



**CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO:
MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITOS SOCIAIS
E PROCESSOS REIVINDICATÓRIOS**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO:

ANDRÉ LUIZ BATISTA DA COSTA

**JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL:
Consequência da má-gestão ou interferência judicial indevida?**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios, do Instituto Brasiliense de Ensino Superior (IESB), como pré-requisito para a obtenção do título de mestre.

Linha de pesquisa: Processos de Reivindicação e Efetivação da Justiça e dos Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho.

**BRASÍLIA
2020**

ANDRÉ LUIZ BATISTA DA COSTA

**JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL:
Consequência da má-gestão ou interferência judicial indevida?**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios, do Instituto Brasiliense de Ensino Superior (IESB), como pré-requisito para a obtenção do título de mestre.

Linha de pesquisa: Processos de Reivindicação e Efetivação da Justiça e dos Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho.

**BRASÍLIA
2020**

ANDRÉ LUIZ BATISTA DA COSTA

**JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL:
Consequência da má-gestão ou interferência judicial indevida?**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios, do Instituto Brasiliense de Ensino Superior (IESB), como pré-requisito para a obtenção do título de mestre.

Linha de pesquisa: Processos de Reivindicação e Efetivação da Justiça e dos Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho.

Brasília, 17 de abril de 2020.

Banca Examinadora

Dr. Douglas Henrique Marin dos Santos (IESB – Orientador)

Dr. Diogo Palau. (IESB)

Dr^a Any Ávila Assunção. (IESB)

Dr. Humberto Fernandes de Moura (Externo)

RESUMO

Esta pesquisa tem como principal objetivo, fazer uma análise da judicialização de políticas públicas buscando estabelecer uma relação entre esse fenômeno e os processos de gestão das ações do Estado. Em que pese os avanços das instituições Brasileiras na implementação e fiscalização de políticas públicas, ainda são muitos os problemas a serem enfrentados pelos gestores públicos na condução das ações estatais. Nesse sentido, o presente trabalho buscará discutir a gestão pública das ações afirmativas do Estado traçando um paralelo entre as inconsistências do modelo de gestão brasileira, os erros cometidos pelos gestores públicos na condução do Estado e a busca cada vez maior, por parte do público alvo das políticas públicas, das vias judiciais para a garantia dos direitos fundamentais sociais, omitidos pelo Estado. Com foco nos processos de formação das políticas públicas em um determinado espaço temporal, esta dissertação analisará alguns erros encontrados em ações estatais, constantes de relatórios de fiscalização da Controladoria Geral da União, dentre outros, mostrando os atropelos dos processos de gestão da coisa pública buscando demonstrar as possíveis influências da formação do Estado Federal Brasileiro e seu modelo cultural e político na condução, por vezes, desastrosa do próprio Estado e as influências dessa má-gestão no aumento dos processos de judicialização da política no país.

Palavras-chaves: Políticas públicas; Gestão pública, Saúde pública; Judicialização; Ineficiência.

ABSTRACT

This research has as main objective, to make an analysis of the judicialization of public policies seeking to establish a relationship between this phenomenon and the management processes of State actions. Despite the advances of Brazilian institutions in the implementation and inspection of public policies, there are still many problems to be faced by public managers in conducting state actions. In this sense, the present work will seek to discuss the public management of the State's affirmative actions, drawing a parallel between the inconsistencies of the Brazilian management model, the mistakes made by public managers in conducting the State and the increasing search by the target audience public policies, judicial means to guarantee fundamental social rights, omitted by the State. With a focus on the formation processes of public policies in a given time frame, this dissertation will analyze some errors found in state actions, contained in inspection reports of the Federal Comptroller General, among others, showing the disruptions of the public affairs management processes seeking demonstrate the possible influences of the formation of the Brazilian Federal State and its cultural and political model in the sometimes disastrous conduct of the State itself and the influences of this mismanagement in increasing the processes of judicialization of politics in the country.

Keywords: Public policies; Public management, Public health; Judicialization; Inefficiency.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus por nos afeiçoar com a própria vida e pela dadiva de nos cerar de tanta sabedoria emanada por pessoas sem quais esta pesquisa jamais seria concluída.

