

Políticas públicas e protagonismo judicial no STF: relatório de pesquisa do grupo de estudo e pesquisa em políticas públicas e hermenêutica*

Daiane Nogueira de Lira¹

Felipe Dantas de Araújo²

Patrícia Ribeiro Vieira³

Roberta Pereira Negrão Costa⁴

Roberto Freitas Filho⁵

Thalita Moraes Lima⁶

Thiago de Oliveira Gonçalves⁷

Wagner Junqueira Prado⁸

Resumo

Este trabalho é o resultado das investigações sobre a forma como o Supremo Tribunal Federal trata a judicialização das políticas públicas, em especial as de natureza prestacional. O texto que se apresenta é parte do processo de investigação realizado no âmbito do Grupo de Estudo e Pesquisa em Hermenêutica e Políticas Públicas do UniCEUB, e nele se encontram as reflexões preliminares sobre a intervenção judicial nas políticas públicas, o conceito, as etapas, a metodologia de análise de políticas públicas, dimensão constitucional e o papel dos juízes na sua efetivação.

Palavras-chave: Políticas públicas. Judicialização. Direitos sociais. Constituição. Hermenêutica.

* Relatório de pesquisa recebido em julho/2011

Aprovado em julho/2011

¹ Mestre em Direito – UniCeub.

² Mestre em Direito – UniCeub.

³ Mestranda em Direito – UniCeub.

⁴ Mestranda em Direito – UniCeub.

⁵ Mestre/Doutor – USP, Coordenador do curso de Direito do UniCeub, professor dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCeub.

⁶ Mestranda em Direito – UniCeub.

⁷ Mestrando em Direito – UniCeub.

⁸ Mestrando em Direito – UniCeub.

1 Introdução

Discute-se no presente trabalho o problema da intervenção judicial nas políticas públicas que instrumentalizam os direitos sociais constitucionalmente previstos. O tema que norteia as reflexões é tocante aos limites de possibilidade e deseabilidade de um modo de atuação do Judiciário que aparentemente possa estar invadindo a esfera de poder tradicionalmente reservada ao Executivo e ao Legislativo.

Postula-se que as normas que preveem os direitos sociais possuem, por sua própria teleologia e funcionalidade, duas especificidades importantes: 1) os direitos ali previstos não são definíveis em termos da possibilidade de apropriação individual enquanto direitos subjetivos de *caris* liberal; e 2) a eficácia dos direitos sociais de natureza prestacional opera de forma distinta daquela com a qual tradicionalmente a doutrina jurídica construiu sua teorização. Assim, alguns problemas são colocados à reflexão: 1) O que significa garantir a eficácia dos direitos sociais em um contexto de contradições sociais no âmbito do modo de produção capitalista gerador de assimetrias de acesso, reconhecimento e distribuição de recursos materiais, simbólicos, políticos, culturais e econômicos? 2) Como o Supremo Tribunal Federal vem utilizando as possibilidades retóricas entreabertas pelos textos constitucionais, quando chamado a decidir sobre questões relativas a alguns tipos de políticas públicas, notadamente naquelas em que o reconhecimento de direitos enseja a decisão sobre a alocação de recursos escassos, exemplarmente saúde, educação e segurança? 3) De que forma o Supremo Tribunal Federal vem lidando com os conceitos de “justiça” e “distribuição” quando decide sobre políticas públicas?

Nossa impressão inicial era de que o Supremo não produz reflexões suficientemente densas sobre os temas da “justiça”, da “distribuição” e sobre os conceitos-chave operativos de uma hermenêutica própria à concretização dos direitos sociais dependentes de políticas públicas de natureza prestacional. Uma segunda impressão era a de que o Supremo não trata de forma razoavelmente unívoca os próprios conceitos de “políticas públicas”, “direito à saúde”, “direito à educação” e “direito à segurança”. Embora distintos em sua forma de prestação, os três tipos de políticas públicas têm pontos de toque: 1) dependem de prestações positivas do Estado; 2) são ensejadores de “escolhas trágicas”, ou seja, demandam decisões

sobre quem recebe o quê e quanto, o que faz com que alguém não receba algo, dada a escassez e a finitude dos recursos coletivos; e 3) dependem de reflexão e medidas de implementação multi-institucional e da consideração de variáveis complexas e impossíveis de serem apreendidas por um único indivíduo, aqui imaginado um decisor qualquer.

Fizemos, assim, uma investigação em partes: 1) Coletamos toda a jurisprudência do Supremo no interregno entre a promulgação da Constituição e o dia 11 de novembro de 2008. 2) Organizamos os dados em uma tabela que nos permitiu algum grau de comensurabilidade entre as decisões, dados os critérios linguísticos utilizados pelo STF. 3) Produzimos uma descrição do marco normativo constitucional dos três tipos de políticas públicas. 4) Refletimos sobre a dimensão coletiva do problema das políticas públicas para, dentro de limites, apontar elementos que permitam a reflexão sobre “justiça” e “distribuição”, conceitos inerentes à adjudicação das políticas públicas em análise.

O texto é de autoria coletiva. Impossíveis de serem identificados com precisão, os limites individuais de reflexão são frutos de discussões protagonizadas por todos os membros do Grupo de Estudo e Pesquisa em Políticas Públicas e Hermenêutica. Embora para efeitos de obtenção de créditos relativos a incentivos individualistas de publicação de artigos, como são os da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES,⁹ fosse mais interessante identificarmos como capítulos individuais cada um dos tópicos do texto, ou mesmo publicarmos em duplas artigos derivados de nossas reflexões conjuntas, preferimos publicar o texto como resultado daquilo que ele realmente é: fruto do esforço coletivo e duradouro de um grupo de pesquisadores, em nome da honestidade intelectual, mesmo não podendo “aproveitá-lo” para pontuar na Plataforma Lattes¹⁰ – decisão que é fruto confesso de algum diletantismo anárquico.

⁹ Órgão do Ministério da Educação responsável pela expansão e consolidação da pós-graduação *Stricto sensu*.

¹⁰ A Plataforma Lattes é a base de dados de currículos e instituições das áreas de Ciência e Tecnologia e serve como referência documental à avaliação de produtividade dos docentes e pesquisadores brasileiros.

O texto que se segue é resultado das reflexões, ainda iniciais, dos dois últimos passos do trabalho. Deixamos os resultados tabelados da pesquisa para uma futura publicação por dois motivos: 1) pende no presente momento a revisão final dos dados, e o grupo pretendeu agir com rigor e cautela antes de dá-los à comunidade acadêmica; e 2) a publicação da tabela tornaria o texto longo demais para os limites de um artigo. Os resultados da pesquisa serão, portanto, publicados o mais brevemente possível.

2 Conceito de políticas públicas

As políticas públicas estão inseridas no contexto amplo da política e, não obstante, ambas se relacionem ao poder social, são restritas a soluções específicas para assuntos públicos.

Apesar de ser possível constatar uma diversidade de conceitos de políticas públicas, a compreensão do conceito geral e de suas características essenciais, encontra concordância em diferentes autores. Para a construção do raciocínio que fundamenta o entendimento sobre políticas públicas, é preciso ter em consideração a influência da realidade de cada sociedade em seu formato concreto, bem como se o estágio de maturidade social “[...] contribuirá, ou não, para a estabilidade e eficácia das políticas, para o grau de participação dos grupos interessados, para a limpeza dos procedimentos de decisão”.¹¹

Ante a reciprocidade de influências entre as dimensões política e jurídica do Estado, existe, especialmente no âmbito do direito público, a influência dos valores

¹¹ SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: FERRAREZI, Elisabete; SARAVIA, Enrique. *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. p. 32.

e da dinâmica da política.¹² De fato, o lugar institucional no qual atua uma política¹³ é o direito, devendo realizar-se conforme o princípio da legalidade.¹⁴

À política compete vislumbrar o modelo, contemplar os interesses em questão, arbitrado conflitos, de acordo com a distribuição do poder, além de equacionar a questão do tempo, distribuindo as expectativas de resultados entre curto, médio e longo prazos.

Ao direito cabe conferir expressão formal e vinculativa a esse propósito, transformando-o em leis, normas de execução, dispositivos fiscais, enfim, conformando o conjunto institucional por meio do qual opera a política e se realiza seu plano de ação.¹⁵

O esforço jurídico para a compreensão do conceito de política pública pode ser considerado uma guinada em sentido oposto a uma das consequências do processo de colonização teórica, que é o legalismo.¹⁶ Dessa forma, diz-se que a cultura latina possui uma perspectiva jurídica baseada na forma de estruturação dos sistemas estatais que ocorreu por meio do legalismo. Assim é que “Os conquistadores espanhóis e portugueses levavam nas suas naus os textos das leis que deviam aplicar nas terras que iriam descobrir”.¹⁷ Isso deu origem à visão que prioriza o enfoque da parte estática do Estado por abordar prioritariamente o estudo das normas e

¹² BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1.

¹³ Ressalte-se que Bucci, ao tratar do termo “política”, faz referência ao termo *policy*, que se refere a programas governamentais, e não a *politics*, que se refere à atividade política em sentido amplo. BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 11.

¹⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 37.

¹⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 37.

¹⁶ SARAIVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: FERRAREZI, Elisabete; SARAIVIA, Enrique. *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. p. 21.

¹⁷ SARAIVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: FERRAREZI, Elisabete; SARAIVIA, Enrique. *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. p. 21.

estruturas organizadoras da atividade estatal, o que acaba por ocorrer em detrimento do estudo das realidades inerentes às estruturas públicas.¹⁸

Apesar de a riqueza da realidade não poder ser completamente abarcada pela perspectiva jurídica, não se propõe o seu abandono, tendo em vista ser indispensável para operacionalizar uma política pública. O que se enfatiza é a necessidade da ampliação da percepção do fenômeno a que sejam percebidas e consideradas as relações de complementaridade com os demais âmbitos do problema, pois “[...] a perspectiva da política pública integra adequadamente a dimensão jurídica e esta se auxilia nos insumos que as análises da política pública lhe propõem”.¹⁹

Como aponta um autor de referência no campo:

As democracias evoluídas fazem da observância de normas jurídicas abstratas e impessoais e do respeito aos direitos dos outros o fundamento básico da convivência social. Mas uma análise que só leve em consideração a perspectiva jurídica seria limitada e insuficiente para compreender a riqueza e diversidade das variáveis que compõem o universo do fenômeno estatal, nas suas relações com a vida nacional e internacional.²⁰

Nesse sentido, é perceptível o esforço jurídico para uma abertura interdisciplinar a fim de combater a chamada “esterilização do direito”, resultado do distanciamento do dinamismo da realidade.²¹

Propõe-se, então, a abordagem de dois conceitos de política pública a fim de elucidar a complementariedade entre a perspectiva jurídica da política pública e seu esforço para a abertura do direito e a perspectiva da administração pública e o diálogo com a perspectiva jurídica.

¹⁸ SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: FERRAREZI, Elisabete; SARAVIA, Enrique. *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. p. 20-21.

¹⁹ SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: FERRAREZI, Elisabete; SARAVIA, Enrique. *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. p. 27.

²⁰ SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: FERRAREZI, Elisabete; SARAVIA, Enrique. *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. p. 27.

²¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1.

Para adentrar a compreensão do conceito de política pública, será tomado como ponto de partida o conceito de Maria Paula Dallari Bucci, segundo o qual, de forma sintética, política pública é um programa resultante de um processo juridicamente regulado que visa coordenar meios para a realização de objetivos.

Política pública é o 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 as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar à realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.²² (grifo nosso).

A utilização do programa como elemento da política pública, e não “*outputs* da atividade política”,²³ diz respeito ao delineamento geral do conteúdo da política pública, o que traz facilidades à fase de avaliação. O programa diz respeito à estrutura da política pública e é composto pelos objetivos concretos, elementos operacionais de avaliação, instrumentais e procedimentais e, ainda, arranjos político-administrativos e recursos pertinentes, a exemplo dos financeiros.²⁴

O núcleo do programa possui dados jurídicos e extrajurídicos da política pública, de forma que o grau de proximidade entre os dois é diretamente proporcional à condição de efetivação da política pública, isso se denomina “modelagem

²² BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

²³ “O que inteligentemente elimina o problema de adotar uma forma específica para a ação administrativa. Como se viu anteriormente, dentre as várias expressões possíveis de uma política pública, nem todas se caracterizam como ‘programas’, em sentido estrito.” BUC-CI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 40.

²⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 40.

jurídica” e representa “[...] um esforço de pactuação de uma linguagem para uso tanto na esfera do direito como da administração pública e política”.²⁵

O programa de ação também se relaciona à validade e à eficácia jurídica na medida em que se apoia no sistema jurídico e se realiza por meio dele. No entanto, o ideal de uma política pública não resulta de sua conformidade ao texto jurídico e ao cumprimento das normas do programa, visto que seus objetivos são sociais. Assim, o ideal de uma política pública é atingir os objetivos sociais propostos.²⁶

A ideia de coordenação também perpassa a política pública, pois ocorre tanto no âmbito dos Poderes Públicos, dos níveis federativos, do interior do Governo, ou, ainda, entre sociedade civil e Estado.²⁷ O elemento “processo” ou “conjunto de processos”, posto no conceito, diz respeito à “[...] sequência de atos tendentes a um fim, procedimento, agregado do elemento contraditório”.²⁸ Tal elemento ultrapassa a esfera processual, passando a ser compreendido em um universo jurídico mais amplo, quando presentes lides de interesses coletivos ou difusos. Trazido para a área da política pública, diz respeito à participação na etapa de formulação.²⁹

Outro enfoque sobre o conceito de política pública é o da administração pública, na perspectiva de Saravia:³⁰

Trata-se de um fluxo de decisões públicas, orientado a manter o equilíbrio social ou a introduzir desequilíbrios destinados a modificar essa realidade. Decisões condicionadas pelo próprio fluxo e pelas reações e modificações que elas

²⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 43.

²⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 43.

²⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 44.

²⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 44.

²⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 44-45.

³⁰ Esse autor traz considerações sobre a questão da adaptabilidade do instituto da política pública a tradições distintas da anglo-saxônica, que foi sua cultura de origem, que, no entanto, não será objeto específico desta abordagem.

provocam no tecido social, bem como pelos valores, ideias e visões dos que adotam ou influem na decisão. É possível considerá-las como estratégias que apontam para diversos fins, todos eles, de alguma forma, desejados pelos diversos grupos que participam do processo decisório. A finalidade última de tal dinâmica – consolidação da democracia, justiça social, manutenção do poder, felicidades das pessoas – constitui elemento orientador geral das inúmeras ações que compõem determinada política. Com uma perspectiva mais operacional, poderíamos dizer que ela é um sistema de decisões públicas que visa a ações ou omissões, preventivas ou corretivas, destinadas a manter ou modificar a realidade de um ou vários setores da vida social, por meio da definição de objetivos e estratégias de atuação e da alocação dos recursos necessários para atingir os objetivos estabelecidos.³¹

De pronto, percebe-se a diferença na abordagem conceitual de política pública, tendo a perspectiva jurídica ênfase sobre o delineamento normativo do programa. Como mencionado na primeira parte do trabalho, existe uma relação entre políticas públicas e equilíbrio social, pois é a principal forma de ingerência para lidar com a questão social, a expansão da pobreza e a vulnerabilidade dos indivíduos em uma economia de mercado. Percebe-se que também vai estar relacionada à demanda pela consolidação da democracia e pelo fortalecimento político, sendo ela, em si, um instrumento de operacionalização de decisões políticas. A política pública vai estar integrada ao conjunto de políticas governamentais e trata-se de uma colaboração ao bem-estar coletivo, de forma que cada uma vai estabelecer prioridades ante a aspectos que considera urgentes e relevantes.³²

Saravia destaca que inexistente uma racionalidade manifesta no processo de política pública e uma atuação previsível do ator social que afeta tanto o cidadão como o administrador público, de forma que as teorias que chegariam mais perto de explicar a dinâmica social seriam as modernas teorias do caos ou o tipo específico de organização denominado “anarquia organizada”, que seria “[...] uma coleção de opções procurando problemas, de temas e sentimentos procurando situações

³¹ SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: FERRAREZI, Elisabete; SARAVIA, Enrique. *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. p. 29.

³² SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: FERRAREZI, Elisabete; SARAVIA, Enrique. *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. p. 35.

decisórias em que eles possam vir à luz, de soluções procurando por assuntos que elas poderiam responder e decisores procurando trabalho”.³³

A ausência de racionalidade seria caracterizada por três fatores: (i) preferências problemáticas das instituições do Executivo; (ii) tecnologias não claramente especificadas; e (iii) participação fluida. O modelo racional de análise ainda sobrevive devido ao conforto que fornece ao pesquisador e a seu debate com o formulador de políticas públicas, ao *status* de modelo normativo que sustenta e ao mito “dignificado” partilhado pelos formuladores de políticas públicas.³⁴

O sucesso obtido pelo paradigma da teoria da escolha racional (*public choice theory*), que está no alicerce das políticas econômicas chamadas de “neoliberais”, mostra a persistência do modelo racional. A racionalidade transforma-se, assim, no critério supremo na ausência de qualquer outra premissa com base na qual seja possível argumentar.³⁵ Não é muito exagerado afirmar que a racionalidade tem substituído a verdade e a moral como critério último de julgamento tanto das crenças como da conduta humana.³⁶

Dessa forma, é possível perceber a insuficiência de conceitos estáticos para pensar o Estado e, por conseguinte, as políticas públicas que operacionalizam objetivos sociais, visto que nem mesmo sob o enfoque da administração pública é possível pensar na adequabilidade de um modelo puramente racional, não obstante conferir conforto intelectual aos pesquisadores e estudiosos que investigam o

³³ “Is a collection of choices looking for problems, issues and feelings looking for decision situations in which they can be aired, solutions looking for issues to which they might be the answer, and decision makers looking for work”. In: MARCH, James G; OLSON, Johan. A garbage can model or organizational choice. *Administrative Science Quarterly*, 1972 apud SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: FERRAREZI, Elisabete; SARAVIA, Enrique. *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. p. 29.

³⁴ SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: FERRAREZI, Elisabete; SARAVIA, Enrique. *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. p. 30.

³⁵ SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: FERRAREZI, Elisabete; SARAVIA, Enrique. *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. p. 30.

³⁶ BARRY, 1989, p. 368 apud SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: FERRAREZI, Elisabete; SARAVIA, Enrique. *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. p. 30.

campo social. Essa anotação pode ser estendida ao campo jurídico, a fim de reforçar sua limitação frente ao dinamismo e à ausência de controle sobre as variáveis da esfera social.

3 Operabilidade das políticas públicas e suas etapas

Voltando os olhos para a parte operacional da política pública, em outros termos, ao pensar no seu processamento, parte-se da concepção de que ela passa por diversos estágios, com distintos atores, coalizões, processos e ênfases de forma a configurar um campo de negociações de diferentes tipos em cada uma das etapas.³⁷

A fim de pensar as etapas de uma política pública, pode-se fazer uma abordagem de forma mais ampla como também mais detalhada. Sob a primeira abordagem, podem-se abordar três etapas:³⁸ formulação, implementação e avaliação. A formulação trata da preparação da decisão política. A implementação configura-se na decisão política³⁹ e em sua formalização por meio da norma jurídica. Esta se divide na etapa de preparação para a execução, que consiste na elaboração de planos, programas e projetos e na etapa da execução, que trata da prática da decisão política.⁴⁰ Sob a segunda abordagem referida, mais detalhada, é possível observar, no processo de política pública, outras etapas que permitem uma compreensão mais ampla: (i) inclusão na agenda; (ii) elaboração; (iii) formulação; (iv) implementação; (v) execução; (vi) acompanhamento e (vii) avaliação.⁴¹

A etapa da inclusão de determinado pleito ou necessidade na lista de prioridades do poder público “designa o estudo e a explicação do conjunto de processos

³⁷ SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: FERRAREZI, Elisabete; SARAVIA, Enrique. *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. p. 32.

³⁸ Nesse ponto, Saravia trata especificamente do caso da América Latina.

³⁹ Que pode ser tomada por um político ou pelo Congresso.

⁴⁰ SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: FERRAREZI, Elisabete; SARAVIA, Enrique. *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. p. 32.

⁴¹ SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: FERRAREZI, Elisabete; SARAVIA, Enrique. *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. p. 33-35.

que conduzem os fatos sociais a adquirir *status* de ‘problema político’, transformando-os em objeto de debates e controvérsias políticas na mídia”.⁴²

O momento da elaboração significa identificar e delimitar um problema de uma comunidade, que pode ser atual ou potencial, a fim de determinar possíveis alternativas de satisfação correspondentes, conjuntamente, à avaliação dos custos e a possíveis efeitos das alternativas possíveis e ao estabelecimento de prioridades.⁴³ Esse momento não é restrito à racionalidade, apesar de o pesquisador visualizar o problema como técnico, perceber o clima como consensual e o processo como controlado, trata-se de uma atividade política incontornável, cercada em todos os estágios pelas percepções e interesses dos atores.⁴⁴

A etapa da formulação é composta por dois submomentos. O primeiro está adstrito à seleção e à especificação da alternativa mais conveniente, oriunda da etapa da elaboração. O segundo trata da “[...] declaração que explicita a decisão adotada, definindo seus objetivos e seu marco jurídico, administrativo e financeiro”.⁴⁵ Há ainda a possibilidade de a política não ser explícita, como no caso da política de não inovar ou da política de omissão.⁴⁶

A fase da implementação é percebida também em dois submomentos, como afirmado anteriormente. O primeiro consiste na preparação para que a política pública seja posta em prática, “[...] planejamento e organização do aparelho administrativo e dos recursos humanos, financeiros, materiais e tecnológicos necessários

⁴² SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: FERRAREZI, Elisabete; SARAVIA, Enrique. *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. p. 33.

⁴³ SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: FERRAREZI, Elisabete; SARAVIA, Enrique. *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. p. 33.

⁴⁴ SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: FERRAREZI, Elisabete; SARAVIA, Enrique. *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. p. 33-35.

⁴⁵ SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: FERRAREZI, Elisabete; SARAVIA, Enrique. *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. p. 33.

