizado, por sua inadequação ao caso concreto. A divisão proposta, evidentemente, é apenas para fins de sistematização e não pretende esgotar o tema;

Em relação às hipóteses levantadas, o que se percebe é que a hipótese “a.1” é a única em que não haveria maiores questionamentos sobre a adequação da Intervenção Judicial como medida apta à solução do problema. Em se tratando de negativa de prestação padronizada, devidamente requerida ao ente responsável pela Política Pública correlata, haveria direito subjetivo do autor ao tratamento pleiteado, sendo a medida judicial indiscutivelmente adequada.

²³⁶ “O primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte no processo. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde, o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.

Se a prestação de saúde pleiteada não for abrangida pelas políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, ou de uma decisão administrativa de não fornecer.

Nesses casos, a ponderação dos princípios em conflito dará a resposta ao caso concreto. Importante, no entanto, que os critérios de justiça comutativa que orientam a decisão judicial sejam compatibilizados com os critérios das justiças distributiva e social que determinam a elaboração de políticas públicas. Em outras palavras, ao determinar o fornecimento de um serviço de saúde (internação hospitalar, cirurgia, medicamentos, etc.), o julgador precisa assegurar-se de que o Sistema de Saúde possui condições de arcar não só com as despesas da parte, mas também com as despesas de todos os outros cidadãos que se encontrem em situação idêntica.”

MENDES, Gilmar Ferreira. O direito à saúde na Constituição de 1988. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coords.). **Terceiro setor e parcerias na área de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 18.

As hipóteses “a.2” e “a.3” encerram temas afetos aos aspectos da Complexidade da Administração e do perigo de esvaziamento do sistema. Em ambas, existe a padronização do tratamento, o que poderia levar ao julgamento precipitado de que haveria também o direito subjetivo do autor. Nada obstante, em “a.2”, a ausência de prévio requerimento administrativo inviabiliza, evidentemente, o fornecimento administrativo do tratamento, e resulta em desnecessária movimentação do aparato judicial. Em “a.3”, de modo mais grave, e conforme abordado em diversos pontos da presente dissertação, a preocupação é com a imposição de responsabilidades diversas das competências legalmente previstas, e com o consequente desperdício de recursos.

A hipótese “b”, a nosso sentir, retrata o aspecto da Conveniência da Judicialização, demonstrado no ponto “1.3” do presente capítulo, principalmente em relação ao Governo Federal, que se beneficiaria da Judicialização da Saúde como “válvula de escape” da pressão pela incorporação de novas tecnologias. De fato, o Ministro Luís Roberto Barroso, atento ao tema, manifestou-se no sentido de que essa espécie de demanda deveria ser proposta necessariamente contra a União, entidade estatal competente para a incorporação de novos medicamentos ao sistema.

A hipótese “c”, por fim, que trata do fornecimento de tratamento diverso do padronizado por sua inadequação ao caso concreto trata de situação bastante ligada às particularidades das condições de Saúde de cada autor. Não por acaso, todos os ministros que já votaram nos julgamentos analisados se ocuparam da necessidade de comprovação da adequação e eficácia do tratamento pleiteado, com alusões. Em relação a este ponto, todavia, em que pesem os argumentos favoráveis à Intervenção Judicial, aliada à técnica da “medicina baseada em evidências”, inclusive, somos da opinião de que o Judiciário não é o foro adequado para a discussão, pelas razões expostas ao longo deste capítulo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente Dissertação tratou de investigar o problema formulado e as hipóteses levantadas. O problema proposto, nos termos do Projeto de Dissertação, seria a possibilidade de o Poder Judiciário, sob o argumento de que estaria garantindo um Direito Social constitucionalmente assegurado, determinar o acesso irrestrito a toda e qualquer prestação de Saúde, em detrimento das Políticas Públicas existentes sobre o tema.

As hipóteses levantadas, por seu turno, foram as seguintes: 1ª - a Intervenção Judicial, ao determinar o fornecimento gratuito de prestações não padronizadas nas Políticas Públicas, extrapola a competência do próprio Poder Judiciário; 2ª - da forma em que se apresenta, a chamada Judicialização da Saúde contribui para o agravamento do problema que se propõe a resolver; 3ª - somente se considerada a dimensão econômico-financeira da Sustentabilidade pode o Poder Judiciário auxiliar na garantia de direitos sociais.

O resultado da pesquisa foi dividido em três capítulos. Cabe, então, sintetizá-los nessas considerações finais.