Nesse sentido agradeço a todos os meus mestres e professores, que, com muito zelo e compromisso fizeram com que esta pesquisa chega ao ponto em que se encontra hoje.

Agradeço ao meu orientador, professor Douglas Henrique Marin, que, com muita paciência, competência e sabedoria lapidou as, certamente nada fáceis, pedras do conhecimento trazidas a esta pesquisa em sua forma bruto, tornando-as pedras perfeitas na pavimentação de todo o conhecimento aqui delineado.

Agradeço à Professora Any Ávila, coordenadora do programa de mestrado do IESB, que me deu a honra de poder compartilhar de todo o seu conhecimento e de toda a sua competência na condução desse surpreendente curso.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha esposa, sem a qual não teria construído mais essa conquista em minha vida.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

AgRg – Agravo Regimental

Ap. – Apelação

CGU – Controladoria Geral da União

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

DF – Distrito Federal

EC – Emenda Constitucional

INSS – Instituto Nacional da Seguridade Social

IBPT – Instituto Brasileiro de Pesquisa Tributária

IPCA - Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo

LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias

LOA – Lei Orçamentaria Anual

MPF – Ministério Público Federal

MS – Mandado de Segurança

ONU – Organização das Nações Unidas

PCDF – Polícia Civil do Distrito Federal

PEC – Projeto de Emenda Constitucional

PF – Polícia Federal

PIE – Políticas Informadas por Evidências

PNUD - Programa das Nações Unidas Para o Desenvolvimento

PSDB - Partido da Social Democracia Brasileira

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

SENAD - Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas

SENAPRED - Secretaria Nacional de Cuidados e Prevenção às Drogas do Ministério da Cidadania

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUS – Sistema Único de Saúde

TCDF – Tribunal de Contas do Distrito Federal

TCU – Tribunal de Contas da União

TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

TJ/RJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

LISTA DE IMAGENS

IMAGEM 1 - Evolução Número de Processos de Saúde Distribuídos por Ano (1ª Instância)

IMAGEM 2 - Evolução Número de Processos de Saúde Distribuídos por Ano (1ª Instância)

IMAGEM 3 - “Plano de Saúde”, “Seguro” e “Saúde” dominam as demandas

IMAGEM 4 - Nas decisões, prevalecem demandas por medicamentos e produtos

IMAGEM 5 – quadro II – Inspeção Física realizada em 22, 24 e 25 de maio de 2001

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 1 |
| PRIMEIRA PARTE | 4 |
| Os direitos sociais, suas características e a fragilidade de sua garantia no Estado moderno – uma história de lutas, conquistas e retrocessos..... | 4 |
| Capítulo I..... | 4 |
| 1. Os direitos fundamentais sociais e sua defesa frente a grupos de interesse | 4 |
| 1.1 Jurisdição, direitos fundamentais e a sua garantia sob a perspectiva dos cofres cheios | 17 |
| 1.2 A garantia do direito fundamental à saúde na Federação Brasileira – da lei à gestão tem muita confusão | 42 |
| Capítulo II..... | 54 |
| A Administração Pública e os processos de gestão de políticas públicas no Brasil – um grande abismo entre o Direito e o fato. “O governador promete, mas o sistema diz não”? | 54 |
| 2. O processo evolutivo da gestão pública brasileira | 54 |
| 2.1 Estado e gestão de políticas públicas no Brasil – uma história construída por grupos de interesses | 59 |
| 2.2 A gestão de políticas públicas de saúde e a gestão baseada em evidências | 69 |
| SEGUNDA PARTE..... | 75 |
| A ineficiência do Estado no controle dos recursos e das políticas públicas. Quando os recursos são escassos, a boa gestão é imprescindível. | 75 |
| Capítulo III..... | 75 |
| O combate à judicialização no Brasil. Combater consequências é subestimar suas causas | 75 |
| 3. Os números da judicialização da saúde no Brasil – a judicialização não escolhe classe social | 75 |
| 3.1 A constitucionalização e judicialização dos direitos sociais: princípios éticos e o direito internacional | 80 |
| 3.1.2 – A ética não pode se aplicar apenas a quem judicializa..... | 85 |
| Capítulo IV..... | 88 |
| O desperdício judicializado. De “Maus Caminhos à Cashback” - o difícil controle das políticas públicas..... | 88 |