⁴⁶ SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: FERRAREZI, Elisabete; SARAVIA, Enrique. *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. p. 33. Cf. BUCCI, 2006, p. 43.

para executar uma política”.⁴⁷ O segundo submomento refere-se aos “outcomes”, ou seja, resultados da decisão e implementação.⁴⁸ A viabilidade dessa fase depende da inexistência de obstáculos paralisantes:

Se o programa dispõe de tempo adequado e recursos suficientes; se a combinação precisa de recursos está efetivamente disponível; se a política a ser implementada baseia-se numa teoria de causa-efeito válida; se a relação entre causa e efeito é direta e se existem poucos, ou nenhum, vínculos de interferência; se as relações de dependência são mínimas; se existem compreensão e acordo sobre os objetivos; se as tarefas estão totalmente especificadas e na sequência correta; se há perfeita comunicação e coordenação; e se as autoridades podem pedir e obter perfeita comunicação e coordenação; e se as autoridades podem pedir e obter perfeita obediência.⁴⁹

As condições necessárias à fluidez da implementação acabam por demonstrar a fragilidade dessa etapa e necessidade de uma forte institucionalidade para que o aparecimento de obstáculos paralisantes seja atenuado ou nulo.⁵⁰

A quinta etapa é a execução e está ligada ao agir; demanda ações para atingir os objetivos então estabelecidos. Trata-se da prática efetiva da política e “[...] inclui o estudo dos obstáculos, que normalmente se opõem à transformação de enunciados em resultados e, especialmente, a análise da burocracia”.⁵¹ A etapa seguinte, do acompanhamento, é composta de um processo sistemático para supervisionar a execução da atividade e sua pluralidade de componentes com o fim de manter in-

⁴⁷ SARAIVA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: FERRAREZI, Elisabete; SARAIVA, Enrique. *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. p. 34.

⁴⁸ SARAIVA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: FERRAREZI, Elisabete; SARAIVA, Enrique. *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. p. 34.

⁴⁹ SARAIVA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: FERRAREZI, Elisabete; SARAIVA, Enrique. *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. p. 34.

⁵⁰ Sobre fragilidade institucional: TORRES, Pedro Medellín. *La política de las políticas públicas: propuesta teórica y metodológica para el estudio de las políticas públicas en países de frágil institucionalidad*. Santiago: CEPAL, 2004.

⁵¹ SARAIVA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: FERRAREZI, Elisabete; SARAIVA, Enrique. *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. p. 34.

formações correntes quanto à possibilidade de atingir os objetivos propostos.⁵² Por sua vez, a etapa da avaliação é a que mais tem se desenvolvido ultimamente e “[...] consiste na mensuração e análise, *a posteriori*, dos efeitos produzidos na sociedade pelas políticas públicas, especialmente no que diz respeito às realizações obtidas e às consequências previstas e não previstas.”⁵³

A divisão por etapas nem sempre segue a mesma sequência, podendo ocorrer de forma improvisada e desordenada sem que, geralmente, abra-se mão das etapas e suas fases constitutivas.⁵⁴

A partir da incorporação da política pública ao elenco de ações setoriais do governo, essa passa a estar sob as mesmas influências que a dinâmica estatal, de forma a impregnar-se pelo pensamento dominante em matéria de planejamento, no qual ocorre o predomínio da racionalidade técnica; o estabelecimento de prioridades parte de considerações supostamente racionais. No entanto, “[...] o poder político dos diferentes setores da vida social e sua capacidade de articulação dentro do sistema político são os que realmente determinam as prioridades.”⁵⁵ Assim, vale ressaltar características sobre o aspecto da unidade de coordenação das políticas públicas:

Existe uma crítica dura e permanente sobre a falta de coordenação entre as políticas econômicas e sociais. Os programas de ajuste estrutural implementados na América Latina não consideram, nas etapas iniciais da sua elaboração, os resultados sociais possíveis. Como consequência, os indicadores da educação, da saúde, da previdência social, da habitação, do emprego e de outros setores sociais mostram a existência de uma situação difícil, que se agrava com o tempo.⁵⁶

⁵² SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: FERRAREZI, Elisabete; SARAVIA, Enrique. *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. p. 34.

⁵³ SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: FERRAREZI, Elisabete; SARAVIA, Enrique. *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. p. 34-35.

⁵⁴ SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: FERRAREZI, Elisabete; SARAVIA, Enrique. *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. p. 35.

⁵⁵ SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: FERRAREZI, Elisabete; SARAVIA, Enrique. *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. p. 35.

⁵⁶ SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: FERRAREZI, Elisabete; SARAVIA, Enrique. *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. p. 36.

Outro componente que possui um papel decisivo em cada política pública são as instituições, pois elas influenciam as ações conforme seu estilo de atuação. As políticas públicas serão modeladas em seu processo de implementação pelas instituições estatais e organizações públicas. Tanto elas como os agentes públicos precisam ser considerados dentro de sua estrutura social mais ampla, pois a compreensão da estrutura administrativa passa pela compreensão da estrutura de interesses; em outros termos, estas formam o contexto daquelas, pois a estrutura de interesses relaciona-se às normas da formação de estruturas.⁵⁷

A oportunidade de visualizar dois conceitos de áreas de conhecimentos diferentes atinentes às políticas públicas traz clareza ao desafio jurídico, não de abarcar por intermédio de normas toda a complexidade da dinâmica estatal, mas de compreender sua importância e limitação, como uma das faces do Estado.

4 Políticas sociais na Constituição de 88

Para abordar as políticas sociais da Constituição Federal de 1988 – CF/88 – serão resgatados alguns aspectos antecedentes à sua positivação no ordenamento jurídico, a fim de elucidar como a dimensão jurídica é permeada pela política e pelo social.

4.1 Aspectos iniciais

Para trazer uma breve compreensão do Estado, esse será abordado a partir de suas diferentes dimensões, que são reveladas em seus aspectos sociais, jurídicos e políticos. A dimensão social relaciona-se à formação do Estado e ao seu desenvolvimento fundado por fatores socioeconômicos. A dimensão jurídica relaciona-se ao Estado enquanto ordem jurídica, e, na política, emerge a questão das variedades de finalidades em face dos diversos sistemas de cultura.⁵⁸

⁵⁷ SARAIVA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: FERRAREZI, Elisabete; SARAIVA, Enrique. *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006. p. 38.

⁵⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 127-128.

Os aspectos jurídicos do Estado são indissociáveis de seu conteúdo político, de forma que existe uma reciprocidade de influências entre ambos.⁵⁹ O poder político pode ser entendido como “[...] o poder social que se focaliza no Estado, tratando da obtenção do controle dos homens para o fim de influenciar o comportamento do Estado”.⁶⁰

O caráter do Estado é dinâmico, de forma que “[...] toda a sua atividade está ligada a justificativas e a objetivos, em função dos quais se estabelecem os meios”.⁶¹ O exercício do poder do Estado não se limita ao jogo de normas, ao revés, finalidades e regras são utilizadas para atingir determinadas finalidades pelos que possuem o direito de exercer o poder estatal.

Ante a consideração de reciprocidade de influências entre os tipos e poderes que revelam três faces importantes do Estado é que se pode analisar a inserção das políticas sociais na Constituição de 1988 – CF/88, tendo em vista que o aspecto jurídico do Estado sofre fortes influências do poder político e social. Nesse sentido, cabe apontar que “[...] *la naturaleza específica de un régimen político determina, de manera crucial, la estructuración de las políticas públicas*”.⁶²

Tanto a política como as políticas públicas possuem relação com o poder social. O conceito de política, por se relacionar ao poder em geral, é mais amplo, enquanto as políticas públicas se relacionam a soluções específicas de como manejar os assuntos públicos.⁶³ “*La política en su sentido más amplio tiende a conformar,*

⁵⁹ Dessa forma, opõe à concepção Kelseniana de Estado, em que este é tomado como dado, como existente.

⁶⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 129.

⁶¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 127.

⁶² TORRES, Pedro Medellín. *La política de las políticas públicas: propuesta teórica y metodológica para el estudio de las políticas públicas en países de frágil institucionalidad*. Santiago: CEPAL, 2004. p. 5.

⁶³ PARADA, Eugenio Lahera. Política y políticas públicas. p. 67-95. In: FERRAREZI, Elisabete; SARAIVA, Enrique. Brasília: ENAP, 2006. p. 67

tanto las propuestas de políticas públicas, como aquellas que se concretan. Quien quiere el gobierno, quiere políticas públicas”.⁶⁴

A fim de compreender a relação entre os conceitos explicitados e a realidade brasileira,⁶⁵ é importante trazer o contexto do texto jurídico que é a atual fonte de reivindicações de implementação de políticas públicas.

4.2 Contexto brasileiro

À época da promulgação da CF/88, predominava a linha de pensamento em prol do Estado mínimo, oriundo de uma vertente liberal conservadora. No entanto, foram estabelecidos direitos fundamentais no texto constitucional que demandavam para além da abstenção da invasão do Estado na esfera privada,⁶⁶ ou seja, ganharam lugar na CF/88 os direitos sociais, que demandam prestações positivas⁶⁷ e possuem o propósito de “[...] promover maior igualdade na participação dos cidadãos no desenvolvimento econômico do país”.⁶⁸ Dessa forma, foi consolidado o Estado sob a vertente social.⁶⁹

⁶⁴ PARADA, Eugenio Lahera. Política y políticas públicas. p. 67-95. In: FERRAREZI, Elisabete; SARAIVA, Enrique. Brasília: ENAP, 2006. p. 67

⁶⁵ Onde os conceitos podem aparecer de forma implícita.

⁶⁶ “Como se sabe, os chamados direitos humanos de primeira geração, os direitos individuais, consistem em direitos de liberdade, isto é, direitos cujo exercício pelo cidadão requer que o Estado e os concidadãos se abstenham de turbar”. BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 3.

⁶⁷ Sobre liberdade positiva e negativa, ver: “Dois conceitos de liberdade” In: BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios - dois conceitos de liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

⁶⁸ CASTRO, Jorge Abrahão de; RIBEIRO, José Aparecido Carlos. As políticas sociais e a Constituição de 1988: conquistas e desafios. In: *POLÍTICAS sociais: acompanhamento e análise: vinte anos da Constituição Federal*. Brasília: IPEA, 2009. p. 19.

⁶⁹ Sobre as características que deram ensejo à origem do Estado social, ver: CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário*. Tradução de Iraci D. Poletti. Petrópolis: Vozes, 1998.

Os direitos sociais⁷⁰ representaram a mudança da postura estatal, de abstencionista para o enfoque prestacional,⁷¹ ampliando a estrutura de proteção social. No Brasil, a CF/88 substanciou um avanço na estrutura do sistema de proteção social,⁷² o que teve implicações no tipo de atuação estatal para a promoção da igualdade e liberdade no país. Com a ênfase dos direitos prestacionais, as políticas públicas também ganharam destaque, visto que são a forma de realização de tais direitos por excelência.

A construção de políticas sociais advém do avanço da sociedade capitalista. Nesta, a vulnerabilidade passou a estar relacionada ao desemprego e não mais à ausência de proteção em um seio aristocrático. Os riscos sociais, na sociedade urbano-industrial, ultrapassavam a capacidade do indivíduo e de sua família de proteção social. Para o desenvolvimento capitalista, emergiu a necessidade de construção de sistemas de políticas sociais em prol da sobrevivência do indivíduo em uma economia de mercado,⁷³ existindo o intuito de atenuar as diferenças sociais advindas do livre funcionamento do mercado.⁷⁴

⁷⁰ A compreensão da importância dos direitos sociais pode ser vista na proposta de Amartya Sen em “Desenvolvimento como liberdade”, que destaca o preparo social em prol de um melhor aproveitamento do crescimento econômico. Sem perceber a riqueza nos termos de Aristóteles, em que “a riqueza evidentemente não é o bem que estamos buscando, sendo ela meramente útil e em proveito de alguma outra coisa”. *The Nicomachean ethics*, 1980, livro I, seção 5, p. 7 apud SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 28.

⁷¹ BUCCLI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 2-3.

⁷² Também denominado “Sistema Brasileiro de Proteção Social (SBPS)”. JACCOUD, Luciana Barros; SILVA, Frederico Augusto Barbosa da. *Questão social e políticas sociais no Brasil contemporâneo*. Brasília: IPEA, 2005.

⁷³ É interessante notar que existe uma diferença marcante no mercado de trabalho dos demais mercados no que tange à relação de oferta e demanda. No caso do mercado de trabalho, a oferta de mão de obra encontra-se sempre em uma posição desfavorável quando firma um contrato em situação de livre concorrência. OFFE, Claus. *Capitalismo desorganizado: transformações contemporâneas do trabalho e da política*. São Paulo: Brasiliense, 1995. p. 26.

⁷⁴ CASTRO, Jorge Abrahão de; RIBEIRO, José Aparecido Carlos. As políticas sociais e a Constituição de 1988: conquistas e desafios. In: *POLÍTICAS sociais: acompanhamento e análise: vinte anos da Constituição Federal*. Brasília: IPEA, 2009. p. 21.

Outro fator que colabora para a formação de um sistema de proteção social é a ampliação da demanda por igualdade e autonomia entre indivíduos “[...] no contexto de organização política das sociedades modernas, seja para enfrentar problemas advindos da ampliação da participação, seja para dar retorno ao problema da baixa participação política e fraca institucionalização democrática”.⁷⁵

A formação dos sistemas de proteção social é delineada conforme as trajetórias de cada país, bem como seus embates políticos e demandas sociais.

Um sistema nacional de políticas sociais apresenta complexos esquemas de distribuição e redistribuição de renda, aplicando significativas parcelas do produto interno bruto (PIB) em ações e programas sociais. Mediante uma intrincada rede de tributos, transferências e provisão de bens e serviços, recursos são distribuídos e redistribuídos em múltiplos sentidos, entre ricos e pobres, entre jovens e idosos, entre famílias com e sem crianças, entre saudáveis e doentes. Em sua trajetória histórica, cada sociedade incorpora o reconhecimento de determinados riscos sociais e de igualdades desejáveis. Tais processos constituem, em cada país, sistemas de proteção e promoção social com mais ou menos abrangência, mas que são dinâmicos, estando na maior parte do tempo em construção ou em reforma.⁷⁶

Os Estados de Bem-Estar, não obstante as diferentes análises de causas de emergência, “[...] podem ser definidos como organizadores de sistemas de garantias legais tendo por objetivo realizar, fora da esfera privada, o acesso a bens e serviços que assegurem a proteção social do indivíduo em face de alguns riscos e vulnerabilidades sociais”.⁷⁷ Nesse âmbito, estão ações que visam protegê-los dos riscos sociais, doença, velhice, morte e desemprego, bem como da pobreza,

⁷⁵ CARDOSO JÚNIOR, José Celso; JACCOUD, Luciana. Políticas sociais no Brasil: organização, abrangência e tensões da ação estatal. In: JACCOUD, Luciana (Org.). *Questão social e políticas sociais no Brasil contemporâneo*. Brasília: IPEA, 2005. p. 184.

⁷⁶ CASTRO, Jorge Abrahão de; RIBEIRO, José Aparecido Carlos. As políticas sociais e a Constituição de 1988: conquistas e desafios. In: *POLÍTICAS sociais: acompanhamento e análise: vinte anos da Constituição Federal*. Brasília: IPEA, 2009. p. 22.

⁷⁷ CARDOSO JÚNIOR, José Celso; JACCOUD, Luciana. Políticas sociais no Brasil: organização, abrangência e tensões da ação estatal. In: JACCOUD, Luciana (Org.). *Questão social e políticas sociais no Brasil contemporâneo*. Brasília: IPEA, 2005. p. 183.

caracterizadas por programas de mínimos sociais e de garantia de acesso aos serviços de saúde e educação.⁷⁸

O Estado Social consolidou-se ante a ineficácia de outras formas de regulação da questão social, tais como soluções por meio do mercado, moralização, ações de solidariedade ou movimentos revolucionários, o que resultou no fortalecimento da solução da proteção social via Estado.⁷⁹

Tal processo foi acompanhado pela emergência de uma esfera diferenciada de intervenção estatal – a social –, distinta das esferas econômica e política. De fato, o avanço do processo de legitimação da participação do indivíduo pobre no espaço político e a reprodução da pobreza no âmbito das relações econômicas, em que pese a progressão na produção de riquezas, permitiram a ampliação do campo de ação social do Estado por meio de políticas sociais.

[...] A cidadania, expandida tanto em termos políticos como em termos sociais, permitiu a construção de um novo paradigma para a organização da proteção social: os direitos sociais.⁸⁰

O modelo de *Welfare State* adotado pelo Brasil para corrigir distorções do mercado, em sentido complementar e não substitutivo, configurou-se sob a forma de um sistema meritocrático, um modelo conservador de política social. O mérito era aferido no interior da estrutura produtiva e relacionava-se à posição ocupacional e de renda. Tal sistema foi construído a partir das décadas de 1920 e 1930 e teve vigência até os anos de 1980 e era limitado por fatores relacionados à base contributiva, estreita devido a baixos salários; níveis de qualidades insuficientes diante do subfinanciamento; tendência à *assistencialização* das políticas sociais e sobrecarga da demanda ante a não inserção de um terço da população no mercado

⁷⁸ CARDOSO JÚNIOR, José Celso; JACCOUD, Luciana. Políticas sociais no Brasil: organização, abrangência e tensões da ação estatal. In: JACCOUD, Luciana (Org.). *Questão social e políticas sociais no Brasil contemporâneo*. Brasília: IPEA, 2005. p. 183.

⁷⁹ CARDOSO JÚNIOR, José Celso; JACCOUD, Luciana. Políticas sociais no Brasil: organização, abrangência e tensões da ação estatal. In: JACCOUD, Luciana (Org.). *Questão social e políticas sociais no Brasil contemporâneo*. Brasília: IPEA, 2005. p. 187.

⁸⁰ CARDOSO JÚNIOR, José Celso; JACCOUD, Luciana. Políticas sociais no Brasil: organização, abrangência e tensões da ação estatal. In: JACCOUD, Luciana (Org.). *Questão social e políticas sociais no Brasil contemporâneo*. Brasília: IPEA, 2005. p. 187.

formal e a necessidade dos demais da assistência do Estado. Tais fatores limitavam a alteração da estrutura de oportunidades em prol de uma maior igualdade nas condições básicas da vida por intermédio das políticas públicas.⁸¹

O projeto de reforma constitucional foi marcado pelo processo de organização da sociedade civil na luta pela redemocratização, ocorreu a partir dos anos de 1970, marcado por mudanças na agenda de cunho político, econômico e sociais que visavam à restauração do Estado democrático de direito e à reordenação do sistema nacional de políticas sociais sob o enfoque redistributivista de proteção social.⁸²

Contra esse movimento, pesavam a crise econômica que o país atravessava e o pensamento predominante no cenário internacional a favor do Estado mínimo, que pesava pela “desconstrução de políticas sociais abrangentes e universais”.⁸³ Por viés semelhante, existe a crítica à inflação de direitos, o que impediria a Constituição de caber no PIB.⁸⁴

Entretanto, é importante levar em consideração que cada Constituição possui a marca de uma composição política e histórica específica, sendo “[...] expressão de uma dada composição social e política e espelha tanto as tensões existentes no seio dessa sociedade, como os espaços e mecanismos concebidos para a harmonização desses conflitos”.⁸⁵

⁸¹ CASTRO, Jorge Abrahão de; RIBEIRO, José Aparecido Carlos. As políticas sociais e a Constituição de 1988: conquistas e desafios. In: *POLÍTICAS sociais: acompanhamento e análise: vinte anos da Constituição Federal*. Brasília: IPEA, 2009. p. 23.

⁸² CASTRO, Jorge Abrahão de; RIBEIRO, José Aparecido Carlos. As políticas sociais e a Constituição de 1988: conquistas e desafios. In: *POLÍTICAS sociais: acompanhamento e análise: vinte anos da Constituição Federal*. Brasília: IPEA, 2009. p. 27.

⁸³ CASTRO, Jorge Abrahão de; RIBEIRO, José Aparecido Carlos. As políticas sociais e a Constituição de 1988: conquistas e desafios. In: *POLÍTICAS sociais: acompanhamento e análise: vinte anos da Constituição Federal*. Brasília: IPEA, 2009. p. 27.

⁸⁴ A existência dessa crítica é apontada em: BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 4.

⁸⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 20.

4.3 Regra, isonomia e prática coletiva

Como visto, em suas distintas fases, o processo de formulação e implementação das políticas públicas, notadamente as distributivas, implica decisão sobre como alocar recursos escassos em torno de um projeto de bem comum. A distribuição se dá, coletivamente, por meio de um arranjo normativo, ou seja, por meio de regras. A importância da compreensão do que é uma regra e, em última análise, a importância de se seguir uma regra no âmbito das discussões políticas, é justificada pela necessária relação entre regra e justiça enquanto “isonomia”.

Seguir uma regra é uma prática coletiva, algo que não pode ser compreendido sob a perspectiva individualista. Essa abordagem *wittgensteineana* da regra nos ajuda a compreender o sentido de projeto coletivo que concretiza a dimensão compartilhada da sua noção. Não há regra que seja seguida por um só homem, uma só vez. Não é possível uma informação ser transmitida ou uma ordem cumprida uma vez apenas, já que é próprio do seu conceito a ideia de compartilhamento de sentido coletivo. As regras são costumes, são práticas cujo sentido é compartilhado como jogar um jogo, por exemplo. É assim que Wittgenstein conceitua a regra nas *Investigações Filosóficas*.⁸⁶ A apreensão da regra não é interpretação, mas se manifesta na adesão, no “seguir a regra” como prática. É por isso que acreditar que se segue a regra não é segui-la, pois a dimensão coletiva da própria noção de regra faz com que a ação individual não seja suficiente para caracterizá-la.

Pode-se entender o argumento de Wittgenstein como um libelo contra o fundacionismo intelectualista que pretende encerrar a relação do indivíduo com a realidade da regra na sua derivação de alguma explicação que possa ser concebida no formato cartesiano de qualquer relação de causalidade. Seguir a regra é uma prática coletiva que revela a participação daquele que segue a regra em uma comunidade. Não há nenhum princípio racional dedutivo que justifique, em última análise, o comportamento segundo uma regra. Se for assim, então, onde estaria o fundamento da adesão à regra? A resposta é dada por meio de uma ideia que remonta à dimensão coletiva da discussão sobre as políticas públicas e que, em certo

⁸⁶ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. São Paulo: Vozes, 2005. Aforismo. p. 199 et seq.

sentido, está refletida exemplarmente no esboço conceitual sobre o direito que nos apresenta Dworkin no desfecho do *Império do Direito*: a dimensão política, a dimensão fraterna da atitude autorreflexiva e interpretativa que caracteriza a união comunitária dos indivíduos no seio da empresa coletiva que é a sociedade.⁸⁷

As conexões do seguimento da regra pelo indivíduo com sua inserção na coletividade são bem retratadas por Charles Taylor, ao formular o conceito de “pano de fundo inarticulado”. É o pano de fundo inarticulado da sociedade que permite as conexões de sentido do sujeito com o todo, permitindo a apreciação de correção da compreensão da regra. Segundo Taylor, há duas escolas de interpretação sobre o que Wittgenstein diz acerca da obediência da regra como uma prática, entendendo-se aqui a desnecessidade de alusão às razões justificadoras em termos de consequências ou de um processo dedutivo. A primeira segue a linha de que não haveria nada além de meros vínculos fáticos a compor nosso pano de fundo inarticulado, portanto insuscetíveis de justificação. A segunda incorpora a compreensão ao chamado “pano de fundo” que, embora inarticulado em sua teia constituinte, permite a adoção de razões e a formulação de explicação, caso em que os vínculos não seriam apenas fáticos, mas teceriam um *sentido*. É nesse segundo tipo de interpretação que parece estar contida a ideia de que seguir regras é próprio da dimensão coletiva da experiência humana. A articulação de sentido que a regra possui somente pode ser compreendida no espaço social.⁸⁸

A importância dessa forma de ver a noção de regra repousa no seu potencial desconstituidor de uma visão do sujeito monológico que se reifica em um espaço interior, ou uma “mente” que processa representações. Segundo essa visão, os objetos alheios ao meu “eu” são significados a partir das representações que construo deles, a partir do meu “centro de consciência monológica”.⁸⁹ A compreensão *wittgensteiniana* da prática resgata o indivíduo da dimensão atomista da existência para reposicioná-lo no mundo e sobre o mundo. As práticas sociais é o que dá o significado à ação individual e é isso que explica a asserção de Wittgenstein de que

⁸⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 1999. p. 492.