O Capítulo 1 ocupou-se da falácia do crescimento econômico como caminho para a promoção do Estado de Bem-Estar Social. Após breve contextualização histórica do surgimento do Estado Social, formou-se raciocínio a partir do paradigma da Sustentabilidade, para demonstrar a inviabilidade de manutenção de um modelo que se encontra baseado, quase que exclusivamente, na crença da possibilidade de um crescimento econômico ilimitado como forma de fazer frente ao natural aumento das demandas sociais.

Ainda no Capítulo 1, foram exploradas as diferentes dimensões da Sustentabilidade para possibilitar o seu cotejo com o atual modelo de Sociedade, cujos “custos dos estilos de vida presentes são atualmente empurrados para futuras gerações, para outras nações ou para a natureza”²³⁷, e inferir a necessidade de

²³⁷ JAMIESON, Dale. **Ética & meio ambiente**: uma introdução. São Paulo: Senac São Paulo, 2010. p. 310.

resgate do valor da Solidariedade e da idéia de um “viver comunitário”, como salientado por Lênio Luiz Streck.

O capítulo 2, por seu turno, foi dividido em três partes: a primeira, dedicada à categoria Direito à Saúde, com considerações sobre sua normatização, Eficácia e Aplicabilidade. Nessa parte, foi possível verificar que as dificuldades de compreensão do tema, são oriundas, dentre outras razões, da falta de compreensão das próprias categorias estudadas, carentes de consenso terminológico entre os Operadores do Direito.

A segunda parte ocupou-se da moldura constitucional do Direito à Saúde, com apontamentos sobre a Divisão de Competências entre os Entes da Federação, o financiamento do Sistema Único de Saúde e as Políticas Públicas da Saúde. A terceira parte do segundo capítulo, por fim, tratou de Ativismo Judicial e de Judicialização.

O Ativismo foi identificado como o comportamento do Juiz que ultrapassa sua esfera de atribuições constitucionais e toma decisões que seriam exclusivas de outro poder, ignorando ou suprimindo a esfera de discricionariedade do Administrador. A Judicialização, por sua vez, trata de fenômeno ainda mais amplo, no qual há um comportamento reativo por parte dos Juízes, decorrente do somatório de pretensões individuais de correção de desigualdades materiais, o qual, ainda que individualmente considerado não possa ser apontado como exercício de Ativismo, quando analisado como fenômeno comportamental coletivo projeta efeitos práticos idênticos ou semelhantes.

O terceiro e último capítulo foi empregado na investigação específica da Judicialização da Saúde, por meio da observação de algumas de suas causas, e consequências. Dentre as causas, foram destacadas a Ineficiência Administrativa, a Falta de Credibilidade, a Complexidade da Administração, e a Conveniência da Judicialização. Dentre as consequências, foram apontadas a Quebra de Isonomia, a falta de coerência entre decisões, o Esvaziamento do Sistema e o Desperdício de Recursos.

Ainda no capítulo 3, por fim, verificou-se a possibilidade de utilização da categoria Sustentabilidade como paradigma para aferir as chances de sucesso do fenômeno da Judicialização como instrumento de concretização do Direito à Saúde.

Das hipóteses levantadas no projeto de pesquisa, portanto, verifica-se que a primeira, qual seja, a de que “a Intervenção Judicial, ao determinar o fornecimento gratuito de prestações não padronizadas nas Políticas Públicas, extrapola a competência do próprio Poder Judiciário”, foi confirmada parcialmente. Verificou-se a existência de casos específicos, como o da ausência de padronização de tratamento para o caso concreto, em que a interferência se faria necessária para salvaguardar os interesses do autor. Via de regra, contudo, os Autores citados confirmam a hipótese levantada, com alusões, principalmente, à Teoria da Separação dos Poderes.

As outras duas hipóteses levantadas diziam respeito à própria Sustentabilidade da Intervenção Judicial, e foram confirmadas. De fato, com base nos apontamentos de Leonardo Secchi, foi possível enquadrar o fenômeno da Judicialização da Saúde no conceito de “pseudopolítica”, na medida em que os *policymakers* (Juízes), indiscutivelmente interessados em contribuir para a concretização do Direito à Saúde, não detém os conhecimentos necessários para estruturá-la de forma sustentável.

O raciocínio se apóia, ainda, no paralelo que se faz à crítica construída no primeiro capítulo, no sentido de que o princípio da Sustentabilidade deve sempre ser considerado na elaboração de Políticas Públicas, mediante ponderações sobre os múltiplos impactos que a atividade estatal projetará sobre os direitos das gerações futuras. Do mesmo modo, também a Intervenção Judicial, em larga escala e sem comprometimento com a Sustentabilidade do sistema padece de vícios que inviabilizam sua consolidação como caminho seguro à concretização do Direito à Saúde.