| | |
|--|-----|
| 4. As influências sobre os poderes eletivos, suas deficiências e os reflexos nas políticas públicas | 88 |
| 4.1 Do descarte de medicamentos em Pernambuco ao excesso de insumos cirúrgicos no Distrito Federal. A ineficiência em números..... | 93 |
| 4.1.1 A ineficiência na aplicação dos recursos, na fiscalização e o impacto do sistema federativo em políticas públicas | 93 |
| 4.1.2 A ineficiência na avaliação, na compra e estocagem e na distribuição . | 100 |
| Conclusões..... | 110 |
| REFERÊNCIAS..... | 114 |

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como finalidade primordial lançar sobre o tema da judicialização de políticas públicas uma visão mais ampla a respeito desse fenômeno que, sobretudo nos países em desenvolvimento, alcançam números alarmantes. Deve-se ressaltar que o objetivo da análise deste tema, nesta dissertação, não será apenas o de discorrer sobre as consequências dessas ações judiciais para o sistema político e financeiro nacional, mas, a partir de uma apreciação envolvendo os processos de gestão das ações do Estado, buscar uma provável relação entre estes e a própria judicialização.

Buscaremos nos aprofundar na análise da implementação de políticas públicas à luz do modelo Federativo, adotado pelo Brasil, buscando entender as influências que esta forma de Estado exerce sobre os métodos de gestão de políticas públicas e como os processos de escolhas e de manutenção dos gestores deste arranjo institucional podem, ou não, contribuir para o sucesso das ações públicas.

Trabalhar o tema em epígrafe sob a perspectiva da genealogia dos valores, de Michel Foucault, não “negligenciando como inacessíveis todos os episódios da história, *buscando se demorar nas meticulosidades com o fim de ver retiradas as mascarás que escondem suas verdadeiras razões e consequências*”, trazendo para a discussão uma nova abordagem temática, a partir do fenômeno da gestão da coisa pública. FOUCAUT (1979; p. 110). Itálico nosso

Partindo-se desse princípio, a presente pesquisa pretende ir além das meras discussões fáticas e economicistas, trazendo à baila uma visão mais amplificada a respeito de questões ligadas às metodologias utilizadas por agentes políticos na condução do Estado e as suas consequências para os gestores públicos de carreira, analisando, com fundamento em dados empíricos que serão prospectados ao longo da investigação, até que ponto esse embate entre o técnico e o político podem influenciar o aumento da judicialização de políticas públicas.

Avaliar-se-á a judicialização não apenas como um fenômeno histórico relacionado ao neoconstitucionalismo e à força normativa da Constituição, mas

também como uma potencial resposta de um Poder estatal em face da ineficiência de outro (Poder Executivo). Traremos ao debate a importância do entendimento do quanto as escolhas equivocadas, por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, nos processos de gestão da coisa pública, podem estar influenciando essa possível intromissão do Poder Judiciário no andamento das políticas públicas.

Entendendo a judicialização como uma prática nefasta para a estabilização das estruturas estatais, não poderemos renunciar uma análise que seja isenta e pormenorizada desse fenômeno, buscando fazer um paralelo entre as políticas públicas implementadas pelo Estado e os processos judiciais sobre o tema em um mesmo momento. A partir desta análise das ações estatais e os processos judiciais que recaem sobre estas ações em um mesmo tempo e espaço, tentar entender o grau de influência que as falhas na gestão pública podem ter no vertiginoso crescimento do número políticas judicializadas.

Na busca por esclarecer as dúvidas suscitadas pelo estudo do constante aumento nos processos de judicialização das políticas públicas estatais, esta dissertação terá como fonte de dados os sistemas públicos de pesquisa de decisões judiciais dos Tribunais Regionais Federais, com ênfase na 1ª, 2ª e 4ª regiões, além dos Tribunais de Justiça do Rio de Janeiro, do Distrito Federal, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Também será de suma importância a análise dos relatórios gerados pela Controladoria Geral da União nos períodos em que basearemos a pesquisa.