⁸⁸ TAYLOR, Charles. *Argumentações filosóficas*. São Paulo: Loyola, 2000. p. 184.

⁸⁹ TAYLOR, Charles. *Argumentações filosóficas*. São Paulo: Loyola, 2000. p. 185.

não há regra de um único episódio, ou somente uma ação com significado, algo que não se refira ao contexto social.

As decisões sobre a alocação de recursos comuns devem ser compreendidas na dimensão de regras que têm impacto coletivo e que, portanto, devem ser passíveis de sentido coletivo, em um duplo viés, o da adesão e o das consequências. É nesse ponto que a noção de regra encontra a de isonomia, conceito relativo à justiça, núcleo significativo do próprio direito. Passaremos, a seguir, a apresentar os marcos normativos de acordo com os quais são dadas as decisões sobre as políticas públicas analisadas.

5 Descrição normativa dos três tipos de políticas públicas analisadas: segurança, saúde e educação

5.1 Segurança

A Constituição de 1988 traz alguns dispositivos que tratam do direito à segurança pública. Já no preâmbulo, tem-se que ao Estado incumbe assegurar o exercício do direito à segurança. No seu art. 5º, *caput*, garante a inviolabilidade do direito à segurança, resguardando-o como direito fundamental. O art. 6º, *caput*, por sua vez, cita o direito à segurança como direito social protegido constitucionalmente. Tais dispositivos, ao referirem-se ao termo “segurança”, envolvem um duplo sentido: o direito à segurança jurídica e o direito à segurança pública.

Note-se, ainda, que o § 2º do art. 5º estabelece que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Nesse sentido, é possível citar o art. 7º, § 1º, do Pacto de São José da Costa Rica, que garante: “Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais”.

De forma específica, a segurança pública é tratada no Capítulo III do Título V (Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas) da Constituição Federal. Assim, o art. 144, de modo inaugural, preceitua que a segurança pública, “[...] de-

ver do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”, por meio da polícia federal, da polícia rodoviária federal, da polícia ferroviária federal, das polícias civis, das polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Dessa forma, a segurança pública é exercida tanto por órgãos estaduais como federais, havendo, portanto, uma repartição de competências nessa matéria entre a União e os Estados.⁹⁰ Entretanto, como a Constituição atribui às polícias federais competência em questões delimitadas e estritamente enumeradas, a segurança pública, de um modo geral, é de competência dos Estados, tendo em vista as peculiaridades regionais e o fortalecimento do princípio federativo. Na esfera legislativa, nos termos do art. 22, XXI, e do art. 24, XVI, da Carta Republicana, a União possui competência legislativa para estabelecer as normas gerais, respectivamente, acerca das polícias militares e civis.

A Constituição demonstrou, ainda, preocupação com a eficiência dos serviços públicos de segurança, quando, em seu art. 144, § 7º, determinou que “[...] a lei disciplinará a organização e funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades”, objeto constitucional.⁹¹ Como salientado por Tercio Sampaio Ferraz Junior,

[...] faz mister uma política nacional de segurança pública, para além da transitoriedade dos governos e arredada de toda instrumentalização clientelística [...]. [...] devemos

⁹⁰ O § 8º do art. 144 da Constituição determina, ainda, que “Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei” e, portanto, não exclui o papel dos entes municipais na tutela do direito à segurança.

⁹¹ Em 20 de agosto de 2007, o Governo Federal lançou o Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (Pronasci), com a edição da Medida Provisória 384/2007, convertida na Lei nº 11.530, de 24 de outubro de 2007, “a ser executado pela União, por meio da articulação dos órgãos federais, em regime de cooperação com Estados, Distrito Federal e Municípios e com a participação das famílias e da comunidade, mediante programas, projetos e ações de assistência técnica e financeira e mobilização social, visando à melhoria da segurança pública” (art. 1º). De acordo com o art. 2º da Lei nº 11.530/2007, na redação conferida pela Lei 11.707/2008, “O Pronasci destina-se a articular ações de segurança pública para a prevenção, controle e repressão da criminalidade, estabelecendo políticas sociais e ações de proteção às vítimas”.

concientizar-nos de que os temas da segurança pública não pertencem apenas às polícias, mas dizem respeito a todos os órgãos governamentais que se integram, por via de medidas sociais de prevenção do delito. A comunidade não deve ser afastada, mas convidada a participar do planejamento e da solução das controvérsias que respeitam a paz pública.⁹²

José Afonso da Silva apresenta a seguinte definição de segurança pública:

A segurança pública consiste numa situação de preservação ou restabelecimento dessa convivência social que permite que todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem perturbação de outrem, salvo nos limites de gozo e reivindicação de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses. Na sua dinâmica, é *uma atividade de vigilância, prevenção e repressão de condutas delituosas*.⁹³

Somente por meio de uma interpretação conjunta e sistemática de todas as normas constitucionais que tratam do direito à segurança pública é que se extrai o seu verdadeiro sentido.⁹⁴ Assim, é por meio da interação entre a segurança pública como direito de defesa do Estado (art. 144, CF/88), como direito conferido a um grupo de pessoas (direito social – art. 6º, *caput*, da CF/88) e, por fim, como garantia de cada indivíduo (direito individual – art. 5º, *caput*, da CF/88), que a leitura do art. 144 da Carta de 1988 permite conceber o direito fundamental à segurança pública como um direito e responsabilidade de todos.⁹⁵

⁹² FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990. p. 102.

⁹³ SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 756.

⁹⁴ SOUSA, Pedro Ivo de. *Legitimidade do controle judicial brasileiro de políticas de segurança pública*. 154 págs. 2000. Dissertação (Mestrado)-Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2000. f. 127.

⁹⁵ SOUSA, Pedro Ivo de. *Legitimidade do controle judicial brasileiro de políticas de segurança pública*. 154 págs. 2000. Dissertação (Mestrado)-Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2000. f. 127.

Nesse sentido, o direito fundamental à segurança pública pode ser visto como um direito de primeira dimensão,⁹⁶ já que está vinculado à integridade física e à liberdade pessoal. Mas, por sua vez, também pode ser concebido como um direito social, ao lado do direito à habitação, à educação, à saúde, dentre outros, pois necessita de um agir estatal, uma ação por parte do Estado que garanta tanto a segurança pessoal do indivíduo como de toda a sociedade, estando situado, por isso, também na segunda dimensão dos direitos fundamentais. É por isso que Valter Santin defende que o direito à segurança pública pode ser localizado em qualquer análise de geração ou onda de direitos, pois engloba uma “gama de direitos”, em virtude da “sua característica de liberdade pública e até mesmo componente do direito de personalidade”.⁹⁷

Ademais, o direito à segurança pública, ao adquirir traços marcantes de efetivação igualitária,⁹⁸ passou a ser visto, inclusive, como um direito difuso,⁹⁹ e, portanto, assegurado indistintamente a toda a sociedade, que passa a ter o direito de judicializar o Estado com vistas a concretizar o seu direito fundamental à segu-

⁹⁶ Parte da doutrina estrangeira e nacional cita, nos estudos dos direitos fundamentais, uma evolução por que passaram tais direitos: os primeiros universalmente consagrados foram os direitos civis e políticos, denominados *direitos de liberdade* ou direitos de primeira geração. Em seguida, vieram os direitos sociais, econômicos e culturais, denominados *direitos de igualdade*, denominados direitos de segunda geração. Posteriormente, surgiram os direitos à autodeterminação, ao desenvolvimento e ao meio ambiente saudável, denominados *direitos de solidariedade* ou direitos de terceira geração.

⁹⁷ SANTIN, Valter Foletto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 78. O autor ressalta, ainda, que “Em qualquer análise de geração ou onda de direitos não se pode prescindir da inclusão e atenção do direito à segurança pública, pela sua grande importância para a vida em sociedade, principalmente no momento atual em que a violência e a criminalidade explodem no mundo e no Brasil, especialmente em nossas cidades grandes e médias, em que até sair de casa para ir à esquina tomar um ar ou comprar leite e pão virou uma aventura de alto risco, mesmo nos bairros outrora tranquilos e seguros”.

⁹⁸ SOUSA, Pedro Ivo de. *Legitimidade do controle judicial brasileiro de políticas de segurança pública*. 154 págs. 2000. Dissertação (Mestrado)-Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2000. f. 126.

⁹⁹ O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 81, I, define os direitos difusos como aqueles “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. São, portanto, aqueles que pertencem a todos, em geral, e somente podem ser defendidos coletivamente.

rança pública. José Eduardo Carreira Alvim defende a natureza difusa do direito à segurança pública, pois não se tratando de um direito potestativo, ao passo que os indivíduos têm o direito à segurança, e o Estado tem o dever prestacional de garanti-lo.¹⁰⁰ Entretanto, segundo afirma o autor,

[...] se o Estado (Poder Público) não tem o dever de garantir a segurança pessoal aos brasileiros, considerados *uti singuli* –, pois seria impossível destinar um guarda para proteger cada brasileiro –, têm-no, considerados *uti universi*, tratando-se de um direito difuso à segurança, mas, nem por isso, menos concreto do que o direito subjetivo individualizado.¹⁰¹

Nas palavras de Luiz Eduardo Soares, “Ou haverá segurança para todos, ou ninguém estará seguro. As soluções têm de ser válidas para todos. E, para serem eficazes, têm de enfrentar o problema em todos os seus vários aspectos, ao mesmo tempo”.¹⁰²

Dessa perspectiva, o direito à segurança pública deve ser visto sob várias dimensões: o direito de cada cidadão, inclusive daqueles que se encontram presos, de ter a sua incolumidade física preservada; o direito de toda sociedade poder contar com uma polícia eficiente, que tenha condições de garantir sua segurança e de prevenir e reprimir condutas ilícitas; um poder judiciário que efetivamente consiga dar respostas eficazes às condutas delituosas e aptidão para responsabilizar os seus agentes; um sistema presidiário funcionando de maneira eficiente, apto a impedir a proliferação da criminalidade e capaz de ressocializar aqueles que nele se encontram; o privilégio da prevenção em detrimento da repressão; a participação cidadã e a integração da comunidade na gestão das instituições policiais e carcerárias; e, de um modo geral, o combate a condutas abusivas e o respeito aos direitos constitucionais de todas as pessoas.

¹⁰⁰ ALVIM, José Eduardo Carreira. Ação civil pública e direito difuso à segurança pública. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 124, p. 40, jun. 2005. Disponível em: <<http://www.revistasrtonline.com.br/portalar/template.htm?view=main>>. Acesso em: 5 jun. 2010.

¹⁰¹ ALVIM, José Eduardo Carreira. Ação civil pública e direito difuso à segurança pública. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 124, p. 40, jun. 2005. Disponível em: <<http://www.revistasrtonline.com.br/portalar/template.htm?view=main>>. Acesso em: 5 jun. 2010.

¹⁰² SOARES, Luiz Eduardo. *Segurança tem saída*. Rio de Janeiro: Sextante, 2006. p. 110.

Portanto, como salientado por Carlos Roberto Castro,

[...] a questão da segurança pública não pode ser encarada sob a ótica simplista da maior ou menor eficiência dos instrumentos de repressão, mas sim ser analisada de forma contextualizada e interdisciplinar, à luz dos compromissos constitucionais imantados no art. 3º da Constituição da República, em especial no que toca à construção de uma sociedade livre, justa e democrática, à erradicação da pobreza e da marginalização, à redução das desigualdades sociais e regionais e à promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.¹⁰³

É por isso que José Eduardo Carreira Alvim defende o direito à segurança como “o direito guardião dos direitos fundamentais”, pois “sem segurança todos os demais direitos valerão muito pouco ou quase nada”,¹⁰⁴ transformando o Estado de Direito em um estado da desordem, de insegurança e de desrespeito à ordem juridicamente constituída.

5.2 Saúde

O sistema de saúde anterior à Constituição de 1988 era bastante fragmentado. Somente no âmbito da União havia cinco ministérios responsáveis: Ministério da Saúde, da Previdência e Assistência Social, do Trabalho, da Educação e do Interior. O Ministério da Previdência e Assistência Social era o detentor de grande parte dos recursos que financiavam a saúde, integrando o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social – SINPAS, no qual fazia parte o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS, o responsável pela garantia dos serviços de assistência à saúde curativa.¹⁰⁵

¹⁰³ CASTRO, Carlos Roberto. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 273-274.

¹⁰⁴ ALVIM, José Eduardo Carreira. Ação civil pública e direito difuso à segurança pública. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 124, p. 40, jun. 2005. Disponível em: <<http://www.revisitasrtonline.com.br/portalar/template.htm?view=main>>. Acesso em: 5 jun. 2010.

¹⁰⁵ SANTOS, Lenir; ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. Vinte anos do SUS: o Sistema de Saúde no Brasil no século XXI. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, ano XXV, n. 7, p. 779, jul. 2009.

Era centrado na dicotomia “prevenção” e “doença”, sendo públicas e abrangentes as ações e serviços voltados para as atividades de prevenção coletiva, sempre vinculadas aos riscos sociais de epidemias, meio ambiente contaminado e saneamento básico. Entretanto, somente os trabalhadores que integravam o regime geral de previdência social pública tinham acesso aos serviços curativos mantidos pelo INAMPS, que se restringiam em beneficiar os trabalhadores que contribuíam para os institutos de previdência, ou seja, apenas aqueles trabalhadores urbanos com carteira assinada tinham direito ao atendimento na rede pública de saúde.¹⁰⁶

Assim, grande parte da população que não integrava o mercado de trabalho formal estava excluída do sistema, dependendo da caridade pública. Como salientam Lenir Santos e Luiz Odorico de Andrade, na época,

[...] os serviços de assistência à saúde individual não eram considerados um direito de cidadania, mas, sim, um serviço *assistencialista* do Estado garantido às pessoas pobres que eram atendidas pelos serviços privados filantrópicos, sob o financiamento público.¹⁰⁷

¹⁰⁶ SANTOS, Lenir; ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. Vinte anos do SUS: o Sistema de Saúde no Brasil no século XXI. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, ano XXV, n. 7, p. 781-782, jul. 2009.

¹⁰⁷ SANTOS, Lenir; ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. Vinte anos do SUS: o Sistema de Saúde no Brasil no século XXI. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, ano XXV, n. 7, p. 782, jul. 2009. Ainda segundo os autores: “[...] não se reconhecia a saúde pública como direito individual (direito público subjetivo); somente a saúde coletiva era de acesso universal, em razão da necessidade de o Estado proteger a sociedade dos perigos e riscos sociais. As ações de cunho curativo somente eram garantidas, de acordo com a legislação vigente à época, aos trabalhadores integrantes do regime geral de previdência social. O Estado garantia benefícios ‘previdenciários’ de assistência à saúde ao trabalhador com a finalidade de proteger a mão-de-obra e, conseqüentemente, o capital. Não era intenção do Estado garantir a todos serviços de assistência à saúde curativa. O que se buscava era proteger a força de trabalho, por isso a assistência curativa se enquadrava dentre os benefícios da previdência social; por outro lado, o Estado havia de proteger a sociedade dos riscos epidêmicos que poderiam atingir toda a estrutura social. Assim, a vigilância sanitária, as campanhas de combate às doenças epidêmicas, como febre amarela, tuberculose, hanseníase, varíola e outras medidas de saneamento e higiene coletivas eram atribuições do Estado (época denominada de ‘era campanhista’)” SANTOS, Lenir; ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. Vinte anos do SUS: o Sistema de Saúde no Brasil no século XXI. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, p. 778, jul. 2009.

Como exemplo disso, temos as Santas Casas de Misericórdia.

A Reforma Sanitária brasileira – que embora impulsionada pela VIII Conferência Nacional de Saúde de 1986, já havia sido iniciada na década de 1970 – defendia um sistema de saúde universalizado e com a unificação de conceitos, princípios e diretrizes de todas as ações e serviços de saúde (dos três entes federativos), bem como do seu financiamento. Buscava-se, ainda, a descentralização dessas ações e serviços, com uma participação mais atuante dos Municípios e dos Estados, cabendo à União manter a unicidade conceitual e operativa do sistema, além do papel central de cooperação técnica e financeira.

Sob forte influência do movimento sanitarista, ainda durante a Assembleia Nacional Constituinte, foi criado, por meio do Decreto Federal nº 94.657, de 20 de julho de 1987, o Programa dos Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde – SUDS, que mediante convênio de cooperação entre a União e os Estados, e com a adesão dos Municípios, deu-se início ao processo de unificação e de descentralização das ações e serviços de saúde, com financiamento dos três entes e abertura dos hospitais e postos ambulatoriais do INAMPS à população em geral.¹⁰⁸

Em seguida, com a promulgação da Constituição de 1988, a saúde passou a ser prevista como direito fundamental do cidadão, elevada à categoria de direito público subjetivo, passando os indivíduos a detentores do direito¹⁰⁹ e ao Estado o dever de garanti-lo. Abandonou-se, portanto, o sistema anterior que considerava a saúde pública como dever do Estado apenas no sentido de evitar a propagação de doenças endêmicas que colocavam em risco a saúde da coletividade e dos trabalhadores. Com a Carta de 88, o Estado assumiu o dever de garantir a saúde mediante a formulação e a execução de políticas públicas, além da prestação de serviços de recuperação, promoção e prevenção. Assim, o direito à saúde passa a ser garantido

¹⁰⁸ SANTOS, Lenir; ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. Vinte anos do SUS: o Sistema de Saúde no Brasil no século XXI. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, ano XXV, n. 7, p. 782, jul. 2009.

¹⁰⁹ Não se exclui aqui a responsabilidade dos indivíduos de cuidarem da própria saúde e de contribuírem para a saúde coletiva, conforme explicitado pelo art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.080/90: “O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade”.

pelo Estado a todos os indivíduos – não mais restrito aos trabalhadores formais – em todas as suas nuances, tanto preventivas como curativas.

São diversos os dispositivos constitucionais que tratam expressamente da saúde,¹¹⁰ tendo sido reservada, ainda, uma seção específica sobre o tema dentro do capítulo destinado à Seguridade Social.

De início, o art. 6º reconhece a saúde como um direito social, a exigir do Estado prestações positivas no sentido de sua garantia. No art. 7º, há dois incisos que tratam da saúde: o inciso IV que determina que o salário mínimo deva ser capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família, inclusive a saúde; e o inciso XXII que impõe a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Quanto à competência (aspecto administrativo), o art. 23, inciso II, estabelece a competência comum entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios para cuidar da saúde. O artigo 24, em seu inciso XII, dispõe que a União e os Estados têm competência concorrente para legislar sobre a defesa da saúde. Entretanto, os Municípios, por força do art. 30, I, também podem legislar sobre a matéria, por se tratar de assunto de interesse local, até porque grande parte da execução dos serviços de saúde está municipalizada. Nesse sentido, o art. 30, inciso VII, confere aos Municípios a competência para prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população.

¹¹⁰ O direito de proteção à saúde também é destacado na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, cujo art. XXV, em seu inciso 1, preconiza que “toda pessoa 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 em circunstâncias fora de seu controle”. Ademais, o art. 12, inciso 1, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), aprovado pela Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas, dispõe que os Estados signatários reconhecem o direito de “toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental”.

Assim, os três entes que compõem a federação brasileira podem formular e executar políticas de saúde. Entretanto, essa atribuição de competência comum não significa superposição entre a atuação dos entes federados, como se todos detivessem competência irrestrita em relação a todas as questões. Isso, inevitavelmente, acarretaria a ineficiência na prestação dos serviços de saúde, com a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para realizar as mesmas tarefas, o que é vedado pela Lei nº 8.080/90.¹¹¹

O art. 194, parágrafo único, inciso I, da Carta de 1988 determina a necessidade de o Poder Público se responsabilizar pela cobertura e pelo atendimento na área de saúde de forma universal, o que não quer dizer que não possa haver nenhum tipo de restrição.¹¹²

Nesse complexo sistema normativo acerca do direito à saúde, destaca-se o artigo 196 que se preocupou em estabelecer a saúde como

[...] 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.

¹¹¹ Nos termos do art. 7º, inciso XIII, as ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS) devem estar organizados de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos. Ademais, embora a competência em matéria de saúde seja comum, a Lei nº 8.080/90 traz uma repartição de atribuições administrativas às direções nacional, estaduais e municipais de saúde (artigos 16, 17 e 18).

¹¹² Chegou-se a afirmar que a universalidade da cobertura e do atendimento impediria a fixação pela Administração Pública de qualquer restrição quanto à cobertura e ao atendimento na área de saúde. Nesse sentido, expõe Celso Spitzcovsky: “[...] a diretriz constitucional menciona a universalidade não só do atendimento, mas também da cobertura, o que traz, como corolário, a necessidade de o Estado se responsabilizar pelo atendimento de qualquer demanda nesse setor, apresentada, inclusive, por qualquer pessoa” SPITZCOVSKY, Celso. O direito à vida e as obrigações do Estado em matéria de saúde. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*, Brasília, ano 18, n. 11, p. 67, nov./dez. 2006.

Assim, o texto constitucional, com forte influência do movimento sanitário, aponta o caráter de universalidade do direito à saúde e de acesso ao próprio Sistema Único de Saúde, como direito de todos e de cada um.