Constatou-se que as decisões proferidas no âmbito da Judicialização tem como consequência a satisfação imediata, não havendo preocupação com a garantia de prestações idênticas às gerações futuras; são ineficientes: causam o

desperdício de Recursos Públicos e a sobreposição de competências administrativas, o que culmina na necessidade de retrabalho; são vulneráveis, por fim, a sofismas e argumentos retóricos, deixando de lado informações essenciais que integram a tomada de decisões na formulação de Políticas Públicas.

Desse modo, portanto, fica evidente que, da forma como se apresenta atualmente, a Judicialização da Saúde, longe de ser alternativa para a solução, passou a fazer parte do problema que pretendia resolver, contribuindo ainda mais para o seu agravamento.

Nada obstante, o tema pesquisado revelou-se de grande relevância, na medida em que explorou aspectos tradicionalmente não abordados da Judicialização da Saúde, e pretende-se que sirva de estímulo para futuros trabalhos acadêmicos que aprofundem ainda mais a reflexão no que tange ao papel do Poder Judiciário no processo de elaboração e implementação de Políticas Públicas.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ADAMS, Luís Inácio Lucena. A judicialização na área da saúde e a atuação da advocacia pública. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coord.). **Terceiro setor e parcerias na área de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ALMEIDA, Cássia. Roberto Campos: os cem anos de um defensor do livre mercado. **O Globo**, Economia, 16 abr. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/roberto-campos-os-cem-anos-de-um-defensor-do-livre-mercado-21214743#ixzz58zCqweRy>> Acesso em: 6 mar. 2018.

AMARAL, Gustavo. Judicialização do acesso ao SUS: concepções jurídicas e escolhas públicas. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coord.). **Terceiro setor e parcerias na área de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1794/2297> Acesso em: 26 abr. 2018.

BITTAR, Eduardo C. B. **Democracia, justiça e direitos humanos**: estudos de teoria crítica e filosofia do direito. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1988. Título original: Liberalismo e democracia.

BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. O acesso à justiça e as dimensões materiais da efetividade da jurisdição ambiental. In: GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes (Orgs.). **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 6.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Anuário estatístico do mercado farmacêutico 2016**. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/documents/374947/3413536/Anu%C3%A1rio+Estat%C3%ADstico+do+Mercado+Farmac%C3%AAutico+-+2016/485ddf50-a37f-469f-89e5-29643c5c9df5>>. Acesso em: 15 jun. 2018.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Portal da Legislação**, Brasília, jun. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 ago. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. **Portal da Legislação**, Brasília, mar. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 31 ago. 2018.

_____. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria nº 1.555, de 30 de julho de 2013. **Biblioteca Virtual em Saúde**, Brasília, 2013. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt1555_30_07_2013.html>. Acesso em: 18 abr. 2018.

_____. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria nº 1.554, de 30 de julho de 2013. **Biblioteca Virtual em Saúde**, Brasília, 2013. Disponível em: <<http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2014/abril/02/pt-gm-ms-1554-2013-alterada-1996-2013.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2018.

_____. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria nº 533, de 28 de março de 2012. **Biblioteca Virtual em Saúde**, Brasília, 2012. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt0533_28_03_2012.html>. Acesso em: 18 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em mandado de segurança n. 6.564. Primeira Turma. Relator: Min. Demócrito Reinaldo. Brasília, 23 de maio de 1996. **Portal do Superior Tribunal de Justiça**, Jurisprudência do STJ, Brasília, 17 jun. 1996. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199500687828&dt_publicacao=17/06/1996>. Acesso em: 31 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Aditamento ao voto no recurso extraordinário n. 566.471/RN. Relator: Min. Marco Aurélio. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471aditamento.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário n. 393.175/RS. Relator: Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Brasília, 12 de dezembro de 2006. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Pesquisa de Jurisprudência, 2 fev. 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 45. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 29 de abril de 2004. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Pesquisa de Jurisprudência, Brasília, 4 maio 2004. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000072110&base=baseMonocraticas>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Repercussão geral no recurso extraordinário n. 855.178/SE. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 5 de março de 2015. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Pesquisa de Jurisprudência, Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8015671>>.
Acesso em: 31 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de tutela antecipada n. 91/AL. Presidência. Min. Ellen Gracie. Brasília, 26 de fevereiro de 2007. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Pesquisa de Jurisprudência, Brasília, 5 mar. 2007. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000003020&base=basePresidencia>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Voto vista no recurso extraordinário n. 566.471/RN. Relator: Min. Marco Aurélio. Voto: Min. Luís Roberto Barroso. Brasília, 2016. **Portal Luís Roberto Barroso**: jurisdição constitucional e debates públicos, Votos e decisões no STF, 1º out. 2016. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-566471-Medicamentos-de-alto-custo-versa%CC%83o-final.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