No que tange à gestão pública, a pesquisa conduzir-se-á por uma revisão sistemática de literatura (doutrina e jurisprudência), procurando-se refletir os entendimentos prevalentes no Brasil e no direito internacional, no que couber.

Na tentativa de responder a todas as questões suscitadas pela pesquisa, este trabalho estará dividido em duas grandes partes contendo, cada uma delas, dois capítulos.

Na primeira parte, intitulada de “Os direitos sociais, suas características e a fragilidade de sua garantia no Estado moderno – uma história de lutas, conquistas e retrocessos”, trataremos das questões ligadas à formação do Estado federado brasileiro e as influências desse modelo estatal para as políticas públicas.

Buscaremos, neste momento, analisar o peso que os grupos de influência inseridos nas instituições públicas, ou fora delas, possuem sobre as decisões governamentais em matéria de políticas públicas. Caberá ainda, nesta primeira parte, esclarecer questões importantes sobre os processos de gestão das políticas públicas no Brasil, buscando, antes de mais nada, uma análise desse tema com um enfoque mais voltado para os objetivos desta pesquisa.

Na segunda parte, sob o título “A ineficiência do Estado no controle dos recursos e das políticas públicas. Quando os recursos são escassos, a boa gestão é imprescindível”, buscaremos fazer uma análise dos erros da gestão pública e dos processos de judicialização de políticas públicas em momentos simétricos, buscando mostrar que, em muitos casos, não é a omissão do Estado na implementação dos direitos sociais que incentiva as ações judiciais por parte dos cidadãos, pois as políticas públicas existem, contudo, estão tão mal geridas que parecem não existir.

Concluindo-se a pesquisa, buscaremos trazer algumas sugestões que tenham como objetivo conscientizar governantes e governados da importância de se dar maior atenção aos processos de gestão e fiscalização de políticas públicas, além de incentivar a sociedade brasileira trabalhar incessantemente pela profissionalização cada vez maior dos gestores públicos em todas esferas de poder.

PRIMEIRA PARTE

Os direitos sociais, suas características e a fragilidade de sua garantia no Estado moderno – uma história de lutas, conquistas e retrocessos

Capítulo I

1. Os direitos fundamentais sociais e sua defesa frente a grupos de interesse e de pressão

As garantias dos direitos sociais, fundamentais à preservação da dignidade da pessoa humana, sempre foram sustentadas por seus históricos de lutas e de oposição aos ideais totalitários dos Estados liberais. Nestes Estados, que, em tese, regem-se por preceitos democráticos e pelos princípios do Direito Público, os direitos sociais são alvos constantes de questionamentos, por, supostamente, defenderem a minorias em detrimento das vontades de certos grupos de maiorias econômicas e políticas.

Fato é que, os direitos fundamentais e, dentre eles os sociais, nasceram da necessidade de se proteger a dignidade de grupos marginalizados que, por sua situação de fragilidade e incapacidade de reação contra os desejos das maiorias estabelecidas pelo poder econômico, social, cultural ou político, viam-se aliadas das mínimas garantias para uma sobrevivência digna. MENDES *et al* (2012, p 710), ao falar sobre esses direitos, nos ensinam que “os direitos ditos sociais são concebidos como instrumentos destinados à efetiva redução e/ou supressão de desigualdades, segundo a regra de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.”

Nesse sentido, é possível afirmar que é com base nas histórias de lutas contra as desigualdades dessas categorias de desprivilegiados, sempre crescentes nas sociedades modernas que o século XIX, sobretudo com o advento da Revolução Industrial, caracterizou-se como um período historicamente paradigmático para os direitos sociais, trazendo para o campo prático os ideais humanistas dos intelectuais daquele século, por intermédio dos movimentos de trabalhadores afetados pelos

avanços tecnológicos e pelo aumento da exploração da mão de obra cada vez mais desvalorizada.