O artigo 197 da Constituição Federal reconheceu, ainda, que as ações e os serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei (Lei nº 8.080/90), sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por terceiros, e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

O artigo 198, por sua vez, estabeleceu a estrutura e as diretrizes gerais do Sistema Único de Saúde, afirmando que as “[...] ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único”, organizado de acordo com as diretrizes da “descentralização, com direção única em cada esfera de governo” (inciso I), do “atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais” (inciso II) e da “participação da comunidade” (inciso III). Esse sistema será financiado com recursos da Seguridade Social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (§ 1º), com previsão de aplicação de recursos mínimos a serem aplicados, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde (§§ 2º e 3º).

Com o objetivo de assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 29, de 2000, que acrescentou os §§ 2º e 3º ao art. 198 da Constituição e o art. 77 ao Ato das Disposições Transitórias.¹¹³ Com vistas a garantir sua aplicabilidade, a Emenda Constitucional nº 29/2000 acrescentou a alínea “e” ao inciso VII do art. 34, possibilitando a intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal no caso de “não-aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento

¹¹³ Ressalte-se, no entanto, que até hoje a EC nº 29/2000 não foi regulamentada pelo Congresso Nacional.

do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde”. Possibilitou, ainda, a intervenção dos Estados nos Municípios na mesma hipótese (art. 35, III).

Já o art. 199 facultou à iniciativa privada a assistência à saúde, podendo as instituições privadas participarem de forma complementar do sistema único, segundo diretrizes dele, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos (§ 1º). Fica vedada, no entanto, a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos (§ 2º) e a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei (§ 3º).

O art. 200 enumera, de forma não taxativa, as atribuições do SUS, que, nos termos da Lei, deverá: I – controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II – executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III – ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV – participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V – incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico; VI – fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII – participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; e VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Com efeito, a Constituição brasileira criou um modelo amplo de assistência à saúde da população, por meio de uma ação combinada entre os governos federal, estadual e local – o Sistema Único de Saúde (SUS). Mas o Constituinte, além de definir os contornos do direito fundamental à saúde, preocupou-se em estipular, desde logo, os princípios e as diretrizes estruturais do próprio SUS. Conforme salientam Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo, a dimensão objetiva do direito à saúde “[...] densifica-se de modo especial e relevante pela institucionalização constitucional do Sistema Único de Saúde (SUS), que assume a condi-

ção, na ordem jurídico-constitucional brasileira, de autêntica garantia institucional fundamental?¹¹⁴

Após o advento da Carta de 1988, foi editada a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90) que – ao regulamentar o disposto nos artigos 196 e seguintes da Constituição Federal – dispôs sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, além de estabelecer a estrutura e o modelo operacional do SUS, detalhando sua forma de organização e de funcionamento. Buscou-se atender à determinação do artigo 197 da CF/88, que remeteu ao legislador ordinário a disposição acerca da regulamentação, da fiscalização e do controle das ações e dos serviços de saúde.

De acordo com a Lei nº 8.080/90, o SUS é concebido como o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta (art. 4º). A iniciativa privada poderá participar do SUS em caráter complementar (art. 4º, § 2º). Entre os seus objetivos está a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (art. 5º, II, c/c art. 2º, § 1º), bem como a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas (art. 5º, III).

¹¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 17, n. 67, p. 140, jul./set. 2008. Ainda segundo os autores: “Tendo sido estabelecido e regulamentado pela própria Constituição de 1988, que estipulou os princípios pelos quais se estrutura e os objetivos a que deve atender, além de consistir no resultado de aperfeiçoamentos efetuados a partir de experiências anteriores frustradas e, de outra parte, consistir em reivindicação feita pela sociedade civil organizada, sobremodo no Movimento de Reforma Sanitária que precedeu à elaboração do texto constitucional, o SUS pode ser caracterizado, enfim, como uma garantia institucional fundamental. Sujeita-se, por conseguinte, à proteção estabelecida para as demais normas jusfundamentais, inclusive no que tange à sua inserção entre os limites materiais à reforma constitucional, além de estar resguardado contra medidas de cunho retrocessivo em geral”

Compete, ainda, ao SUS, dentre outras atribuições, a execução de ações de vigilância sanitária e epidemiológica, de saúde do trabalhador e de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica (art. 6º, I), bem como a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção (art. 6º, VI) e o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde (art. 6º, VII).

A Lei nº 8.080/90 estabelece, ademais, os princípios orientadores da atuação do Sistema, dentre os quais vale destacar os seguintes: universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência (I); integralidade de assistência, entendida 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 (II); igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie (IV); utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática (VII); participação da comunidade (VIII); descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo, com ênfase na descentralização dos serviços para os Municípios e na regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde (IX); integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico (X); conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população (XI); capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência (XII); e organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos (XIII).

Como visto, o Sistema Único de Saúde é simultaneamente marcado pela descentralização, regionalização e hierarquização, além da integralidade das ações e dos serviços de saúde e da universalidade do acesso.

Como tentativa de superar as distorções dos modelos passados, em especial a fragmentação característica do sistema anterior, com o princípio da unidade, os serviços e as ações de saúde, públicos ou privados, devem estar pautados sob as mesmas políticas, diretrizes e comando. Embora único, o SUS é constituído por

uma rede regionalizada e hierarquizada que preserva a direção única em cada esfera de governo e atua segundo o princípio da descentralização, sendo esse o meio eleito pelo Constituinte para a viabilização das demais diretrizes inseridas no texto constitucional. Assim, todas as ações e os serviços de saúde devem ser, por força da Lei Fundamental, planejados e executados a partir de um norte bastante claro: a descentralização.

A Constituição e a Lei nº 8.080/90 buscaram estabelecer uma estrutura em que toda e qualquer necessidade de saúde da população pudesse ser identificada e tratada, permitindo a definição e a adaptação das ações e dos serviços de saúde de acordo com o perfil epidemiológico local. Para tanto – sobretudo quando consideradas as dimensões continentais de um país como o Brasil –, seria necessário dar prevalência à execução das ações de saúde por parte dos entes que se achassem mais próximos à população, o que só seria possível a partir da criação de um sistema descentralizado e regionalizado. A Lei Orgânica da Saúde procurou, então, definir as atribuições de cada um dos entes federativos no sistema.

À direção nacional do SUS (Ministério da Saúde) atribuiu-se, especialmente, a competência de definição de políticas e de coordenação do sistema, além do dever de prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, devendo promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde de abrangência estadual e mu-

nicipal.¹¹⁵ À direção estadual do SUS (Secretarias Estaduais de Saúde), em seu art. 17, atribuiu, primordialmente, as competências de promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde, de lhes prestar apoio técnico

¹¹⁵ Lei 8.080/90: “Art. 16. A direção nacional do Sistema Único da Saúde (SUS) compete: I – formular, avaliar e apoiar políticas de alimentação e nutrição; II – participar na formulação e na implementação das políticas: a) de controle das agressões ao meio ambiente; b) de saneamento básico; e c) relativas às condições e aos ambientes de trabalho; III – definir e coordenar os sistemas: a) de redes integradas de assistência de alta complexidade; b) de rede de laboratórios de saúde pública; e c) de vigilância epidemiológica; e d) vigilância sanitária; IV – participar da definição de normas e mecanismos de controle, com órgão afins, de agravo sobre o meio ambiente ou dele decorrentes, que tenham repercussão na saúde humana; V – participar da definição de normas, critérios e padrões para o controle das condições e dos ambientes de trabalho e coordenar a política de saúde do trabalhador; VI – coordenar e participar na execução das ações de vigilância epidemiológica; VII – estabelecer normas e executar a vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras, podendo a execução ser complementada pelos Estados, Distrito Federal e Municípios; VIII – estabelecer critérios, parâmetros e métodos para o controle da qualidade sanitária de produtos, substâncias e serviços de consumo e uso humano; IX – promover articulação com os órgãos educacionais e de fiscalização do exercício profissional, bem como com entidades representativas de formação de recursos humanos na área de saúde; X – formular, avaliar, elaborar normas e participar na execução da política nacional e produção de insumos e equipamentos para a saúde, em articulação com os demais órgãos governamentais; XI – identificar os serviços estaduais e municipais de referência nacional para o estabelecimento de padrões técnicos de assistência à saúde; XII – controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde; XIII – prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional; XIV – elaborar normas para regular as relações entre o Sistema Único de Saúde (SUS) e os serviços privados contratados de assistência à saúde; XV – promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal; XVI – normatizar e coordenar nacionalmente o Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados; XVII – acompanhar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde, respeitadas as competências estaduais e municipais; XVIII – elaborar o Planejamento Estratégico Nacional no âmbito do SUS, em cooperação técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal; XIX – estabelecer o Sistema Nacional de Auditoria e coordenar a avaliação técnica e financeira do SUS em todo o Território Nacional em cooperação técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal. Parágrafo único. “A União poderá executar ações de vigilância epidemiológica e sanitária em circunstâncias especiais, como na ocorrência de agravos inusitados à saúde, que possam escapar do controle da direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) ou que representem risco de disseminação nacional.”

e financeiro e de executar supletivamente ações e serviços de saúde.¹¹⁶ Por fim, à direção municipal do SUS, incumbiu de planejar, organizar, controlar, gerir e executar os serviços públicos de saúde.¹¹⁷

¹¹⁶ Lei 8.080/90: “Art. 17. À direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) compete: I – promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde; II – acompanhar, controlar e avaliar as redes hierarquizadas do Sistema Único de Saúde (SUS); III – prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde; IV – coordenar e, em caráter complementar, executar ações e serviços: a) de vigilância epidemiológica; b) de vigilância sanitária; c) de alimentação e nutrição; e d) de saúde do trabalhador; V – participar, junto com os órgãos afins, do controle dos agravos do meio ambiente que tenham repercussão na saúde humana; VI – participar da formulação da política e da execução de ações de saneamento básico; VII – participar das ações de controle e avaliação das condições e dos ambientes de trabalho; VIII – em caráter suplementar, formular, executar, acompanhar e avaliar a política de insumos e equipamentos para a saúde; IX – identificar estabelecimentos hospitalares de referência e gerir sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional; X – coordenar a rede estadual de laboratórios de saúde pública e hemocentros, e gerir as unidades que permaneçam em sua organização administrativa; XI – estabelecer normas, em caráter suplementar, para o controle e avaliação das ações e serviços de saúde; XII – formular normas e estabelecer padrões, em caráter suplementar, de procedimentos de controle de qualidade para produtos e substâncias de consumo humano; XIII – colaborar com a União na execução da vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras; XIV – o acompanhamento, a avaliação e divulgação dos indicadores de morbidade e mortalidade no âmbito da unidade federada.”

¹¹⁷ Lei 8.080/90: “Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete: I – planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde; II – participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde (SUS), em articulação com sua direção estadual; III – participar da execução, controle e avaliação das ações referentes às condições e aos ambientes de trabalho; IV – executar serviços: a) de vigilância epidemiológica; b) vigilância sanitária; c) de alimentação e nutrição; d) de saneamento básico; e e) de saúde do trabalhador; V – dar execução, no âmbito municipal, à política de insumos e equipamentos para a saúde; VI – colaborar na fiscalização das agressões ao meio ambiente que tenham repercussão sobre a saúde humana e atuar, junto aos órgãos municipais, estaduais e federais competentes, para controlá-las; VII – formar consórcios administrativos intermunicipais; VIII – gerir laboratórios públicos de saúde e hemocentros; IX – colaborar com a União e os Estados na execução da vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras; X – observado o disposto no art. 26 desta Lei, celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução; XI – controlar e fiscalizar os procedimentos dos serviços privados de saúde; XII – normatizar complementarmente as ações e serviços públicos de saúde no seu âmbito de atuação.”

Confirma-se, portanto, a intenção de se atribuir, precipuamente aos Municípios e aos Estados, entes mais próximos dos cidadãos, a competência para prestar, de modo direto, o atendimento à saúde da população, exatamente, em razão da diretriz da descentralização.¹¹⁸ Isso não exclui a atuação direta do ente central (União) em algumas situações, exercendo a função da harmonização prática do sistema, além de atuar na execução das políticas em caráter supletivo e subsidiário de forma a garantir a integralidade do atendimento.

Desse modo, pode-se observar que a descentralização do SUS propicia o acesso universal e igualitário aos serviços de saúde e aproxima o serviço a ser prestado no domicílio dos usuários. Assim, compete aos entes políticos de forma comum (art. 23, II) assegurar o direito à saúde, mas a execução de suas ações e serviços deve dar-se com observância do princípio da descentralização (art. 198, I), com prevalência da prestação do atendimento à população pelo ente que está mais próximo do cidadão (art. 30, VII), mas sempre assegurada a integralidade da assistência e de acordo com a capacidade técnica e financeira dos Municípios, o que pode exigir a presença dos Estados e da União supletivamente.

¹¹⁸ Nesse sentido, defende Marlon Alberto Weichert: “O princípio da descentralização dos serviços e ações de saúde refere um objetivo e um vetor a serem gradativamente implementados. É um princípio que se articula com o da regionalização e hierarquização, indicando que os serviços devem ser primordialmente executados pelos Municípios. [...] Com a descentralização, o SUS remete a execução das ações e serviços públicos de saúde para os entes locais, que, próximos da população, possuem a melhor condição de avaliar as necessidades mais prementes e desenvolver as condutas mais eficazes de prevenção e tratamento. [...] O SUS, ao combinar o princípio da descentralização com o da hierarquização, acaba por adotar internamente, relativamente à execução dos serviços, o princípio da subsidiariedade, no sentido de atribuir aos Estados e à União somente as tarefas que Municípios e Estados, respectivamente, não puderem executar satisfatoriamente, ou não requeiram dimensão regional ou nacional” WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e federação na Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

Repise-se que, quanto ao financiamento do Sistema, há participação de todos os entes federativos.¹¹⁹ Portanto, a competência para executar as políticas não significa que lhe caiba custeá-lo sozinho ou isoladamente. Os recursos financeiros do Sistema Único de Saúde são depositados em conta especial (fundos de saúde), em cada esfera de sua atuação, e movimentados sob fiscalização dos respectivos Conselhos de Saúde (art. 33 da Lei nº 8.080/90). Na esfera federal, os recursos financeiros, originários do Orçamento da Seguridade Social, de outros Orçamentos da União, além de outras fontes, serão administrados pelo Ministério da Saúde, mediante o Fundo Nacional de Saúde (art. 33, § 1º). Deverá o Ministério acompanhar, por meio de seu sistema de auditoria, a aplicação dos recursos repassados aos Estados e aos Municípios e, constatada a malversação, desvio ou não da aplicação dos recursos, aplicar as medidas previstas em lei (art. 33, § 4º).

Ademais, o art. 35 da Lei nº 8.080/90 estabelece os critérios de repartição dos valores a serem transferidos aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios pela União, determinando a combinação dos seguintes critérios, segundo análise técnica de programas e projetos: I – perfil demográfico da região; II – perfil epidemiológico da população a ser coberta; III – características quantitativas e qualitativas da rede de saúde na área; IV – desempenho técnico, econômico e financeiro no período anterior; V – níveis de participação do setor saúde nos orçamentos

¹¹⁹ Segundo esclarecem Lenir Santos e Luiz Odorico de Andrade, no SUS há um interesse regional que dá configuração diferenciada às competências municipais, com todas as dificuldades que isso encerra. Como a integralidade da assistência não se esgota em um Município, Estado ou região, e sim numa rede interfederativa de caráter municipal, estadual ou interestadual, essa rede deve ser composta pelo conjunto articulado e contínuo de ações e serviços de saúde municipais, estaduais e federais que conforma o SUS nacional, cabendo a todos garantir, de forma articulada, a saúde pública. A partir daí, o financiamento, além de ser municipal, deve ser estadual e federal, pois mantendo um Município serviços que são referência para um conjunto de outros Municípios, tanto seu planejamento como sua execução deixarão de servir apenas para o atendimento do interesse local, passando a atender ao interesse regional do SUS, sem que esse serviço seja de propriedade do Estado. Nesse caso, cumpre tanto a União quanto ao Estado a obrigatoriedade de arcar com recursos para o financiamento de serviços municipais que ultrapassem os limites de interesse local. Isso porque, na saúde, a execução dos serviços é quase sempre municipal, e não estadual ou federal, como deveria ser nessa situação SANTOS, Lenir; ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. *SUS: o espaço da gestão inovadora e dos consensos interfederativos: aspectos jurídicos, administrativos e financeiros*. Campinas: Instituto de Direito Sanitário Aplicado, 2007. p. 104-107.

estaduais e municipais; VI – previsão do plano quinquenal de investimentos da rede; e VII – ressarcimento do atendimento aos serviços prestados para outras esferas de governo. No entanto, metade dos recursos destinados aos Estados e aos Municípios será distribuída segundo o quociente de sua divisão pelo número de habitantes, independentemente de qualquer procedimento prévio (§ 1º).

Já a hierarquização do Sistema exige que a execução da assistência à saúde se dê em níveis crescentes de complexidade. O acesso aos serviços de saúde deve ocorrer a partir dos mais simples em direção aos níveis de média e alta complexidade, de acordo com o caso concreto e ressalvadas as situações de emergência. É por meio da hierarquização que os serviços de saúde são organizados e distribuídos, partindo-se das ações de atenção básica, que devem ocorrer em todos os Municípios, passando pela assistência de média e alta complexidade, que ficam centralizadas em Municípios de maior porte, para alcançar os serviços de grande especialização, disponíveis somente em alguns grandes centros do país.¹²⁰

Por sua vez, o princípio da integralidade de atendimento ordena que a cobertura oferecida pelo SUS seja a mais ampla possível, o que não afasta a existência de certos limites, sobretudo técnicos. Assim, o direito à saúde não implica garantia de acesso a todo e qualquer medicamento ou tratamento médico, mas sim promoção a políticas públicas que contemplem a integralidade, a universalidade, a isonomia e a racionalidade no uso dos fármacos. Não obstante seja comum que se atribua à expressão “a saúde é direito de todos e dever do Estado” a força cogente de impor ao Poder Público o fornecimento de qualquer medicamento ou tratamento que venha a ser pleiteado judicialmente, a verdade é que a própria Carta Republicana reconhece a necessidade do estabelecimento de políticas sociais e econômicas como meio de assegurar a efetivação do direito à saúde.

¹²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 17, n. 67, p. 142-143, jul./set. 2008.

Nesse sentido, foi estabelecida, no âmbito do SUS, pela Portaria/MS n.º 3.916, de 30 de outubro de 1998,¹²¹ a Política Nacional de Medicamentos¹²² com propósito de garantir (i) a necessária segurança, eficácia e qualidade dos produtos farmacológicos,¹²³ (ii) a promoção do uso racional¹²⁴ e (iii) o acesso da população àqueles considerados essenciais.

¹²¹ Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/legis/consolidada/portaria_3916_98.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2010.

¹²² A Política Nacional de Medicamentos e a Política Nacional de Assistência Farmacêutica são os programas a seguir explicitados, como exemplos de políticas públicas de saúde – desenvolvidas no âmbito do SUS – que ensejam um maior detalhamento, posto serem objeto de constantes demandas judiciais.

¹²³ Quando se trata de saúde pública, impossível seria a administração de medicações destituídas da devida comprovação de eficácia e segurança. Por essa razão, antes de incorporar um medicamento à listagem de fármacos que fornece, o SUS realiza, através de órgão especialmente designado para isso – Comissão de Incorporação de Tecnologias do Ministério da Saúde (CITEC) no âmbito do Ministério da Saúde –, avaliações de eficácia, efetividade e segurança da medicação que se pretende introduzir. Trata-se de questão de suma relevância para a saúde pública, tendo em vista que o uso de medicamentos pode ser extremamente danoso à saúde dos que os utilizam. Como salientado pelo Dr. Cláudio Maierovitch Pessanha Henriques, durante a audiência pública realizada pelo STF, “[...] no momento em que uma tecnologia é adotada formalmente por um protocolo, isso tem um significado quase de uma prescrição pública para o uso dessa tecnologia. Dessa forma, o Estado passa a assumir não apenas o uso da tecnologia, mas todos os riscos decorrentes das suas características, caso elas não tenham sido avaliadas adequadamente de maneira prévia”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublica-Saude/anexo/Maierovitch.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

¹²⁴ De acordo com a Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS), órgão vinculado à Organização Mundial da Saúde (OMS), “[...] o uso racional de medicamentos parte do princípio que o paciente recebe o medicamento apropriado para suas necessidades clínicas, nas doses individualmente requeridas para um adequado período de tempo e a um baixo custo para ele e sua comunidade” (Informação obtida no sítio da Organização Pan-Americana de Saúde). Disponível em: <<http://www.opas.org.br/medicamentos/temas.cfm?id=46&CodBarra=1>>. Acesso em: 19 abr. 2010. Trata-se, portanto, de definição bastante complexa que agrega, de um lado, o cuidado com o quadro de saúde do indivíduo e, de outro, a preocupação com o impacto do tratamento medicamentoso para toda a sociedade. Essa dupla faceta do uso racional de medicamentos revela toda a sua importância para o estabelecimento de políticas públicas adequadas ao cuidado de saúde de uma população e não pode ser desconsiderada, sobretudo em um sistema de saúde público, sob pena de graves prejuízos à própria manutenção desse sistema.

Além da referida Portaria, a Resolução/MS nº 338, de 6 de maio de 2004,¹²⁵ aprovou a Política Nacional de Assistência Farmacêutica que tem por objetivo implementar – nas esferas federal, estadual e municipal – todas as atividades relacionadas à promoção do acesso da população aos medicamentos essenciais,¹²⁶ constituída por três eixos: (i) assistência farmacêutica para atenção básica, (ii) assistência farmacêutica para programas de saúde estratégicos e (iii) medicamentos de dispensação excepcional (atualmente denominado de Componente Especializado da Assistência Farmacêutica).¹²⁷

A Assistência Farmacêutica para Atenção Básica em saúde envolve um grupo de ações desenvolvidas de forma articulada pelo Ministério da Saúde, Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, para garantir o custeio e o fornecimento dos medicamentos e insumos essenciais, destinados à satisfação das necessidades prioritárias de saúde da população.

Atualmente, o referido programa encontra-se regulamentado pela Portaria/MS nº 2.082, de 26 de novembro de 2009, a qual aprovou as normas de execução e de financiamento do programa. Nessa disposição normativa, encontra-se estabelecido um Elenco de Referência de Medicamentos – elaborado pelo Ministério

¹²⁵ Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/resol_cns338.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2010.

¹²⁶ Segundo definição estabelecida pela OPAS, “medicamentos essenciais são aqueles que satisfazem às necessidades prioritárias de cuidados da saúde da população”. Disponível em: <<http://www.opas.org.br/medicamentos>>. Acesso em: 19 abr. 2010.