_____. Tribunal Regional Federal (4. Região). Antecipação de tutela na ação civil pública n. 5021354-24.2013.404.7200/SC. Juiz federal substituto Diógenes Tarcísio Marcelino Teixeira. Florianópolis, 7 de maio de 2014. **Revista Consultor Jurídico**, maio 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/vara-florianopolis-concede-liminar.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2018.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Daniel; PASOLD, Cesar Luiz. A falácia do crescimento econômico como caminho para o estado de bem estar social: uma análise sob o paradigma da sustentabilidade. **Revista Saberes da Amazônia**, v. 2, n. 5, p. 225-252, jul.-dez. 2017. Disponível em: <<http://www.fcr.edu.br/ojs/index.php/saberesamazonia/article/view/196>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

CASTELLANO, Rodrigo Roth. **Utilitarismo e justiça sustentável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CÓDIGO do SUS vai reunir todas as regras da rede pública de saúde. **Portal Governo do Brasil**, Brasília, 23 dez. 2017. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2017/09/codigo-do-sus-vai-reunir-todas-as-regras-da-rede-publica-de-saude>>. Acesso em: 2 jan. 2018.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COSTA, Amanda. Em cinco anos, mais de R\$ 2,1 bilhões foram gastos com ações judiciais. **Portal do Ministério da Saúde**, Brasília, out. 2015. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia-saude/20195-em-cinco-anos-mais-de-r-2-1-bilhoes-foram-gastos-com-acoes-judiciais>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

DIAS, Bruno de Macedo. **A constitucionalidade de filtros ao acesso à justiça como mecanismos para assegurar o funcionamento sustentável do poder judiciário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

DRESCH, Renato Luís. Federalismo solidário: a responsabilidade dos entes federativos na área da saúde. In: SANTOS, Lenir; TERRAZAS, Fernanda (Org.). **Judicialização da saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2014.

ESPÍNDOLA, Angela Araujo da Silveira. A crise conceitual e a (re)construção interrompida da soberania: o fim do estado-nação? In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: teoría del derecho y de la democracia: teoría de la democracia. Traducción de: Perfecto Andre Ibañes et al. Madrid: Trotta, 2011. Título original: Principia iuris: teoría del diritto e della democrazia: teoria della democrazia.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Forum, 2012.

GARCÉS FERRER, Jorge; RODENÁS RIGLA, Francisco José. La teoría de la sostenibilidad social: aplicación en el ámbito de cuidados de larga duración. **Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar**, n. 1, 2012. Disponível em: <<https://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/35212/1/151131-581051-1-PBTEORIA.pdf>>. Acesso em: 1º fev. 2017.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 18. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. Despesa pública: conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas: o princípio da sujeição da administração às decisões do poder judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 2, p. 130-148, 1993.

JAMIESON, Dale. **Ética & meio ambiente**: uma introdução. Tradução de: André Luiz de Alvarenga. São Paulo: Senac São Paulo, 2010. Título original: Ethics and the environment: an introduction.

LATOUCHE, Serge. **Hecho para tirar**: la irracionalidad de la obsolescencia programada. Traducción de: Rosa Bertran Alcázar. Barcelona: Octaedro, 2014. Título original: Bon por la casse: les déraisons de l'obsolescence programmée.

MAZZA, Fábio. Judicialização da saúde e planejamento orçamentário: as decisões do Supremo Tribunal Federal. In: SANTOS, Lenir; TERRAZAS, Fernanda (Orgs.). **Judicialização da saúde no Brasil**. Campinas, SP: Saberes, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. O direito à saúde na Constituição de 1988. In: MODESTO, Paulo; CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coord.). **Terceiro setor e parcerias na área de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 11-20.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. rev. Coimbra: Coimbra, 1988. t. 2.

_____. Os novos paradigmas do estado social. In: CONGRESSO NACIONAL DE PROCURADORES DE ESTADO, 37., 28 set. 2011, Belo Horizonte. **Os novos...** Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2011. Disponível em: <<https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1116-2433.pdf>>. Acesso em: 6 jul. 2017.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução de: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2003. Título original: De l'esprit des lois, ou du rapport que les lois doivent avoir avec la constitution de chaque gouvernement, les mœurs, le climat, la religion, le commerce, etc.

MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do estado. In: _____ (Org.). **O estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

NABAIS, José Casalta. Da sustentabilidade do estado fiscal. In: NASCIMENTO, Rafael do. **As restrições aos direitos fundamentais no contexto de crise do estado de bem-estar social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

NASCIMENTO, Rafael do. **As restrições aos direitos fundamentais no contexto de crise do estado de bem-estar social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Constituição (1946). Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946. **Biblioteca Virtual de Direitos Humanos**, São Paulo, 2018. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>> Acesso em: 15 maio 2018.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do estado contemporâneo**. 4. ed. rev. e ampl. Itajaí: Univali, 2013. Disponível em: <<https://www.univali.br/vida-no-campus/editora-univali/e-books/Documents/ecjs/E-book%202013%20FUN%C3%87%C3%83O%20SOCIAL%20%20DO%20ESTADO%20CONTEMPOR%C3%82NEO.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

_____. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 14. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: EMais, 2018.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Diez lecciones sobre ética, poder y derecho**. Madrid: Dykinson, 2010.

PEDIDO de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Notícias STF, Brasília, 28 set. 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275&caixaBusca=N>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. **Direito sanitário: a relevância do controle nas ações e serviços de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REAL FERRER, Gabriel. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía: ¿construimos juntos el futuro? **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, n. 3, p. 310-326, set.-dez. 2012. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202>>. Acesso em: 17 ago. 2017.

_____. Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del derecho. **Academia**, 2018. Disponível em: <https://www.academia.edu/10086250/Sostenibilidad_Transnacionalidad_y_transformaciones_del_Derecho> Acesso em: 1º fev. 2018.

RIBEIRO, Telmo Vieira. Primeira tese: democracia, solidariedade do agrupamento social. In: OLIVO, Luiz Carlos Cancellier de; PASOLD, Cesar Luiz (Orgs.). **Duas teses de Telmo Vieira Ribeiro**. Joaçaba: UNOESC, 2015.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Teoria dos jogos e processo penal: a short introduction**. Florianópolis: Empório Modara, 2017.

SANTA CATARINA. Procuradoria Geral do Estado. Memoriais no incidente de resolução de demandas repetitivas na apelação cível n. 0302355-11.2014.8.24.0054. Procurador: Daniel Cardoso. **Portal de Serviços e-SAJ**, Poder Judiciário de Santa Catarina, 2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsc.jus.br/esaj/portal.do?servico=740000>>. Acesso em: 15 maio 2018.

_____. Secretaria de Estado da Casa Civil. Processo administrativo n. 655/2018. **Sistema de Gestão de Protocolo Eletrônico**, 2018. Disponível em: <<https://sgpe.sea.sc.gov.br/sgpe/>>. Acesso em: 15 maio 2018.

_____. Tribunal de Contas. **Parecer prévio sobre as contas prestadas pelo governador do estado de Santa Catarina**: exercício 2014. Florianópolis, 2016. Disponível em: <http://www.tce.sc.gov.br/sites/default/files/Parecer%202014_vers%C3%A3o%20online.pdf>. Acesso em: 16 maio 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SAVARIS, José Antônio. Princípio da primazia do acerto judicial da relação jurídica de proteção social. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, n. 3, p. 419-437, set.-dez. 2012. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/4209/2420>>. Acesso em: 3 maio. 2018.

SCHULZE, Clenio Jair. A fosfoetanolamina voltou. **Empório do Direito**, 18 abr. 2016. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/a-fosfoetanolamina-voltou-por-clenio-jair-schulze>>. Acesso em: 5 jun. 2018.

_____; GEBRAN NETO, João Pedro. **Direito à saúde**: análise à luz da judicialização. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2015.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas**: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

SEGATTO, Cristiane. O paciente de R\$ 800 mil. **Revista Época**, Caso Extraordinário, 16 mar. 2012. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>>. Acesso em: 4 jan. 2018.

SILVA, Ildete Regina Vale da; BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Constituição e fraternidade**: o valor normativo do preâmbulo da constituição. Curitiba: Juruá. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

UNITED NATIONS. Report of the World Commission on Environment and Development: our common future. **UN Documents**: Gathering a Body of Global Agreements, 2017. Disponível em <<http://www.un-documents.net/wced-ocf.htm>>. Acesso em: 20 jul.2017.

VEIGA, José Eli da. **Sustentabilidade**: a legitimação de um novo valor. São Paulo: Senac, 2010.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. Tradução de: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: Le droit et les droits de l'homme.

WANG, Daniel Wei Liang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 308-

318, mar./jul. 2009. Disponível em:
<<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13158/14965>>. Acesso em: 9 jun.
2018.

WANG, Daniel Wei Liang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.