Contudo, é preciso que se diga que embora o século XIX seja, reconhecidamente, o período de maior fortalecimento dos princípios de proteção social, é somente a partir do século XX que começam a surgir as legislações que retiram esses direitos do campo das abstrações, elevando-os ao patamar de verdadeiras garantias legais, fato visível nas constituições Mexicana de 1917 e de Weimar em 1919, além da Declaração dos Direitos do Homem em 1948.

Evidentemente, poderíamos falar de direitos sociais em períodos muito anteriores aos já citados, contudo o objetivo aqui não é fazer um esboço histórico dos direitos sociais e, sim, trazer à discussão o momento em que esses direitos deixam de ser um benefício, dado pelo Estado aos seus dependentes, e passa a ser um salvo conduto contra os excessos dos entes estatais e de seus grupos de interesses. A esse respeito Sarlet nos explica que:

Estes direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, na Constituição Brasileira de 1824 e na Constituição Alemã de 1849 (que não chegou a entrar efetivamente em vigor, caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa. É, contudo, no século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem objetos de diversos pactos internacionais. (SARLET, 2010, p. 47-48)

Embora os direitos sociais possuam seus primeiros relatos na Bíblia cristã, há milhares de anos, para fins desta pesquisa iremos nos ater aos seus registros mais contemporâneos, buscando analisar os seus avanços nos movimentos constitucionalistas dos pós-Segunda Guerra Mundial, quando os textos legislativos magnos das sociedades modernas começam a alavancar esses direitos à estatura de verdadeiras proteções dos mais fracos frente aos poderes do Estado e de seus grupos de interesses.

Nesse sentido, é importante que entendamos que, embora os Estados de Direito tendam a ser, também, Estados Democráticos, não podem essas democracias, validadas pela vontade das majorias, servirem de fundamento para perpetrar um

sistema de opressões que nega os mais básicos direitos às suas classes menos favorecidas sob a alegação de que a vontade estabelecida pela regra da maior representatividade deve prevalecer, mesmo parecendo ser este o princípio mais basilar de uma democracia. É preciso salientar que um sistema onde as maiorias sempre estabelecem a sua vontade, em nada coaduna com o conceito mais puro de Estado de Direito no qual os poderes públicos precisam se firmar como verdadeiros estandartes da garantia do respeito aos direitos fundamentais sociais de suas minorias. Nesse sentido, Novais (2006), nos ensina que:

É precisamente quando se sustenta uma posição que não tem apoio da maioria ou, mais ainda, que é impopular aos olhos da maioria ou merece a sua rejeição activa e até violenta, que os direitos fundamentais são verdadeiramente úteis e o conceito de Estado de Direito revela a mais-valia, a força e a autonomia relativamente ao conceito de democracia. (NOVAIS, 2006, p. 34)

Desta forma, é preciso imaginar que em um Estado de Direito, e, garantidor de direitos às suas minorias, a própria ideia de interesse público está sujeita à constantes revisões quando confrontada com a proteção dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana. Fato é que, as maiorias, sejam elas determinadas por representação política, econômica ou social, em tese, sequer precisariam da garantia de direitos fundamentais, pois mais do que isso, sua proteção vem do próprio poder de imposição de suas decisões.

Portanto, nas sociedades modernas, o Estado de Direito deve caracterizar-se, principalmente, pela garantia de igualdade àqueles que não possuem outra fonte protetora, além da força da lei, frente aos inúmeros grupos de interesses e grupos de pressão que se instalam nos poderes do Estado.

Ao falar de grupos, necessário se faz discorrermos, ainda que de forma breve, sobre a formação do Congresso Nacional Brasileiro, na atual legislatura, tendo em vista ser ele bom exemplo da formação dessas coligações de pessoas ou instituições que estabelecem maiorias nas representações legislativas e em outros setores da administração pública, no caso do Poder Legislativo, através da formação de bancadas temáticas para influenciarem a produção normativa e a regulação das políticas públicas governamentais. Atualmente, o Congresso Nacional Brasileiro possui várias dessas bancadas, sendo as mais expressivas as Bancadas Ruralista, a Evangélica, a Bancada da Bala e o Centrão.