¹²⁷ De acordo com o art. 24 da Portaria GM nº 04, de 29 de janeiro de 2007, do Ministério da Saúde que regulamenta o financiamento e a transferência dos recursos federais para as ações e os serviços de saúde, na forma de blocos de financiamento, com o respectivo monitoramento e controle, “O bloco de financiamento para a Assistência Farmacêutica será constituído por três componentes: I – Componente Básico da Assistência Farmacêutica; II – Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica; e III – Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional”. Disponível em: <<http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/portaria%20204.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2010.

da Saúde, com base na Relação Nacional de Medicamentos (RENAME)¹²⁸ – que observa a oferta de medicamentos para o tratamento dos principais problemas de saúde da população, em relação à sua demanda epidemiológica. Também podem ser comprados com esses recursos os medicamentos fitoterápicos e homeopáticos, e um percentual de até 15% das contrapartidas estaduais e municipais pode ser aplicado também em ações de estruturação das farmácias do SUS e qualificação dos serviços farmacêuticos destinados à Assistência Farmacêutica Básica.

¹²⁸ A Relação Nacional de Medicamentos (RENAME) vem a nortear todas as políticas instituídas pelos gestores do Sistema que estejam voltadas à assistência farmacêutica. Assim, visa atender às recomendações da OMS, acerca da necessidade de se utilizar medicamentos de forma racional, a partir da elaboração de uma lista de medicamentos tidos por essenciais à preservação e garantia do direito à saúde. No sítio eletrônico do Ministério da Saúde consta a seguinte informação: “O Ministério da Saúde é responsável pela publicação da Relação Nacional de Medicamentos – lista com os medicamentos essenciais para tratar as doenças mais comuns na população. Com base nela, estados e municípios constroem sua própria relação de medicamentos. A lista encontra-se na sexta edição – RENAME 2008 – e possui 342 fármacos, 8 correlatos (preservativos, iodo, diafragma, álcool etílico, entre outros) e 33 imunoterápicos (soros e vacinas). Todos são disponibilizados em 552 formas de apresentação (comprimido, ampola, injetável, solução). Na RENAME, constam os nomes dos princípios ativos dos medicamentos, baseados na Denominação Comum Brasileira (DCB) – denominação do fármaco ou princípio farmacologicamente ativo aprovado pelo órgão federal responsável pela vigilância sanitária. Esses medicamentos possuem um ou mais princípios ativos, registrados na Anvisa e que apresentam menor custo nas etapas de armazenamento, distribuição, controle e tratamento. Além disso, todas as fórmulas apresentam valor terapêutico comprovado, com base em evidências clínicas”. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/visualizar_texto.cfm?idtxt=32820&janela>. Acesso em: 10 abr. 2010.

A Portaria concede autonomia aos gestores estaduais e municipais para pactuarem na Comissão Intergestores Bipartite¹²⁹ a definição do Elenco de Medicamentos de Referência, de acordo com o perfil epidemiológico local/regional,¹³⁰ podendo não contemplar todos os medicamentos contidos no elenco de referência nacional, desde que não haja demanda e, portanto, não haja prejuízo ao atendimento dos pacientes usuários do SUS.

¹²⁹ A Comissão Intergestores Tripartite (CIT) é a “Instância de articulação e pactuação na esfera federal que atua na direção nacional do SUS, integrada por gestores do SUS das três esferas de governo – União, estados, DF e municípios. Tem composição paritária formada por 15 membros, sendo cinco indicados pelo Ministério da Saúde (MS), cinco pelo Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde (Conass) e cinco pelo Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (Conasems). A representação de estados e municípios nessa Comissão é regional, sendo um representante para cada uma das cinco regiões no País. Nesse espaço, as decisões são tomadas por consenso e não por votação”. Disponível em: <http://dtr2004.saude.gov.br/susdeaz/topicos/topico_det.php?co_topico=317&letra=C>. Acesso em: 19 abr. 2010.

Já as Comissões Intergestores Bipartite (CIB) são “Espaços estaduais de articulação e pactuação política que objetivam orientar, regulamentar e avaliar os aspectos operacionais do processo de descentralização das ações de saúde. São constituídas, paritariamente, por representantes do governo estadual – indicados pelo Secretário de Estado da Saúde – e dos secretários municipais de Saúde – indicados pelo órgão de representação do conjunto dos municípios do estado, em geral denominado Conselho de Secretários Municipais de Saúde (Cosems)”. Disponível em: <http://dtr2004.saude.gov.br/susdeaz/topicos/topico_det.php?co_topico=318&letra=C>. Acesso em: 10 abr. 2010.

¹³⁰ Portaria/MS nº 2.082/2009: “Art. 3º O Elenco de Referência Nacional, composto por medicamentos integrantes da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) vigente, de que trata o Anexo I, e por medicamentos fitoterápicos e homeopáticos, de que trata o Anexo II, destina-se a atender aos agravos prevalentes e prioritários da Atenção Básica. § 1º Ficam as Secretarias Estaduais e as Municipais de Saúde responsáveis pela pactuação nas CIB, do Elenco de Referência Estadual, de acordo com a necessidade local/regional, com base nos medicamentos relacionados nos anexos I, II e III, tendo seu financiamento assegurado com os recursos definidos nesta Portaria. § 2º Sem prejuízo da garantia da dispensação dos medicamentos para atendimento dos agravos característicos da Atenção Básica, considerando o perfil epidemiológico local/regional, não é obrigatória a disponibilização de todos os medicamentos relacionados nos Anexos I, II e III pelos Municípios e pelo Distrito Federal. § 3º Desde que contemplados na RENAME vigente, os Municípios poderão definir outros medicamentos além daqueles previstos no Elenco de Referência Nacional e Estadual e poderão ser custeados com recursos previstos no art. 2º desta Portaria. § 4º Não poderão ser custeados com recursos previstos no art. 2º desta Portaria medicamentos não constantes da RENAME vigente e dos anexos II e III.” Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/Portaria_GM_MS_2982_26_11_2009.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2010.

O financiamento dos medicamentos da atenção básica é de responsabilidade da União (por meio do Ministério da Saúde), dos Estados e dos Municípios,¹³¹ sendo que a aquisição e a dispensação dos medicamentos aos usuários é, em regra, de responsabilidade dos gestores municipais e estaduais.¹³² Aqui a transferência de recursos do Ministério da Saúde aos demais entes federativos se dá de forma automática, na modalidade fundo a fundo, em parcelas mensais. Assim, os recursos federais são transferidos do Fundo Nacional de Saúde (FNS) para o Fundo Estadual de Saúde (FES) ou para o Fundo Municipal de Saúde (FMS).

Já a Assistência Farmacêutica para Programas de Saúde Estratégicos tem como objetivo garantir o acesso aos medicamentos pelos portadores de doenças que configuram problemas de saúde pública, consideradas como de caráter estratégico pelo Ministério da Saúde. Garante o fornecimento de medicamentos utilizados para o tratamento das doenças de perfil endêmico, com características infecto-contagiosas e/ou alto impacto na saúde da população e que tenham impacto socioeconômico, cujo controle e tratamento possuem protocolos e normas estabelecidas. Entre esses programas, podemos citar: tuberculose, hanseníase, endemias focais, DST/AIDS e hemoderivados.

¹³¹ Portaria/MS n.º 2.082/2009: “Art. 2º O financiamento dos medicamentos descritos nos Anexos I, II e III é de responsabilidade das três esferas de gestão, devendo ser aplicados os seguintes valores mínimos: I – União: R\$ 5,10 por habitante/ano; II – Estados e Distrito Federal: R\$ 1,86 por habitante/ano; e III – Municípios: R\$ 1,86 por habitante/ano. § 1º Os valores das contrapartidas estaduais e municipais definidos nesta Portaria podem ser majorados pelas pactuações nas Comissões Intergestores Bipartite (CIB) de cada unidade federativa. § 2º Os recursos financeiros do Ministério da Saúde são transferidos em parcelas mensais, correspondendo a 1/12 (um doze avos). § 3º As Secretarias Estaduais de Saúde que pactuarem pela transferência fundo a fundo com as Secretarias Municipais de Saúde deverão definir na CIB a periodicidade e os valores das parcelas do recurso estadual.” Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/Portaria_GM_MS_2982_26_11_2009.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2010.

¹³² Portaria/MS n.º 2.082/2009: “Art. 10. A execução do Componente Básico da Assistência Farmacêutica é descentralizada, sendo de responsabilidade dos Municípios, do Distrito Federal e dos Estados, onde couber, a organização dos serviços e a execução das atividades farmacêuticas, entre as quais seleção, programação, aquisição, armazenamento (incluindo controle de estoque e dos prazos de validade dos medicamentos), distribuição e dispensação dos medicamentos e insumos de sua responsabilidade.” Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/Portaria_GM_MS_2982_26_11_2009.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2010.

Os medicamentos têm a aquisição centralizada pelo Ministério da Saúde, responsável também pelos protocolos de tratamento, planejamento e financiamento integral. Após a aquisição pelo Ministério da Saúde, os fármacos são repassados para os Estados de acordo com a previsão de consumo. As Secretarias Estaduais, por sua vez, têm a responsabilidade de fazer o armazenamento e a distribuição às Regionais ou aos Municípios, que serão os responsáveis pela dispensação aos usuários por meio das Unidades de Saúde de Referência Municipal.¹³³

Por fim, o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica é responsável por disponibilizar medicamentos para o tratamento de doenças crônicas e/ou raras, de uso contínuo, de alta e média complexidade e cujo valor unitário do medicamento ou do tratamento, em geral, representa custo elevado. Atualmente, encontra-se regulamentado pela Portaria nº 2.981, de 26 de novembro de 2009, do Ministério da Saúde¹³⁴ que objetivou aprimorar e substituir o Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional.¹³⁵

Segundo explicita o art. 8º da portaria regulamentadora, trata-se de:

[...] estratégia de acesso a medicamentos no âmbito do Sistema Único de Saúde, caracterizado pela busca da garantia da integralidade do tratamento medicamentoso, em nível ambulatorial, cujas linhas de cuidado estão

¹³³ Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/visualizar_texto.cfm?idtxt=29009&janela=2>. Acesso em: 19 abr. 2010.

¹³⁴ Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/area.cfm?id_area=1349>. Acesso em: 19 abr. 2010.

¹³⁵ A Portaria nº 2.981, de 26 de novembro de 2009, do Ministério da Saúde alterou a denominação do Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional descrito no inciso III, art. 24º, seção IV, da Portaria nº 204/GM, de 29 de janeiro de 2007, para Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (art. 2º).

definidas em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas publicados pelo Ministério da Saúde.¹³⁶

Ademais, o parágrafo único do art. 17 da Portaria nº 2.981/09 ressalta que a não disponibilização de medicamentos no âmbito desse componente não garante a integralidade do tratamento, provocando desequilíbrio financeiro.¹³⁷

Os medicamentos que constituem as linhas de cuidado para as doenças previstas nesse componente estão divididos em três grupos com características, responsabilidades e formas de organização distintas.¹³⁸ O Grupo 1 é aquele cujo

¹³⁶ Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) são publicados pelo Ministério da Saúde e “têm o objetivo de estabelecer claramente os critérios de diagnóstico de cada doença, o algoritmo de tratamento das doenças com as respectivas doses adequadas e os mecanismos para o monitoramento clínico em relação à efetividade do tratamento e a supervisão de possíveis efeitos adversos. Observando ética e tecnicamente a prescrição médica, os PCDT, também, objetivam criar mecanismos para a garantia da prescrição segura e eficaz”. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/visualizar_texto.cfm?idtxt=28510>. Acesso em: 19 abr. 2010.

¹³⁷ Portaria nº 2.981/2009: “Art. 30. A solicitação de medicamentos corresponde ao pleito do paciente ou seu responsável na unidade designada pelo gestor estadual conforme art. 27 desta Portaria. Para a solicitação dos medicamentos, serão obrigatórios os seguintes documentos do paciente: I – cópia do Cartão Nacional de Saúde (CNS); II – cópia de documento de identidade – caberá ao responsável pelo recebimento da solicitação atestar a autenticidade de acordo com o documento original; III – Laudo para Solicitação, Avaliação e Autorização de Medicamentos do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (LME), adequadamente preenchido; IV – prescrição médica devidamente preenchida; V – documentos exigidos nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas publicados na versão final pelo Ministério da Saúde, conforme a doença e o medicamento solicitado; e VI – cópia do comprovante de residência.” “Art. 37. A dispensação do medicamento deverá ser efetivada somente após a autorização realizada de acordo com o art. 35 e art. 36 desta Portaria.”

¹³⁸ Portaria nº 2.981/2009: “Art. 10. Os grupos foram constituídos considerando os seguintes critérios gerais: I – complexidade da doença a ser tratada ambulatorialmente; II – garantia da integralidade do tratamento da doença no âmbito da linha de cuidado; III – manutenção do equilíbrio financeiro entre as esferas de gestão.”

financiamento está sob a responsabilidade exclusiva da União,¹³⁹ sendo constituído por medicamentos que representam elevado impacto financeiro, por aqueles indicados para doenças mais complexas, para os casos de refratariedade ou intolerância à primeira linha de tratamento e para aqueles que se incluem em ações de desenvolvimento produtivo no complexo industrial da saúde (art. 11). O Grupo 2 é constituído por medicamentos para doenças de menor complexidade (art. 12), cuja responsabilidade pelo financiamento, aquisição e dispensação é das Secretarias Estaduais da Saúde. O Grupo 3 é constituído por medicamentos constantes na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais vigente e indicados pelos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (art. 13), cuja responsabilidade pelo financiamento é tripartite, sendo a aquisição e dispensação de responsabilidade dos Municípios nos termos da Portaria GM nº 2.982/2009 que aprova a Assistência Farmacêutica na Atenção Básica.

Como se vê, uma política pública de saúde, mesmo se estruturada para a distribuição de medicamentos, necessariamente se insere em uma estratégia complexa e abrangente, exigindo medidas necessárias à garantia da integralidade da assistência e da segurança dos usuários, de acordo com o perfil endêmico da população, que não podem ser simplificadas como se o fornecimento de determinado medicamento fosse um serviço ou uma ação isolada, que não se encontra inserida no Sistema. O direito à saúde só se efetiva, enquanto direito social, com o estabelecimento de políticas públicas compatíveis com a integralidade e a hierarquização do sistema.

Lenir Santos e Luiz Odorico de Andrade salientam que o “SUS é hoje, no Brasil, a mais completa política pública inclusiva, universalista e igualitária que pro-

¹³⁹ Conforme esclarece o sítio eletrônico do Ministério da Saúde, “Os medicamentos do Grupo 1 devem ser dispensados somente para as doenças (CID-10) contempladas no Componente e divide-se em: Grupo 1A – medicamentos com aquisição centralizada pelo Ministério da Saúde e Grupo 1B – medicamentos adquiridos pelos estados com transferência de recursos financeiros pelo Ministério da Saúde, na modalidade Fundo a Fundo. A responsabilidade pelo armazenamento, distribuição e dispensação dos medicamentos do Grupo 1 (1A e 1B) é das secretarias estaduais de saúde”. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/profissional/visualizar_texto.cfm?idtxt=34025&janela=1>. Acesso em: 19 abr. 2010.

move a pessoa humana e conta com a participação da sociedade em sua definição e fiscalização”.¹⁴⁰ Entretanto, para se confirmar e concretizar no século 21, o SUS precisa vencer alguns desafios já latentes e outros que ainda surgirão. Segundo os autores:

Muitos temas tratados pela Lei n.º 8080 não foram suficientemente explicitados, detalhados em sua operacionalização, havendo um vazio legal na definição de questões como: padrão de integralidade da assistência; assistência farmacêutica como integrante da terapêutica; portas de entrada do SUS; protocolos de conduta; incorporação tecnológica; parâmetros de custos que caracterizam a assistência à saúde; elaboração de normas técnicas e estabelecimento de padrões de qualidade da saúde e muitos outros aspectos do SUS que estão a exigir regulamentação voltada para a população usuária.

As demandas judiciais na saúde também vêm expondo esse vazio legal, que está a exigir urgentes marcos em temas relevantes, como a questão do medicamento e do acesso regulado, além de outros temas éticos, morais e filósofos.¹⁴¹

É certo que o SUS foi criado com a finalidade de atender amplamente às necessidades de saúde da população; porém, tal atendimento é voltado à prestação de cuidado integral, universal e igualitário aos que utilizam e necessitam dele. Assim, não se garante acesso às ações e serviços de saúde sem que se vislumbre, primeiramente, a exigência de planejamento que contemple prioridades, previsão de custos e metas que se pretende atingir. Isso porque as prestações em matéria de saúde devem ser tomadas como um todo, harmônico e contínuo, de modo que sejam simultaneamente articuladas e integradas em todos os aspectos (individual

¹⁴⁰ SANTOS, Lenir; ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. Vinte anos do SUS: o Sistema de Saúde no Brasil no século XXI. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, ano XXV, n. 7, p. 791, jul. 2009. Ainda segundo os autores, a participação da população no SUS é uma realidade, “com todos os municípios e Estados brasileiros mantendo, em suas estruturas administrativas, conselhos de saúde, palco de discussões da política de saúde local ou estadual e da aprovação dos planos de saúde, base de todas as atividades em cada esfera de governo e de sua fiscalização” SANTOS, Lenir; ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. Vinte anos do SUS: o Sistema de Saúde no Brasil no século XXI. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, ano XXV, n. 7, p. 788, jul. 2009.

¹⁴¹ SANTOS, Lenir; ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. *SUS: o espaço da gestão inovadora e dos consensos interfederativos: aspectos jurídicos, administrativos e financeiros*. Campinas: Instituto de Direito Sanitário Aplicado, 2007. p. 18.

e coletivo; preventivo, curativo e promocional; local, regional e nacional) e níveis de complexidade do SUS.¹⁴²

5.2.1 O problema da apropriação individual das coisas comuns (coletivas)

A interpretação liberal clássica afirma que os direitos fundamentais são direitos destinados a assegurar a liberdade dos indivíduos frente à atuação estatal. É nesse sentido que se pode considerar serem direitos de defesa e, portanto, direitos a ações negativas do Estado.¹⁴³

A dogmática atual dos direitos fundamentais tem como uma de suas questões principais e mais discutidas a referente a saber se, e em que medida, tais direitos correspondem também a normas que conferem direitos a ações positivas (prestações estatais).¹⁴⁴

A problemática se torna mais evidente no âmbito dos direitos sociais, típicos direitos a prestações.¹⁴⁵ Esses configurariam direitos “através” do Estado e não “contra” ele, na medida em que dependentes de uma prestação material a ser conferida pelo Estado.¹⁴⁶

¹⁴² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 17, n. 67, p. 143, jul./set. 2008.

¹⁴³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 433.

¹⁴⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 433.

¹⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 434.

¹⁴⁶ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002. p. 19. Deve-se ressaltar, no entanto, que a doutrina constitucional moderna observa que um direito fundamental, independente da geração, pode possuir componentes de obrigações tanto positivas quanto negativas. Sob essa perspectiva, a diferenciação entre as gerações é apenas gradual, dependendo da ênfase no caráter positivo ou negativo que apresentam as normas. Cf. SARLET, Ingo W. (Org.). *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 148 et seq. A título de exemplo, cita-se o direito à vida, que, apesar de identificado como um direito de 1ª geração, necessita de certas prestações sociais para sua defesa, como os serviços de polícia. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 526.

Na esfera dos direitos fundamentais, incluem-se os chamados “direitos de segunda geração” (os quais compreendem os direitos sociais, econômicos e culturais), que se desenvolveram após a Revolução Industrial do século XIX e as primeiras conquistas dos movimentos sindicais.¹⁴⁷

Questão importante surge diante da omissão do Estado em atuar para a efetivação dos direitos sociais. Tendo em vista tais direitos possuírem, em grande medida, objeto indeterminado,¹⁴⁸ e em razão da previsão constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário¹⁴⁹ e da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais,¹⁵⁰ abre-se a possibilidade de que uma decisão judicial reconheça determinadas prestações como integrantes de um direito social e determine ao Estado a sua concessão.

Todavia, as políticas públicas são o principal meio de efetivação dos direitos fundamentais sociais de cunho prestacional. Isso porque, para tal efetivação, não basta um simples ato de adjudicação, em que se reconhece um direito subjetivo e se entrega ou se obriga alguém a entregar alguma coisa ou alguma quantia em dinheiro, fazendo-se necessário o provimento de um serviço público, que exige meios previstos para sua execução: receita, pessoal, material, competência.¹⁵¹

A distribuição, na perspectiva das políticas públicas em que se alocam recursos coletivos, deve ocorrer em relação a recursos comuns (não produzidas por ninguém em específico), coisas produzidas em comum, autoridade e poder e, por

¹⁴⁷ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002. p. 19.

¹⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 507.

¹⁴⁹ “Art. 5º (...) XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

¹⁵⁰ “Art. 5º (...) § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

¹⁵¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. Justiça e poder judiciário ou a virtude confronta a instituição. In: _____. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006. p. 120.

fim, incentivos a talentos individuais socialmente relevantes.¹⁵² Tais recursos¹⁵³ são, portanto, indivisíveis,¹⁵⁴ ou seja, são bens de fruição coletiva e têm relação com a dimensão distributiva da justiça.¹⁵⁵

As disputas sobre recursos coletivos indivisíveis possuem uma natureza continuativa (relacional), na medida em que os envolvidos fazem parte de uma convivência contínua a exigir uma solução da controvérsia cujos efeitos se projetam ao futuro, além de serem plurilaterais, devido ao fato de virem a afetar cada um diante de todos e todos diante de cada um. Desse modo, embora se possa falar em interesse a determinada coisa indivisível, não se pode reconhecer um direito subjetivo exclusivo e excludente sobre uma parte qualquer do bem, condicionando-se

¹⁵² LOPES, José Reinaldo de Lima. Justiça e poder judiciário ou a virtude confronta a instituição. In: _____. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006. p. 127.

¹⁵³ Em razão da divergência na diferenciação entre “bem” e “coisa” existente na dogmática jurídica, são utilizados, aqui, indistintamente, além da palavra “recursos”, na concepção mais abrangente, de forma a abarcar todo valor que representa algo para a vida humana, de ordem material ou imaterial. Inclui-se, portanto, valores como a vida, a saúde e a liberdade. A respeito de tal divergência, cf. PINTO, Davi Souza de Paula. Definições e disposições gerais de bens jurídicos. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, n. 55. 31 jul. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3083>. Acesso em: 27 abr. 2010.

¹⁵⁴ Para tal qualificação, Lopes considera necessário voltar a certos elementos tradicionais da dogmática jurídica, esclarecendo que a chave da leitura de tais conflitos distributivos não está na definição de bens públicos, mas na distinção entre bens divisíveis e bens indivisíveis. Em seu entendimento, os casos tradicionais de disputa de coisas indivisíveis dão um verdadeiro critério para se enfrentar as demandas distributivas, podendo-se falar, inclusive, em adjudicação, mas relativa à distribuição, e não a uma simples comutação, retribuição ou jogo de soma zero. O desafio está em se conseguir com que mais de um ponto de vista seja levado ao processo e não se perder de vista que não se trata de um simples jogo de soma zero dos que estejam diretamente envolvidos na ação. Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. Justiça e poder judiciário ou a virtude confronta a instituição. In: _____. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006. p. 166 et seq.

¹⁵⁵ Justiça distributiva é a regra segundo a qual os interesses particulares são articulados para que uma forma de produção de vida com liberdade seja possível, tendo por objeto próprio o bem comum. Diz respeito, portanto, à alocação ou apropriação individual de recursos comuns. Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. Justiça e poder judiciário ou a virtude confronta a instituição. In: _____. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006. p. 127.

o exercício do direito à possibilidade de exercício simultâneo e na mesma extensão do direito dos demais.¹⁵⁶

A noção de política pública implica necessariamente em pensar a ação governamental na escala coletiva, distintamente do processo judicial cunhado nos moldes do modelo liberal, em que as decisões são, em geral, proferidas em chave individual.¹⁵⁷

Tendo em vista que a discussão processual é bilateral, o risco é o de que o juiz julgue com critérios de justiça comutativa problemas de justiça distributiva.¹⁵⁸

¹⁵⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. Justiça e poder judiciário ou a virtude confronta a instituição. In: _____. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006. p. 170 et seq. Barzotto revela a incompatibilidade de se utilizar a concepção da dogmática tradicional a respeito do direito subjetivo em relação aos direitos humanos em geral. Segundo a sua visão, essa incompatibilidade está justamente em se considerar o direito subjetivo como um poder subjetivo, o que significa garantir um poder para um indivíduo auto-interessado realizar o seu bem, dispondo sobre uma parcela do orçamento e tomando à força o que os outros indivíduos autointeressados recusam a lhe entregar de bom grado, independentemente do bem dos demais membros da sociedade. Essa concepção é inadequada aos direitos humanos, que dizem respeito a um tipo de relação que se tem com os outros (justiça), e não um poder a ser exercido sobre eles, configurando-se de modo horizontal (pessoa humana/pessoa humana). De acordo com a concepção de Barzotto, o direito humano como direito subjetivo deve ser visto como o justo natural (objeto do direito) correspondente a toda pessoa humana (titular do direito), assumido como dever por todo aquele capaz de fazer-se co-humano de outrem (titular do dever) e fundado na lei natural (fundamento). Isso significa, por exemplo, que os direitos humanos de cunho social devem ser entendidos como algo ajustado a um ser social, que deve manter uma relação de igualdade com os demais membros da comunidade e cujo bem está ligado ao bem comum, não podendo alcançá-lo se destruir este último. BARZOTTO, Luis Fernando. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, ano 27, v. 31, n. 1, p. 67-119, 2005.

¹⁵⁷ FREITAS FILHO, Roberto; CASAGRANDE, Renato. Globalização, separação de poderes e tempo legiferante. In: DANTAS, Bruno et al. (Org.). *O Exercício da Política*. Brasília: Instituto Legislativo Brasileiro, 2008. (Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois, v. 2). p. 428.

¹⁵⁸ Os conflitos distributivos são jogos de *soma não zero*, ou seja, todas as partes perdem ou ganham proporcionalmente alguma coisa, em oposição aos conflitos comutativos, que são jogos de soma zero, em que uma parte ganha o que a outra perde. Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. Justiça e poder judiciário ou a virtude confronta a instituição. In: _____. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006. p. 168.

Tecnicamente, há uma confusão entre as posições de “credor” e “devedor”, o que inviabiliza a própria dedução de pretensão.¹⁵⁹

Outro problema é o de que, ao enfrentar a questão de dar respostas normativas às demandas de concreção de políticas públicas, o juiz acaba por determinar conteúdos normativos concretos aos princípios e direitos genericamente enunciados na Constituição. Em geral, as decisões judiciais que dizem respeito a direitos decorrentes de políticas públicas anunciadas na Constituição são dadas em sede de liminar, na qual o tempo é imediato. A função precípua do Legislativo fica, assim, minorada, porquanto o Judiciário acaba por invadir o campo da competência legiferante.¹⁶⁰ Isso ocorre na medida em que a atividade legislativa supõe o tempo diferido, em que as disputas políticas e discussões técnicas têm lugar independentemente da necessidade premente de que se dê uma resposta normativa imediata.

A atuação do Judiciário se apresenta, assim, duplamente problemática: a) a percepção do juiz é, via de regra, de que os conflitos jurídicos ocorrem em chave individual, enquanto, de fato, muitos dos conflitos que aparecem como interindividuais são apenas a individualização de uma demanda que tem repercussão de um grupo, classe ou categoria detentora dos mesmos direitos; b) a legiferação por atalho impede o processo legislativo e a discussão parlamentar ampla, pois esse segue a lógica do tempo diferido.¹⁶¹

¹⁵⁹ FREITAS FILHO, Roberto; CASAGRANDE, Renato. Globalização, separação de poderes e tempo legiferante. In: DANTAS, Bruno et al. (Org.). *O Exercício da Política*. Brasília: Instituto Legislativo Brasileiro, 2008. (Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois, v. 2). p. 428.

¹⁶⁰ FREITAS FILHO, Roberto; CASAGRANDE, Renato. Globalização, separação de poderes e tempo legiferante. In: DANTAS, Bruno et al. (Org.). *O Exercício da Política*. Brasília: Instituto Legislativo Brasileiro, 2008. (Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois, v. 2). p. 439.

¹⁶¹ FREITAS FILHO, Roberto; CASAGRANDE, Renato. Globalização, separação de poderes e tempo legiferante. In: DANTAS, Bruno et al. (Org.). *O Exercício da Política*. Brasília: Instituto Legislativo Brasileiro, 2008. (Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois, v. 2). p. 442.

O risco que advém desse fato é a sobrecarga e a consequente perda de legitimidade do órgão encarregado de resolver as controvérsias com base na lei, em detrimento da atuação dos órgãos encarregados das atividades de administração e legislação, únicos capazes de forjar acordos universalizáveis e de efetivamente buscar um interesse público ou comum.¹⁶²

5.2.2 Economia e escassez

O que está em jogo nas políticas públicas relacionadas aos direitos sociais é fundamentalmente a alocação equânime dos resultados do esforço coletivo de produção de riqueza.¹⁶³ Nesse sentido, não há como ignorar o fato de que a adoção de medidas tendentes a satisfazer os direitos prestacionais demanda recursos financeiros para o seu financiamento.

Diante da escassez natural de recursos, surge a inevitável limitação material de concretização dos direitos sociais, ao mesmo tempo em que se revela uma necessária conexão entre tais direitos e a economia.

Embora se possa considerar que todos os direitos custam dinheiro,¹⁶⁴ inclusive os direitos de defesa, há uma nítida diferença entre esses e os direitos pres-

¹⁶² LOPES, José Reinaldo de Lima. Justiça e poder judiciário ou a virtude confronta a instituição. In: _____. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006. p. 122.

¹⁶³ FREITAS FILHO, Roberto; CASAGRANDE, Renato. Globalização, separação de poderes e tempo legiferante. In: DANTAS, Bruno et al. (Org.). *O Exercício da Política*. Brasília: Instituto Legislativo Brasileiro, 2008. (Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois, v. 2). p. 427.

¹⁶⁴ Nesse tocante, cabe citar Holmes e Sunstein, que procuram desfazer a distinção extrema entre direitos positivos e negativos e demonstrar os custos dos chamados “direitos de primeira geração”. Afirmam que todos os direitos têm custos porque todos pressupõem o custeio de uma estrutura de fiscalização para implementá-los. Gastos públicos com polícia e bombeiro são necessários para a proteção da vida e da propriedade, por exemplo. Para eles, nenhum direito cuja efetividade pressupõe um gasto seletivo dos valores arrecadados pode ser protegido de maneira unilateral pelo Judiciário sem considerações às consequências orçamentárias, pelas quais os outros dois poderes são responsáveis. Cf. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton and Company, 1999.

tacionais, já que os primeiros não exigem uma prestação estatal direta para sua implementação, dependendo de recursos de uma maneira indireta para sustentar a estrutura de proteção fornecida pelo Estado.¹⁶⁵

Essa necessidade de recursos específicos para os direitos sociais revela, em último caso, o problema da ilegitimidade do Judiciário na determinação de previsão e aplicação orçamentária, em detrimento da atuação política, ao mesmo tempo em que age como um limite por si só, de base material.¹⁶⁶ Afinal, de nada vale uma refinada hermenêutica constitucional, ou mesmo a previsão legal, se não houver recursos suficientes para atender aos objetivos propostos.¹⁶⁷

Baseado nesse limite material à efetivação dos direitos sociais, o Tribunal Constitucional Alemão desenvolveu a chamada teoria da “reserva do possível”, consistente naquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Cabe ressaltar que um determinado direito pode possuir componentes de obrigações tanto positivas quanto negativas. Nesse sentido, pode-se recorrer ao exemplo de Alexy ao se referir ao direito ambiental, entendido por muitos como um direito social fundamental ou, ao menos, como relacionado a esse gênero de direito. O direito ambiental requer, ao mesmo tempo, que o Estado se abstenha de realizar atos que venham a danificar o meio ambiente (direito de defesa), que realize ações para protegê-lo de interferências danosas de particulares (direito de proteção), que permitam uma participação dos indivíduos em procedimentos relevantes ao meio ambiente (direito a procedimento) e que signifiquem medidas concretas para a melhoria de suas condições (direito a prestações fáticas em sentido estrito). Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 433.

¹⁶⁶ Não se deve perder de vista, portanto, que a ausência de recursos materiais constitui uma barreira fática à efetividade dos direitos sociais, esteja a aplicação dos recursos na competência do legislador, administrador ou do judiciário. BIGOLIN, Giovanni. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 53, p. 49-70, maio/set. 2004. p. 65 et seq.

¹⁶⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 237.

¹⁶⁸ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002. p. 52. A hipótese da reserva do possível foi citada pelo Tribunal Constitucional Alemão pela primeira vez em decisão conhecida como *Numerus Clausus* (BverfGE, n.º 33, S. 333), na qual tratou do direito ao acesso ao ensino superior diante do problema da restrição do número de vagas nas Universidades.

Embora seja uma expressão semanticamente aberta, no campo dos direitos sociais, considerando que esses configuram direitos sobre coisas comuns e que dependem de recursos escassos para a sua concretização, é possível sustentar a existência de um terreno exclusivo da atuação política, ou seja, esfera em que a atuação judicial não deve incidir.

A respeito da conexão entre os direitos sociais e a economia, é preciso esclarecer que a governabilidade pressupõe a tomada de decisões em tempo imediato, enquanto o tempo da tomada de decisões nos âmbitos do Legislativo e do Judiciário é outro. As normas jurídicas têm pretensão de estabilidade e durabilidade, enquanto as regras econômicas devem permitir abertura para a adaptabilidade própria às nuances dos contextos competitivos. Pode-se falar, assim, em dois tempos diferentes, o *tempo econômico* e o *tempo jurídico*, que funcionam em duas dimensões distintas: os *tempos* do direito são o *ontem* e o *amanhã* e o *tempo* da economia é o *hoje*.¹⁶⁹

Embora direito e economia sejam disciplinas políticas, no sentido de que pressupõem a aplicação do raciocínio prático, há uma diferença fundamental nas lógicas das duas disciplinas.

Tomado o direito no momento da legiferação (excluídas, portanto, as dimensões da norma posta como objeto da chamada “ciência do direito” e a norma no momento de sua aplicação), constata-se que o ritmo das discussões e debates parlamentares é lento, ao contrário do tempo econômico. É próprio do processo legislativo que haja pouca velocidade na confecção de leis, já que as normas devem programar o futuro, o que torna a produção de leis um processo de especulação sobre os resultados e impactos da norma na realidade fática. Normas têm de ser capazes de regular um campo de condutas e, ao mesmo tempo, de controlar retrospectivamente os desvios. Daí, fala-se em funções didática e repressiva das normas.

¹⁶⁹ FREITAS FILHO, Roberto; CASAGRANDE, Renato. Globalização, separação de poderes e tempo legiferante. In: DANTAS, Bruno et al. (Org.). *O Exercício da Política*. Brasília: Instituto Legislativo Brasileiro, 2008. (Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois, v. 2). p. 437.

Ademais, do ponto de vista econômico, é grande a complexidade de dar concretude às determinações constitucionais sobre os direitos sociais. Direitos à saúde, à educação e a um sistema de previdência social, por exemplo, pressupõem cálculos intrincados e um sistema distributivo sofisticado para a sua implementação.

Um pressuposto da atividade legiferante em relação à alocação equânime de bens coletivos é a necessária definição dos *critérios* de distribuição, ou seja, quem deve fazer o quê para que alguém tenha acesso ao recurso.

A Constituição Brasileira traz um rol expresso de direitos sociais (art. 6º),¹⁷⁰ contidos no título referente aos “Direitos e Garantias Fundamentais” (Título II).

Além dessa previsão, o sistema constitucional guarda uma série de disposições que servem como apoios para uma interpretação condizente com direitos a prestações. Cabe mencionar, principalmente, a obrigação do Estado em proteger a dignidade da pessoa humana, construir uma sociedade justa, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades, e promover o bem de todos.¹⁷¹

Tais disposições, conjuntamente às máximas gerais de igualdade e liberdade, também derivadas do sistema constitucional, servem como fundamentos aos direitos prestacionais, os quais demandam atuação estatal para sua concretização.

¹⁷⁰ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

¹⁷¹ A primeira obrigação referida é prevista na Constituição Federal como fundamento da República Federativa do Brasil:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana”. Já as demais obrigações constituem seus objetivos: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

5.3 Educação

A educação está prevista no ordenamento constitucional como direito fundamental de natureza social (art. 6º). O título reservado à *Ordem Social* traz a disciplina normativa constitucional desse direito, estabelecendo parâmetros para a sua concretização.

O reconhecimento da educação como direito fundamental de natureza social revela uma dimensão que ultrapassa a consideração de interesses da esfera individual, pois, embora o impacto das vantagens imediatas seja no campo individual, “[...] para a sociedade que a concretiza, ela se caracteriza como um bem comum, já que representa a busca pela continuidade de um modo de vida que, deliberadamente, se escolhe preservar”.¹⁷² Nesse sentido, pode ser entendida como um bem semipúblico,¹⁷³ por conter um componente de bem público, uma vez que “[...] uma expansão geral da educação e alfabetização em uma região pode favorecer a mudança social, [...], além de ajudar a aumentar o progresso econômico que beneficia também outras pessoas”.¹⁷⁴

O art. 205 da Constituição Federal estabelece que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, em vistas ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Note-se, portanto, não ser dever atribuído exclusivamente ao Estado, mas, também, à família, bem como deve ser realizada com a colaboração da sociedade.

Ademais, a concepção constitucional considera que a educação não se refere, somente, à mera transmissão de conhecimento. Envolve a formação moral e

¹⁷² DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. *Educação e Sociedade*, Campinas, v. 28, n. 100 (especial), p. 691-713, out. 2007. p. 697.

¹⁷³ “Dados os benefícios da educação básica compartilhados pela comunidade, que podem transcender os ganhos da pessoa que está recebendo a educação, a educação básica pode conter também um componente de bem público (e pode ser vista como um bem semi-público)”. SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 154

¹⁷⁴ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 154.

profissional, o pleno desenvolvimento das capacidades intelectuais da pessoa, o preparo para o exercício da democracia.

O dever do Estado com a educação deve se efetivar mediante a garantia de:¹⁷⁵ I – educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria, sendo que a prioridade da educação básica pública é atender ao ensino regular;¹⁷⁶ II – progressiva universalização do ensino médio gratuito; III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças de até 5 (cinco) anos de idade; V – acesso aos níveis mais elevados de ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VI – oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; e VII – atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

Embora a Constituição estabeleça tais prestações como forma de o Estado efetivar o seu dever em relação à educação, somente o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é previsto como direito público subjetivo, importando em responsabilidade da autoridade competente quando este não for oferecido pelo Poder Público.¹⁷⁷

A iniciativa privada possui liberdade de iniciativa desde que cumpra as normas gerais da educação nacional e obtenha autorização do Poder Público, bem como se submeta à avaliação de qualidade.¹⁷⁸

O ensino deve ser ministrado com base nos seguintes princípios:¹⁷⁹ I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II – liberdade de

¹⁷⁵ Teor do art. 208 da CF/88 e seus incisos. Ademais, o recenseamento dos educandos no ensino fundamental também compete ao Poder Público, devendo fazer chamada e junto aos pais zelar pela frequência dos alunos à escola (Art. 208, §3º).

¹⁷⁶ Art. 211, §5º.

¹⁷⁷ Art. 208, §§1º e 2º.

¹⁷⁸ Art. 209 e incisos.

¹⁷⁹ Art. 206.

aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III – pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; IV – gratuidade do ensino em estabelecimentos oficiais; V – valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, ao da rede pública; VI – gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII – garantia de padrão de qualidade; VIII – piso salarial profissional nacional para os profissionais da educação escolar pública, nos termos de lei federal.¹⁸⁰

A Constituição de 1988 prevê a fixação de conteúdos mínimos para o ensino fundamental a fim de assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais. Nesse sentido, o ensino religioso é de matrícula facultativa, e assegura-se às comunidades indígenas que o ensino fundamental seja ministrado utilizando sua língua materna, conforme processos próprios de aprendizagem.¹⁸¹ Em relação às universidades, bem como às instituições de pesquisa científica e tecnológica, essas gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão. Ademais, é facultado a elas admitir professores, técnicos e cientistas estrangeiros na forma da lei.¹⁸²

Há a previsão do estabelecimento em lei do Plano Nacional de Educação – PNE – que deverá ter duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e o desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações inte-

¹⁸⁰ O parágrafo único do citado art. 6º ainda estabelece o seguinte: “A lei disporá sobre as categorias de trabalhadores considerados profissionais da educação básica e sobre a fixação de prazo para a elaboração ou adequação de seus planos de carreira, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

¹⁸¹ Art. 210 da CF/88. A Lei nº 10.172, de 9 de janeiro de 2001, aprovou o Plano Nacional de Educação, com duração de dez anos. Proposta de um novo plano, com vigência para o período de 2011 a 2020, encontra-se em elaboração pelo Ministério da Educação. Cf. MEC deve finalizar proposta para Plano Nacional até julho. Disponível em: <<http://aprendiz.uol.com.br/content/chonichiue.mmp>>. Acesso em: 12 ago. 2010.

¹⁸² Art. 207 e §§.

gradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas, com o objetivo de conduzir à: I – erradicação do analfabetismo; II – universalização do atendimento escolar; III – melhoria da qualidade de ensino; IV – formação para o trabalho; V – promoção humanística, científica e tecnológica do País; e V – estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto.¹⁸³

A organização do sistema de ensino entre os três entes federais deve ser feita em regime de colaboração. Portanto, na organização de cada sistema de ensino os entes devem definir formas de colaboração, de modo a assegurar a universalização do ensino obrigatório.¹⁸⁴ A União deve organizar o sistema federal de ensino, financiar as instituições de ensino públicas federais e exercer, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. Os Municípios devem atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil, enquanto os Estados e o Distrito Federal, no ensino fundamental e médio.¹⁸⁵

A manutenção e o desenvolvimento dos sistemas de ensino federal, estadual e municipal contam com a aplicação obrigatória da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, por parte da União, de no mínimo 18% (dezoito por cento), e dos Estados, Distrito Federal e Municípios, de no mínimo 25% (vinte e cinco por cento). Para fins de compor o cálculo, a receita do governo que transferir a parcela da arrecadação de impostos não é considerada. A distribuição dos recursos visa assegurar a prioridade ao atendimento das necessidades do ensino obrigatório, no que se refere à universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade, nos termos do Plano Nacional de Educação. O financiamento dos programas suplementares de alimentação e assistência à saúde deve se dar com recursos oriundos de contribuições sociais e de outros recursos orçamentários. Uma fonte adicional de financiamento à educação básica pública é

¹⁸³ Art. 214 da CF/88.

¹⁸⁴ Art. 211, *caput*, e §4º.

¹⁸⁵ Art. 211, §§ 1º a 3º.

o salário à educação, de forma que a distribuição das cotas estaduais e municipais seja proporcional ao número de alunos matriculados na educação básica e respectivas redes públicas de ensino.¹⁸⁶

Quanto à forma de aplicação do recurso,¹⁸⁷ este será dirigido às escolas públicas, bem como às escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, desde que: I – comprovem finalidade não lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação; e II – assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades. Ademais, poderão ser destinados recursos a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, bem como às atividades de pesquisa e extensão.

A Constituição de 1988 estabelece a base organizacional da educação no país.¹⁸⁸ No entanto, há uma série de marcos legais que a complementam e desenvolvem, dentre os quais se destacam a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei nº 9.394/96 –, o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90 – e o Plano Nacional de Educação – Lei nº 10.172/2001.

Ressalta-se, todavia, que a educação, enquanto processo complexo, envolve diversos fatores. O direito à educação abrange, em si, uma série de prestações necessárias para a sua realização.

A esse respeito, deve-se destacar não ser possível uma concepção única e precisa sobre como se deve efetivar o direito à educação. Adams, por exemplo, identificou, aproximadamente, 50 definições distintas do que seja um ensino de qualidade.¹⁸⁹

¹⁸⁶ Art. 212 e §§.

¹⁸⁷ Art. 213 da CF/88.

¹⁸⁸ SARI, Maria Timm. A organização da educação nacional. In: LIBERATI, Wilson Donizetti (Org.). *Direito à educação: uma questão de justice*. São Paulo: Malheiros, 2004. p.70.

¹⁸⁹ ADAMS, D. Defining educational quality. Arlington, VA: Institute for International Research, 2003 Apud UNESCO. *Relatório de monitoramento global de EPT 2005: educação para todos: o imperativo da qualidade*. São Paulo: Moderna, 2005. p. 29.

As diversas abordagens possuem raízes em diferentes tradições do pensamento educacional, como abordagens humanistas, teoria *behaviorista* e críticas sociológicas da educação.

Daí, a importância de que, no tocante ao cumprimento pelo Estado do seu dever perante a educação, esse se dê por meio de políticas públicas debatidas e elaboradas pelos representantes democraticamente eleitos pela sociedade.

Mesmo no plano das normas internacionais, também não há um consenso sobre a forma precisa em que deve ser efetivado o direito à educação, limitando-se ao estabelecimento de objetivos e parâmetros gerais.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 possui dois dispositivos específicos que interessam à questão educacional. O art. 13 determina o reconhecimento, pelos Estados-Partes, do direito à educação de toda pessoa. A educação deve visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido da sua dignidade e reforçar o respeito pelos direitos do homem e das liberdades fundamentais. A educação deve habilitar toda pessoa a desempenhar um papel útil em uma sociedade livre, promover compreensão, tolerância e amizade entre todas as nações e grupos raciais, étnicos e religiosos e favorecer as atividades das Nações Unidas para a compreensão da paz.

O item 2 desse mesmo artigo prevê que o exercício do direito à educação será assegurado ante a obrigatoriedade e gratuidade do ensino primário; a acessibilidade universal do ensino secundário e superior mediante a instauração progressiva da educação gratuita; a educação de base deve ser encorajada para as pessoas que não a receberam na idade adequada; o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis; um sistema adequado de bolsas; e melhora material contínua do docente.

O item 3 vai tratar da liberdade dos pais ou tutores legais de escolher estabelecimentos diversos dos públicos, que esteja em conformidade com a legislação, bem como assegura a liberdade de educação religiosa e moral dos filhos. O artigo 14 dispõe sobre a obrigatoriedade dos Estados-Partes de fixar, em dois anos, plano

detalhado das medidas necessárias para o cumprimento do item I do art. 13. Vê-se, portanto, que também estabelecem somente diretrizes e objetivos a serem desenvolvidos e perseguidos pelos Estados.

Desse modo, restam expostas as linhas gerais da disciplina normativa constitucional do direito à educação, a serem observadas pelos agentes encarregados da sua concretização, cuja atuação se faz indispensável para a tradução das diretrizes e objetivos normativos em prestações concretas a serem usufruídas pelos indivíduos.

5 Nova concepção dos direitos públicos subjetivos como superação da controvérsia entre os direitos sociais e a democracia

Kelsen já afirmava não ser um exagero considerar o conceito de direito subjetivo como o mais discutido na literatura teórica jurídica.¹⁹⁰ No entanto, o próprio autor não chegou a um conceito autônomo, vinculando-o a uma capacidade jurídica para exigir um direito,¹⁹¹ quando, na realidade, a relação deve ser a inversa: a existência de um direito fundamenta a capacidade jurídica de sua exigibilidade.¹⁹²

Barzotto, em artigo sobre a visualização dos direitos humanos enquanto direitos subjetivos, procura fugir do sentido atribuído ao conceito pela dogmática jurídica, o qual considera inadequado para apreender os direitos humanos.¹⁹³

Segundo a sua visão, a incompatibilidade está justamente em se considerar o direito subjetivo como um poder subjetivo, tendo em vista as seguintes características dos direitos humanos: a) dizem respeito a um tipo de relação que se tem com os

¹⁹⁰ KELSEN, Hans, apud ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 568.

¹⁹¹ Kelsen afirma que a essência do direito subjetivo reside em que uma norma confere a um indivíduo o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação, o não cumprimento de um dever jurídico. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: M. Fontes, 1999. p. 96.

¹⁹² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹⁹³ BARZOTTO, Luis Fernando. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, ano 27, v. 31, n. 1, p. 67-119, 2005.

outros (justiça) e não um poder a ser exercido sobre eles; b) são devidos a todo ser humano, sendo que a positivação por um legislador tem caráter meramente declaratório; c) configuram-se de modo horizontal (pessoa humana/pessoa humana), já que o centro da experiência jurídica não é a subsunção de um caso a uma norma, mas a relação entre sujeitos; d) prescindem de um fundamento em uma norma jurídica positivada, estando ancorados em princípios universais e necessários da razão prática.

A partir de tais características, esboça a seguinte definição do direito humano como direito subjetivo: é o justo natural (objeto do direito) correspondente a toda pessoa humana (titular do direito), assumido como dever por todo aquele capaz de fazer-se co-humano de outrem (titular do dever) e fundado na lei natural (fundamento).¹⁹⁴

A primeira vista, pode-se pensar que tal definição, ao sair da visão da dogmática jurídica do direito subjetivo enquanto um poder, peca justamente quanto à exigibilidade de tal direito. Aparentemente, retira o direito subjetivo do campo de competência tanto do legislador como do julgador, atribuindo-o apenas ao ser humano, enquanto capaz de se fazer co-humano de outrem.

No entanto, exame de um exemplo concreto conferido pelo autor revela ser essa uma compreensão equivocada das suas ideias. Trata-se da aplicação do seu conceito na análise dos casos de exigência judicial de tratamento ou remédio, com fundamento no direito à saúde.

O autor elucida que, com base na visão tradicional do direito subjetivo, o direito à saúde é visualizado como um poder subjetivo, o que significa garantir um poder para um indivíduo autointeressado realizar o seu bem, dispondo sobre uma parcela do orçamento e tomando à força o que os outros indivíduos autointeressados recusam a lhe entregar de bom grado, independentemente do bem dos demais membros da sociedade.

¹⁹⁴ Por detrás dessa noção, o autor se utiliza da seguinte concepção de direito subjetivo: “é o justo (objeto do direito) adequado a X (titular do direito), assumido como dever de justiça por Y (titular do dever), tendo como fundamento a lei (natural ou humana)”.

Já de acordo com a concepção de Barzotto, o direito à saúde deve ser entendido como algo ajustado a um ser social que deve manter uma relação de igualdade com os demais membros da comunidade e cujo bem está ligado ao bem comum, não podendo alcançá-lo se destruir este último.

Não é difícil constatar que essa nova concepção guarda maior sintonia com a concretização democrática dos valores da igualdade e da liberdade,¹⁹⁵ em detrimento da visão do direito subjetivo enquanto poder egoísta e irresponsável do indivíduo.

No entanto, tal concepção, embora teoricamente apropriada ao conceito de direitos humanos e de democracia, não diz, por si só, como deve ser resolvida a questão da competência para o reconhecimento e exigência de tais direitos. Ou seja, permanece, em certa medida, o problema do conflito entre os direitos sociais e a democracia, consubstanciado na possibilidade de atuação democraticamente ilegítima dos tribunais na atribuição, reconhecimento e exigência de prestações estatais para concretização dos direitos sociais.

¹⁹⁵ Não se deve esquecer que a liberdade, dentro da realidade democrática, não significa poder absoluto em relação aos interesses próprios em detrimento dos interesses dos demais indivíduos da comunidade, encontrando-se submetida à ordem jurídica construída pela vontade geral do povo.

Para tanto, é possível complementar essa concepção substancial dos direitos subjetivos com a ideia guia de Alexy¹⁹⁶ acerca dos direitos fundamentais,¹⁹⁷ justamente por essa configurar uma concepção formal e que pressupõe o próprio problema da colisão entre o princípio da democracia¹⁹⁸ e os direitos fundamentais: os direitos fundamentais representam posições que são tão importantes ao indivíduo que a decisão sobre se devem ou não ser garantidos não pode simplesmente ser deixada para a decisão da simples maioria parlamentar.¹⁹⁹

Da perspectiva do legislador legitimado pelo povo, os direitos fundamentais representam, em essência, uma limitação de sua liberdade e de sua competência, pela adoção, pelo próprio povo, de uma proteção substancial contra eventual

¹⁹⁶ Deve-se esclarecer que a visão de Alexy acerca dos direitos subjetivos não contradiz a concepção de Barzotto, já que enxerga o conceito de forma bastante ampla, como um supraconceito que expressa diferentes tipos de posições jurídicas: direito a algo, liberdades e competências. Preocupa-se, portanto, principalmente com a estrutura do direito subjetivo, não com sua substância. Segundo sua divisão, a questão do controle judicial da omissão estatal no fornecimento das prestações necessárias ao atendimento dos direitos sociais fundamentais consiste em saber quando um direito a algo em face do Estado pode ser conferido judicialmente sem que se fira a liberdade existente dentro da competência atribuída ao legislador. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 192 et seq.

¹⁹⁷ O presente estudo trata dos direitos fundamentais como a positivação dos direitos humanos. Embora a concepção de Barzotto se refira inclusive aos direitos que não forem positivados pela ordem estatal, aqui nos limitaremos aos reconhecidos pela Constituição (direitos fundamentais), em relação aos quais ela própria atribui ao caráter da aplicabilidade imediata.

No entanto, adota-se a concepção de Alexy acerca da possibilidade de existência de direitos fundamentais derivados da interpretação constitucional, os quais não se encontram expressamente previstos pela Constituição enquanto tais, mas derivam das disposições constitucionais. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 69 et seq.

¹⁹⁸ O autor esclarece que o princípio da democracia pode ser subdividido em uma série de subprincípios, alguns, inclusive, representando direitos fundamentais que são exigências da própria democracia, como a liberdade de expressão e o direito de voto. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 447.

¹⁹⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 446 et seq. Essa concepção é formal por admitir o seu preenchimento por diferentes concepções substanciais. Determinada concepção, por exemplo, pode considerar os direitos prestacionais como não importantes o suficiente para serem subtraídos da decisão majoritária parlamentar.

funcionalismo majoritário desprovido de conteúdo que deixe todos os valores materiais à mercê da maioria.

Por outro lado, o princípio democrático exige que o legislador decida justamente acerca das questões importantes para o indivíduo na vida política.

Portanto, é para conciliar ambas as ideias, as quais convivem entre si nas constituições modernas, que Alexy recorre à noção da importância superior representada pelos direitos fundamentais. Todavia, esclarece não ser uma importância considerada em si mesma, mas em relação aos princípios que militam contra e a favor da qualificação de uma determinada posição como um direito fundamental.

De acordo com o autor, a questão de se saber quais os direitos fundamentais definitivos depende de uma ponderação de princípios. Ressalva, entretanto, o fato de os princípios, em si mesmos, nunca serem razões definitivas, apenas as regras.²⁰⁰ Dessa forma, sempre que um princípio, dadas as circunstâncias atuantes concretamente, configurar uma razão definitiva para um juízo concreto, deve-se considerá-lo como fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para o juízo concreto.

No fundo, o autor afirma que uma estrutura triádica está por trás de todo problema de direito fundamental: direitos de um indivíduo / interesses coletivos / direitos de terceiros.²⁰¹ É exatamente essa estrutura que está por trás também da concepção de Barzotto acerca da configuração dos direitos humanos, enquanto direitos subjetivos, ao apontar para a necessidade de que a configuração de um direito subjetivo esteja relacionada ao bem comum e à igualdade em relação aos demais membros da comunidade.

²⁰⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 106 et seq.

²⁰¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 466 et seq. Embora se possa falar em uma parcela maior de sopesamentos complexos no âmbito de questionamentos ligados a direitos prestacionais, essa estrutura corresponde, também, a problemas referentes aos direitos de defesa. Ou seja, uma intervenção na liberdade jurídica que visa conferir um determinado direito de defesa que pode ser exigível para a proteção de interesses coletivos ou de posições individuais de terceiros.

No âmbito dos direitos fundamentais sociais, Alexy realiza uma junção da sua ideia-guia com a teoria dos princípios, para elaborar um modelo de determinação da justiciabilidade de tais direitos.

Para tanto, parte da noção de direitos fundamentais sociais como aqueles direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia obter de particulares.²⁰² É nesse sentido que sustenta ser o principal argumento a favor de um direito fundamental social a sua ligação com a garantia de uma liberdade fática do indivíduo, sem a qual a liberdade jurídica não tem valor.²⁰³

Assim, considera que uma posição deve ser configurada como um direito definitivo, se o princípio da liberdade fática (que pode ser acompanhado por exigências do princípio da igualdade fática) o exigir de forma premente, e os princípios formais da divisão de poderes e da competência do legislador democraticamente legitimado, em conjunto com princípios materiais referentes à liberdade jurídica de outros indivíduos, demais direitos sociais fundamentais e bens coletivos, forem afetados em uma medida relativamente pequena.²⁰⁴

Tais posições, na qualidade de direitos definitivos, podem ser imediatamente exigidas do Estado, que possui o dever definitivo de realizar as medidas necessárias ao seu atendimento. Quanto às demais posições que não superarem os princípios opostos no referido sopesamento permanecem enquanto direitos *prima facie*, dependentes da atuação do legislador democraticamente legitimado para a sua configuração como um direito definitivo.

O modelo busca justamente fazer com que a concretização dos ideais democráticos da liberdade e igualdade, dadas as limitações da realidade, realize-se,

²⁰² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 499.

²⁰³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 503 et seq. O autor considera a liberdade jurídica como uma permissão jurídica de se fazer ou deixar de fazer algo. Já a liberdade fática é a possibilidade fática de escolher entre as alternativas permitidas.

²⁰⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 508.

na medida do possível, homogeneamente entre os indivíduos da sociedade, ou seja, para o povo.

Portanto, entende-se serem esses os parâmetros que devem ser seguidos para a efetivação dos direitos sociais fundamentais em respeito à democracia, inclusive por meio da atuação judicial, quando necessário. Ou seja, diante de uma exigência *prima facie* de um direito social, não se deve olhar a questão sob a análise da configuração ou não de um poder jurídico do indivíduo em face do Estado, mas realizar um sopesamento entre os princípios formais e materiais atuantes no caso concreto, levando-se em consideração a igualdade com os demais membros da comunidade e a observância ao bem comum.

6 Juízes heróis: o “Robin Hood de Toga” e o “Hércules empírico”

Quando se trata da aplicação de normas veiculadoras de direitos sociais, em especial aqueles nos quais a vida ou a liberdade dos sujeitos estão em jogo, há uma tendência psicológica natural de se entender que o direito deve ser reconhecido, independentemente de qualquer limite. A vida, a saúde, a liberdade seriam, assim, direitos relativos a bens jurídicos incontrastáveis em termos de peso ou importância. Dito dessa forma, nesse grau de abstração, evidentemente é difícil refutar a afirmação. A forma pela qual se coloca a questão é, entretanto, fundamental para que se possa realizar a concretização sensata das normas.

Segundo se observa na prática judicante, dois tipos de posturas são frequentemente adotadas pelos decisores, ambas merecedoras de reflexão tendo em vista as consequências sociais decorrentes de sua adoção, ambas relativas a certa autocompreensão equivocadamente heróica da atividade decisória.

Um herói é uma pessoa extraordinária pelos seus feitos, valor ou magnanimidade. É aquele que está no centro das atenções, um protagonista.²⁰⁵

²⁰⁵ HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994.

O herói é uma figura que reúne em si qualidades excepcionais e resolve um problema de dimensão épica. O herói, para os gregos, situa-se entre os homens e os deuses, em geral sendo filho de uma mortal e um deus ou vice-versa. É, portanto, um semideus. O herói é detentor de virtudes como a fé, a coragem, a determinação e a paciência. Martiriza-se o herói quando se autossacrifica por alguma causa.

Guiado por ideais nobres como a liberdade, a fraternidade, o sacrifício, a coragem, a justiça etc, o herói busca realizar um ato valoroso. O heroísmo é principalmente um ato moral, no qual as motivações são justas e aprováveis. Fruto de valores presentes no imaginário popular, o ato heróico é um ato de superação e coragem. Situações-limite como a guerra e o sacrifício pessoal da vida são propícias ao ato heróico. O herói é alguém que realiza um feito grandioso ou um esforço extraordinário.

No ato heróico, em muitos casos, desprezam-se os acontecimentos consequentes; o que quer que aconteça como efeito colateral do ato heróico é secundário, valendo como justificação para a ação algum valor inspirador como a justiça, a correção, a salvação etc.²⁰⁶

Pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sobre o perfil dos magistrados, indicou que a autocompreensão dos julgadores em relação à sua missão profissional é de que eles são agentes de transformação social. Aparentemente eles têm em mente algo na linha de que o Judiciário é o último bastião da defesa da ordem constitucional e dos direitos individuais. Assim compreendida, a função social do juiz é, em alguma medida, a do herói salvador que se oferece em sacrifício contra o mal que o cerca. No caso das políticas públicas prestacionais, essa ideia é visível nas fundamentações de algumas decisões. “Se eu não salvar o autor da ação, ele morre”, diz o decisor.

Há dois enfoques para esse problema. Um primeiro diz respeito ao aspecto prescritivo, ou seja, como devem os juízes se conduzir ao decidir esse tipo de conflito jurídico. O outro é de natureza política, sociológica e psicológica. Assumin-

²⁰⁶ CAMPBELL, Joseph. *O herói de mil faces*. São Paulo: Cultrix, 1995.

do possivelmente que, se o juiz não conceder o que pleiteia, o autor da ação, ele morrerá, é esse um motivo suficiente e justificável para que o juiz determine que o Executivo entregue um medicamento fora da lista daqueles previstos para serem entregues aos usuários do sistema de saúde?

Dito de outra forma, ao juiz é dado o direito de agir como herói? A posição heróica tradicionalmente tem relação com o autossacrifício; mas, no caso do juiz, o sacrifício é imposto a outrem, àqueles outros usuários do sistema. O dito popular que expressa essa forma de agir é “pedir esmola com o chapéu alheio”. As intenções podem ser as melhores, mas pode o juiz, a pretexto de resolver o problema que se lhe apresenta para solução, desconsiderar as consequências imediatas da decisão para a coletividade?

As decisões sobre políticas públicas, por serem questões em que se lida com recursos coletivos escassos, devem levar em consideração as consequências econômicas, políticas, sociais e orçamentárias. Decisões que determinem a apropriação inconsequente dos recursos são irracionais dos pontos de vista jurídico, político e econômico. Embora o conflito apareça, no mais das vezes, na forma individual, os efeitos das decisões serão, em grande medida, coletivos, o que supõe considerações de ordem distributiva.²⁰⁷

Quem ainda não se deparou com o “juiz Robin Hood”, aquele que acredita estar “tirando dos ricos para dar aos pobres”? O “juiz Robin Hood” presume que o administrador não é sério nem honesto, e que as verbas orçamentárias são desviadas e/ou muito mal utilizadas. Ele acredita, por exemplo (e nisso talvez possa ter razão), que verbas de publicidade destinadas à propaganda institucional do governo deveriam ser aplicadas em áreas prioritárias, como a educação e a saúde públicas. E, para corrigir esse problema, esse tipo ideal de juiz irá transformar-se no herói que escolherá no que deve ser aplicado o orçamento público.

²⁰⁷ O problema enseja a discussão sobre se seria possível uma decisão sobre políticas públicas no âmbito de uma ação civil pública. As sentenças em ações civis públicas fazem coisa julgada formal e material. Talvez a decisão tornasse imobilizada uma política pública que deveria ser atualizada conforme as necessidades sociais fossem impondo novas condicionantes.

Ronald Dworkin, combatendo a figura da discricionariedade judicial, criou a figura do “juiz Hércules”.²⁰⁸ Trata-se de um juiz hipotético, de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas,²⁰⁹ que aceita o direito como integridade²¹⁰ e é capaz de encontrar sempre a única solução correta para cada processo que julga. Evidentemente, o “juiz Hércules” é uma metáfora, uma ficção. Mas dessa ficção deriva um segundo tipo ideal: o “Hércules empírico”.

O “Hércules empírico” é aquele juiz que, apesar de ser humano, confia cegamente, com base exclusivamente na sua experiência, que possui uma capacidade sobrenatural para decidir da melhor maneira as questões que lhe são submetidas. Todavia, ao tomar cada decisão com base exclusivamente na sua experiência e opinião pessoal, desconsiderando as regras e utilizando de forma deturpada os princípios, ele contraria totalmente a proposta de Dworkin (que propõe um modelo de decisão racional e não empírico), pois as suas decisões são absolutamente discricionárias, fruto exclusivo de sua vontade pessoal, não possuindo qualquer base científica ou racional.

O “Hércules empírico” acredita que pode fazer qualquer coisa, tomar qualquer decisão para satisfazer o seu sentimento pessoal. Primeiro, ele imagina o resultado “justo”, com base exclusivamente na sua experiência, para, apenas em um momento posterior, construir a fundamentação para chegar ao resultado almejado. Note-se que a fundamentação jurídica, para ele, é apenas um obstáculo a ser

²⁰⁸ A expressão foi cunhada na obra DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2007. p. 165-203. Posteriormente, foi novamente utilizada na obra DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 1999. p. 287-331, 377-381, 399-424, 435 e 453-492.

²⁰⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2007. p. 165.

²¹⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 1999. p. 287.

superado para que ele possa realizar a sua justiça pessoal.²¹¹ Por isso, é comum ele desprezar completamente as regras aplicáveis ao caso concreto, fundamentando as suas decisões exclusivamente em princípios (pois, ao contrário das regras, os princípios permitem uma maior flexibilidade na construção de seu pensamento). Isso faz com que suas decisões, muitas vezes, sejam destituídas de qualquer razoabilidade. Ele também não tem qualquer preocupação com as consequências de suas decisões.

O problema é que, enquanto o administrador tem que fazer um complexo planejamento orçamentário para atender às demandas mais urgentes de toda a população, pois o orçamento é finito, ou seja, enquanto o administrador planeja e atua coletivamente, tanto o “juiz Robin Hood” quanto o “Hércules empírico” limitam-se a tomar decisões nos poucos processos que lhe foram distribuídos, agindo apenas em casos individuais. Ou seja, esses dois tipos ideais não se preocupam com planejamento orçamentário, e as suas decisões atendem a poucos cidadãos e sempre individualmente. Essas decisões individuais, todavia, vão causar a necessidade de utilização de parte do orçamento, que deveria ser destinada à utilização coletiva e impessoal, de forma individual e pessoal (para atender a pessoa X). E, quando alguém, mesmo com a melhor das intenções, interfere no orçamento para determinar que parte dele seja utilizada para uma despesa inicialmente não prevista, o resultado é que vai faltar verba orçamentária para alguma despesa que estava planejada e prevista.

E, mesmo quando o “juiz Robin Hood” ou o “Hércules empírico” atuam em algum processo coletivo (em uma ação civil pública, por exemplo), eles continuam não se preocupando em ter uma visão completa do problema orçamentário do Estado.

²¹¹ Para Dworkin, “o ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. O juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige” DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 1999. p. 451-452.

O “juiz Robin Hood” e o “Hércules empírico” agem com a ética da convicção,²¹² mas sem qualquer ética da responsabilidade.²¹³ Eles acreditam ser seu dever fazer com que o Estado proveja as necessidades das pessoas que lhes procuram, mas não percebem que não conseguiriam, ainda que quisessem, ser o juiz (ou o herói) de todos. Na sua atuação irresponsável, eles não se lembram ou não se dão conta de que: a) as pessoas mais carentes e necessitadas sequer têm acesso ao Poder Judiciário (no Brasil, ainda existem Estados sem Defensoria Pública; nos Estados onde existe Defensoria Pública, não existe Defensor Público disponível em todas as Comarcas; nem todas as pessoas têm recursos e transporte para procurar a Defensoria Pública; além disso, a falta de escolaridade faz com que parte significativa da população sequer conheça o direito de pleitear em Juízo), de forma que os cidadãos beneficiados pelas suas decisões individuais não são os mais carentes e necessitados, mas sim os cidadãos que, por possuírem algum grau de escolaridade e conhecimento, algum recurso financeiro e acesso a advogados ou à Defensoria Pública, podem demandar em Juízo; b) nem todas as pessoas que estão na mesma situação vão demandar em Juízo (por exemplo, nem todos que possuem a doença X vão pleitear que o poder público lhes forneça o medicamento Y), de forma que as suas decisões podem gerar um desequilíbrio entre as pessoas que se encontram na mesma situação (pois alguns doentes vão receber o medicamento Y e outros não), e isso significa injustiça do ponto de vista coletivo.

Teoricamente, o orçamento público é elaborado com a intenção de atender às demandas sociais mais urgentes. E as demandas mais urgentes são, sem dúvida, aquelas de interesse da população mais carente. Os ricos, todavia, não usam o sistema de saúde pública (eles têm plano de saúde particular) e seus filhos não estudam em escola pública. O orçamento, quando destina verbas para a educação e para a saúde, tem por finalidade atender à parcela mais necessitada da população.

²¹² Como os burocratas mencionados por WEBER, Max. *Parlamentarismo e governo numa Alemanha reconstruída*. In: _____. *Ensaio de sociologia e outros escritos*. Tradução de Maurício Tragtenberg. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1979.

²¹³ Inerente aos políticos vocacionados mencionados por WEBER, Max. *A política como vocação*. In: _____. *Ensaio de sociologia*. Tradução de Waltensir Dutra. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2002.

E agora, o “juiz Robin Hood” passa a ter um problema ético em relação ao seu próprio raciocínio: não estaria ele tirando não dos ricos, mas sim dos pobres, para dar a outros que, se não são ricos, estão pelo menos remediados? O “Hércules empírico” também enfrenta o seu dilema: como ele não pode ser o “herói” de todos, já que decide a situação apenas dos poucos que lhe procuram (as partes dos processos que lhe são distribuídos), a sua atuação, que tem por único fundamento as suas convicções pessoais, provoca, do ponto de vista coletivo, mais injustiças do que justiças.

Não é possível fazer caridade por meio do Poder Judiciário, usando o orçamento público, que deve ser revertido em prol de toda a população para ajudar “esse” ou “aquele”, em clara violação do princípio da impessoalidade. O orçamento deve ser utilizado para contemplar um grupo de pessoas que se encontra em determinada situação, e não para beneficiar A ou B. O “juiz Robin Hood” e o “Hércules empírico”, quando determinam que uma parcela do orçamento seja revertida em prol de fulano, não estão preocupados se os demais cidadãos, que se encontram na mesma situação do indivíduo beneficiado, também o serão.

A solução para o problema da destinação dos recursos orçamentários, portanto, não pode estar nas liminares e decisões judiciais proferidas em casos individuais. O “juiz Robin Hood” e o “Hércules empírico” não têm como resolver e acabam agravando o problema. A solução é outra: o aprimoramento do controle sobre o planejamento orçamentário. Os cidadãos, diretamente e por meio dos seus representantes eleitos para compor o Legislativo, com o auxílio dos Tribunais de Contas e do Ministério Público (que têm por atribuição atuar na defesa dos interesses difusos e coletivos, mas nem sempre se recordam que essa atuação deve se iniciar na fiscalização do planejamento orçamentário, que é feito com antecedência pelo administrador, e não apenas na propositura de ações judiciais após o planejamento já ter se transformado em uma lei orçamentária), têm o interesse e a obrigação de acompanhar o planejamento orçamentário e de participar da discussão, no parlamento, da lei de diretrizes orçamentárias e do plano plurianual.

O administrador público, ao elaborar a proposta orçamentária e submetê-la ao parlamento, e os membros do legislativo, ao votarem o orçamento, devem

observar o interesse público, ou seja, fazer com que os recursos públicos sejam direcionados para atender às demandas mais urgentes da população, dentro daquilo que a finitude orçamentária permite. O interesse visado é sempre coletivo. O público alvo da aplicação do orçamento é sempre a coletividade.

Ao considerar que os recursos públicos estão sendo mal aplicados (por exemplo, para a divulgação das ações do governo na mídia), o “juiz Robin Hood” se considera autorizado a determinar a forma em que o orçamento deverá ser utilizado, acreditando, na sua ingenuidade, que dessa forma estará realizando o “bem comum”, quando, na verdade, não conseguirá jamais atender a todos os que dependem do seu “heroísmo”. Já o “Hércules empírico”, na sua arrogância em acreditar que possui qualidades sobrenaturais que o tornam infalível, coloca-se acima do interesse coletivo, que ele despreza ao considerar que o seu sentimento pessoal é a “melhor justiça”. O problema é que tanto o “juiz Robin Hood” quanto o “Hércules empírico” não podem fazer nada além de dizer que o orçamento deve ser utilizado para atender determinada pessoa em determinado processo. Essa é uma atuação individual, incapaz de gerar justiça do ponto de vista coletivo. Mas qual parte do orçamento deverá ser destinada a atender a decisão judicial proferida? De onde deverão ser remanejados os recursos? Isso não é absolutamente uma preocupação para o “juiz Robin Hood” ou o “Hércules empírico”. O administrador que encontre a solução.

Portanto, quando o “juiz Robin Hood” acredita estar “tirando dos ricos para dar aos pobres” ou quando o “Hércules empírico”, para satisfazer o seu sentimento pessoal, determina ao Estado que utilize parte do orçamento para atender um pleito individual, eles estão, na verdade, escolhendo mal os bens a ponderar. Ao contrário do que eles imaginam, não se trata de, por exemplo, decidir entre o “direito à saúde” do cidadão e a “omissão do Estado”, ou entre a “dignidade da pessoa humana” doente e a “má aplicação dos recursos públicos”.

O problema, na verdade, é que esses tipos ideais de juiz, utilizando-se de uma argumentação jurídica meramente retórica, passam a priorizar o interesse in-

dividual do demandante em detrimento do interesse coletivo.²¹⁴ Os verdadeiros bens a ponderar são o “interesse individual” e o “interesse coletivo”.

O orçamento público deve atender a demandas coletivas, suprir universalmente as necessidades de todas as pessoas que cumpram os requisitos definidos nas políticas públicas implementadas, não podendo ser direcionado para solucionar os problemas de determinadas pessoas beneficiadas por decisões judiciais, sem qualquer preocupação em relação à extensão do mesmo benefício a todos os que se encontram na mesma situação.

Os recursos públicos são limitados, não são infinitos. Somente uma ética da convicção permite interpretar o direito à saúde como o direito à apropriação individual de uma parte do orçamento. Até porque, se todos resolverem pleitear uma parte dos recursos orçamentários para atender à sua saúde pessoal, somente os primeiros beneficiados por uma decisão judicial poderão ser atendidos. O direito à saúde, como qualquer outro direito previsto na Constituição, de acordo com a ética da responsabilidade, só pode ser entendido como justo subjetivo, ou seja, “como algo ajustado a um ser social, que deve manter uma relação de igualdade com os demais membros da comunidade e cujo bem está ligado ao bem comum, não podendo alcançá-lo se destruir este último”.²¹⁵

²¹⁴ Como bem observa Barzotto, “a interpretação do direito à saúde como poder subjetivo é extremamente popular em alguns países como o Brasil. Dizer que alguém tem direito à saúde é dizer que ele dispõe de uma ação para coagir o Estado a lhe fornecer tratamento ou remédio, ou seja, é garantir ao indivíduo um poder de disponibilidade sobre uma parcela do orçamento à saúde. O impacto que isso terá sobre a coletividade ou sobre o direito à saúde de outros membros da comunidade é indiferente desse ponto de vista. O direito subjetivo é um poder dado a um indivíduo auto-interessado para realizar o seu bem. Ele é um átomo social cuja realização é independentemente do bem dos outros membros da sociedade e usará seu direito para tomar à força o que os outros indivíduos auto-interessados recusam a fornecer-lhe de bom grado. O direito à saúde é um direito de propriedade ou um poder subjetivo sobre uma parcela do orçamento da saúde”. BARZOTTO, Luis Fernando. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, ano 27, v. 31, n. 1, p. 102, 2005.

²¹⁵ BARZOTTO, Luis Fernando. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, ano 27, v. 31, n. 1, p. 102, 2005.

Note-se, portanto, que, do ponto de vista orçamentário, enquanto a atuação do Executivo e do Legislativo é coletiva, a atuação do Judiciário sempre será individual, ou, ainda que seja coletiva (caso a demanda verse sobre direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos), abrangerá certamente um conjunto de pessoas que não representa toda a coletividade interessada na elaboração do orçamento. O Poder Judiciário, dadas as limitações decorrentes do julgamento da demanda, decide apenas a situação específica discutida nos autos, não estando, ao contrário do Executivo e do Legislativo, vinculado ao orçamento visto de forma holística.

Quando o Poder Judiciário determina a utilização de recursos públicos no atendimento de pleitos individuais, está submetendo o interesse coletivo ao interesse individual do beneficiado. Os recursos públicos disponíveis são finitos, e toda vez que uma parte do orçamento é utilizada para atender determinada situação individual, em cumprimento a uma decisão judicial, significa que os recursos para atender às necessidades coletivas da população foram reduzidos. Por isso, fica evidente que não é recomendável que o Poder Judiciário decida a forma de aplicação do orçamento. Tal tarefa deve caber, com exclusividade, ao Executivo e ao Legislativo, que são os únicos poderes que, em matéria de orçamento, decidem com base no interesse coletivo.

Portanto, no julgamento de demandas que impliquem em gasto público, o papel do Poder Judiciário deveria limitar-se a: a) verificar se existe uma política pública, com orçamento previsto, para atender ao interesse da parte; b) caso exista, verificar se a parte atende aos requisitos estabelecidos para o atendimento pela política pública; c) se a parte estiver apta a ser atendida pela política pública definida, determinar que o Poder Público, utilizando-se da política pública já existente para atender toda a coletividade (todos os casos idênticos) e do orçamento previsto para realizá-la, atenda ao interesse da parte.

Se aceitarmos a premissa de que o interesse coletivo deve se sobrepor ao interesse individual, não podemos admitir que o Poder Judiciário crie, por decisão judicial, uma política pública até então inexistente para atender a determinado indivíduo, ou, o que é pior, determine a aplicação de recursos públicos de forma não prevista na legislação orçamentária.

7 Considerações finais

A ênfase conferida atualmente à temática das políticas públicas teve origem na resposta que o Estado buscou dar à situação de vulnerabilidade e falta de proteção social aos indivíduos.

Assim, os Estados de Bem-Estar formaram como organizadores de sistemas de proteções sociais, por meio de garantias legais a fim de viabilizar o acesso a bens e serviços em resposta aos riscos e vulnerabilidades sociais, o que dá ensejo ao aparecimento das políticas públicas como forma de operacionalizar equilíbrios e desequilíbrios na questão social emergente.

O movimento descrito envolveu a reciprocidade de influências das dimensões do Estado, da política, do jurídico e do social, devido ao seu caráter dinâmico. Nesse complexo, emerge a limitação da perspectiva jurídica legalista para compreender a complexidade das políticas públicas. Em outras palavras, apesar de ser uma característica cultural dos países latinos a perspectiva estática do Estado por meio de estrutura e normas, existe um esforço teórico compreensivo para ultrapassar uma eventual esterilização do direito, ante o reconhecimento da riqueza da realidade.

Dentre os seus objetivos, a presente pesquisa procurou analisar o problema da contradição entre a atuação judicial para concretização dos direitos sociais e o regime democrático, buscando-se um modo de conciliá-los.

Tal contradição surge, principalmente, em razão de tais direitos possuírem, em grande medida, objeto indeterminado, sendo que, em razão da previsão constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário e da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, abre-se a possibilidade de que uma decisão judicial reconheça determinada prestação como integrante de um direito social e determine ao Estado a sua concessão.

Porém, essa atuação representa um atentado à própria estrutura da democracia, devido ao fato de que, ao realizá-la, indivíduos não eleitos estarão exercendo um poder que, na conformação institucional clássica da tripartição de poderes, não poderiam exercer. Há, portanto, o perigo de que a legitimidade da decisão

seja colocada em xeque, tendo em vista a substituição velada da função de decidir politicamente, própria das funções legislativa e executiva, por um decisionismo decorrente de um pretense Estado jurisdicional, retirando-se, assim, o poder da lei e retornando-se ao dos indivíduos, sob uma retórica de princípios e de direitos e de garantias genericamente previstos no texto constitucional.

As discussões no âmbito do grupo e as pesquisas realizadas permitiram a reflexão sobre a noção de que a essência da democracia é a consideração de que, apesar de seus inúmeros surgimentos e reinvenções, ela se associa sempre aos ideais de liberdade e de igualdade, os quais podem se traduzir, dentro do campo da realidade, dependendo da conjectura de determinado tempo ou local, em uma série de elementos relacionados entre si, dentre os quais se destacam os seguintes: princípio da maioria, método de escolha dos governantes e povo como uma unidade constituída por um sistema de atos individuais determinados pela ordem jurídica.

Tendo em vista as máximas gerais de igualdade e liberdade servirem como fundamentos aos direitos prestacionais, cujos direitos sociais configuram típico exemplo, pode-se visualizar como são exigências dos próprios ideais democráticos.

No entanto, assim como a democracia em si, eles precisam se adaptar às possibilidades da realidade, sem perdê-las de vista. Daí a necessidade de se procurar uma forma de concretização de tais direitos de forma isonômica.

Nesse sentido, alguns sugerem ser o “direito público subjetivo” o conceito chave capaz de guiar um modelo de concretização dos direitos sociais que respeite aos ideais e às práticas democráticas.

A questão passa a ser, portanto, identificar quando se está diante de um direito público subjetivo, para se estipular quando, de fato, uma prestação concreta pode ser visualizada enquanto um direito de uma pessoa ou, ao contrário, ainda se encontra no campo da definição política do direito. A ideia por detrás é a noção de que as competências do tribunal terminam nos limites daquilo que é definitivamente devido. As demais exigências que podem decorrer dos direitos sociais encontram-se no âmbito da discricionariedade política.

Todavia, entendeu-se que a visualização clássica do direito subjetivo não atende da melhor maneira possível às exigências democráticas. Entendido enquanto um poder, o conceito pode levar à desigualdade e atentar contra a liberdade do povo, na medida em que o interesse de um único indivíduo pode se sobrepor ao bem comum.

A visão substancial conciliadora entre os ideais democráticos e os direitos sociais enquanto direitos públicos subjetivos foi sugerida por Barzotto. O autor entende que os direitos humanos, entendidos como direitos subjetivos, devem ser vistos como algo ajustado a um ser social, que deve manter uma relação de igualdade com os demais membros da comunidade, cujo bem está ligado ao bem comum, não podendo alcançá-lo se destruir este último.

No entanto, para a superação da controvérsia acerca da divisão de competências entre legislador e julgador, sua concepção substancial precisou ser complementada com a concepção formal de Alexy acerca dos direitos fundamentais.

A sua ideia guia é a de que os direitos fundamentais representam posições que são tão importantes ao indivíduo que a decisão sobre garanti-los ou não é impossível de ser deixada para a decisão da simples maioria parlamentar.

Todavia, esclarece não ser uma importância considerada em si mesma, mas em relação aos princípios que militam contra e a favor da qualificação de uma determinada posição como um direito fundamental.

Da junção da ideia guia e da teoria dos princípios com o conceito de direitos sociais fundamentais, Alexy desenvolveu um modelo de análise concreta da existência de direitos prestacionais definitivos. De acordo com o autor, a questão de se saber quais os direitos fundamentais definitivos depende de uma ponderação de princípios.

Uma posição deve ser configurada como um direito definitivo se o princípio da liberdade fática (que pode ser acompanhado por exigências do princípio da igualdade fática) o exigir de forma premente e os princípios formais da divisão de

poderes e da competência do legislador democraticamente legitimado, em conjunto com princípios materiais referentes à liberdade jurídica de outros indivíduos, e demais direitos sociais fundamentais e bens coletivos forem afetados em uma medida relativamente pequena.

Entendemos que tal modelo formal, em complemento à concepção de Barzotto acerca dos direitos subjetivos, permite uma atuação judicial na concretização dos direitos sociais em respeito aos ideais democráticos.

No entanto, ambos constituem apenas parâmetros para a decisão no caso concreto. Não dizem quais direitos definitivos tem o indivíduo, apenas definem parâmetros para que esses sejam alcançados em um caso concreto, de acordo com as circunstâncias atuantes.

São, todavia, parâmetros que aqui se entende necessários para uma atuação judicial na concretização dos direitos sociais compatível com os ideais e as práticas democráticas.

Public policies and the STF judicial protagonism

Abstract

This is the result of a research about how the Brazilian Supreme Court (Supremo Tribunal Federal) deals with the judicialization of public policies, especially the social ones. The current text is part of the research conducted by the Study and Research Group on Hermeneutics and Public Policies and there are preliminary thoughts on the judicial intervention on public policies, its concept, phases, methodology of analysis, constitutional dimension, and the role of judges on the enforcement of rights.

Keywords: Public policies. Judicialization. Social rights. Constitution. Hermeneutics.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. Ação civil pública e direito difuso à segurança pública. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 124, p. 40, jun. 2005. Disponível em: <<http://www.revistasrtonline.com.br/portalt/ template.htm?view=main>>. Acesso em: 5 jun. 2010.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.
- BARZOTTO, Luis Fernando. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, ano 27, v. 31, n. 1, p. 67-119, 2005.
- BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios: dois conceitos de liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- BIGOLIN, Giovanni. A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 53, p. 49-70, maio/set. 2004.
- BOVERO, Michelangelo. *Contra o governo dos piores*. Rio de Janeiro: Campus, 2002.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-49.
- CAMPBELL, Joseph. *O herói de mil faces*. São Paulo: Cultrix, 1995.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- CARDOSO JÚNIOR, José Celso; JACCOUD, Luciana. Políticas sociais no Brasil: organização, abrangência e tensões da ação estatal. In: JACCOUD, Luciana (Org.). *Questão social e políticas sociais no Brasil contemporâneo*. Brasília: IPEA, 2005. p. 181-260.
- CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário*. Tradução de Iraci D. Poletti. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998.

CASTRO, Carlos Roberto. *A Constituição aberta e os direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CASTRO, Jorge Abrahão de; RIBEIRO, José Aparecido Carlos. As políticas sociais e a Constituição de 1988: conquistas e desafios. In: *POLÍTICAS sociais: acompanhamento e análise: vinte anos da Constituição Federal*. Brasília: IPEA, 2009. pp. 19-44

DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1998.

DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. *Educação e Sociedade*, Campinas, v. 28, n. 100, p. 691-713, out. 2007. Número especial.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 1999.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Interpretação e estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FREITAS FILHO, Roberto; CASAGRANDE, Renato. Globalização, separação de poderes e tempo legiferante. In: DANTAS, Bruno et al. (Org.). *O exercício da política*. Brasília: Instituto Legislativo Brasileiro, 2008. (Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois, v. 2). p. 425-448. HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Novo dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1994.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton and Company, 1999.

JACCOUD, Luciana Barros; SILVA, Frederico Augusto Barbosa da. *Questão social e políticas sociais no Brasil contemporâneo*. Brasília: IPEA, 2005.

KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: M. Fontes, 1993.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: M. Fontes, 1999.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Justiça e poder judiciário ou a virtude confronta a instituição. In: _____. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006. Pp. 189 - 221.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. *O espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1995.

OFFE, Claus. *Capitalismo desorganizado: transformações contemporâneas do trabalho e da política*. São Paulo: Brasiliense, 1995.

PINTO, Davi Souza de Paula. Definições e disposições gerais de bens jurídicos. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, n. 55, 31 jul. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura &artigo_id=3083>. Acesso em: 27 abr. 2010.

SANTIN, Valter Foletto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS, Lenir; ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. *SUS: o espaço da gestão inovadora e dos consensos interfederativos: aspectos jurídicos, administrativos e financeiros*. Campinas: Instituto de Direito Sanitário Aplicado, 2007.

SANTOS, Lenir; ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. Vinte anos do SUS: o Sistema de Saúde no Brasil no século XXI. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, ano XXV, n. 7, jul. 2009.

SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: FERRAREZI, Elisabete; SARAVIA, Enrique. *Políticas públicas: coletânea*. Brasília: ENAP, 2006.

SARI, Maria Timm. A organização da educação nacional. In: LIBERATI, Wilson Donizetti (Org.). *Direito à educação: uma questão de justice*. São Paulo: Malheiros, 2004.

SARLET, Ingo W. (Org.). *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 17, n. 67, pp. 127-172, jul./set. 2008.

SARTORI, Giovanni. *Homo videns: televisione e post-pensiero*. Roma, Bari: Laterza, 1999.

SCHMITT, Carl. *Legalidade e legitimidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOARES, Luiz Eduardo. *Segurança tem saída*. Rio de Janeiro: Sextante, 2006. p. 110.

SOUSA, Pedro Ivo de. *Legitimidade do controle judicial brasileiro de políticas de segurança pública*. 127 págs. 2000. Dissertação (Mestrado)-Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2000.

SPITZCOVSKY, Celso. O direito à vida e as obrigações do Estado em matéria de saúde. *Revista do Tribunal Regional Federal da Primeira Região*, Local, ano 18, n. 11, nov./dez. 2006.

TAYLOR, Charles. *Argumentações filosóficas*. São Paulo: Loyola, 2000.

TORRES, Pedro Medellín. *La política de las políticas públicas: propuesta teórica y metodológica para el estudio de las políticas públicas en países de frágil institucionalidad*. Santiago: CEPAL, 2004.

UNESCO. *Relatório de monitoramento global de EPT 2005: educação para todos: o imperativo da qualidade*. São Paulo: Moderna, 2005.

WEBER, Max. A política como vocação. In: _____. *Ensaio de sociologia*. Tradução de Waltensir Dutra. 5. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2002.

WEBER, Max. Parlamentarismo e governo numa Alemanha reconstruída. In: _____. *Ensaio de sociologia e outros escritos*. Tradução de Maurício Tragtenberg. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1979.

WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e federação na Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. São Paulo: Vozes, 2005.