Deve-se ressaltar que esses grupos representativos, no atual modelo político brasileiro, acabam por ter total influência na formação das agendas governamentais, possuindo um papel determinante na formação das políticas públicas do Estado, sendo uma ameaça constante aos direitos de minorias, sobretudo quando a garantia do direito destas classes menos favorecidas, coloca-se como uma ameaça às aspirações dessas bancadas.

Ao discorrer sobre a questão dos grupos de pressão e de interesse é de suma importância que entendamos que esses aglomerados, embora parecem iguais, possuem diferenças básicas que estão diretamente ligadas às suas áreas ou formas de atuação. Ao discorrer sobre esse assunto (MEYER, 2008), nos explica que:

Formam um grupo de interesse pessoas que compartilham das mesmas idéias e interesses, buscando assim um objetivo comum. Porém, não necessariamente irão usar de um comportamento tático, estratégico e planejado para influenciar diretamente o Poder Público. Os grupos de interesse ligam pessoas com determinadas filosofias e aspirações, mas que podem permanecer em um estado de inércia, sem nunca adotar uma postura de pressão política. Atitude essa clara dos grupos de pressão, que adotam uma postura direta de influência e pressão sobre as autoridades públicas, principalmente na esfera dos Poderes Executivo e Legislativo. (MEYER, 2008, p. 16)

A partir da definição dada por Meyer (2008), é possível inferir que os grupos de interesse não devem ser demonizados, pois nos sistemas democráticos é a partir da formação desses grupos, sejam eles de interesse ou de pressão, que muitos temas de extrema importância para a garantia dos direitos fundamentais e sociais são inseridos ou retirados da agenda pública. Fato é que os Poderes Legislativo e Executivo tendem a estar mais sensíveis às pressões desses grupos, tendo vista a grande influência que essas aglomerações podem ter nos processos eleitorais.

É de suma importância que entendamos, no entanto, que, embora as casas legislativas sejam o lugar onde esses grupos de interesses ou de pressão são vistos com maior frequência, eles não se confundem com a representação dos partidos políticos que, nos dizeres de Meyer (2008):

[...] os grupos de interesse, incluído os grupos de pressão, se diferem dos partidos políticos, na medida em que os primeiros almejam uma pretensão cumprida, já os partidos políticos visam alcançar o poder para implantarem as suas políticas de governo. É válido frisar também que a pretensão dos grupos de interesse é efêmera se comparada a dos partidos políticos, cujo objetivo político é permanente. Os partidos políticos são fortes instrumentos

de pressão, mas não se confundem com os grupos de pressão. (MEYER, 2008, p. 19)

Continuando em sua lição Meyer (2008), nos ensina que os partidos políticos buscam mudanças estruturais da sociedade e possuem como finalidade primordial a conquista do poder. O objetivo maior dessas agremiações políticas é a conquista permanente do poder, diferentemente dos grupos de pressão que tem objetivos mais pontuais e passageiros.

A questão da “imutabilidade” dos objetivos dos partidos políticos, e aqui teço minha opinião, possui grandes chances de ser um dos maiores motivos para a formação de blocos parlamentares, já que estes, sim, possuem objetivos pontuais e exercem pressão no sentido de alcançá-los, perdendo a sua finalidade quando conseguem galgar o objeto de suas pressões.

Um bom exemplo desses grupos ou bancadas é a Frente Parlamentar da Segurança Pública, mais conhecida como bancada da bala, que antes da legislatura iniciada em 2014 possuía menos de 100 parlamentares e após 2014 passou a congregar 287 deputados, vindo a possuir 308 deputados na última legislatura, iniciada em 2018. Se analisarmos as legislações referentes à liberação de compra e porte de armas no Brasil nos anos veremos que o número de leis aprovadas e de projetos de leis sobre o tema, tiveram um aumento exponencial.

Outra bancada bastante atuante no Congresso Nacional Brasileiro após a legislatura de 2018 foi a Frente Parlamentar Evangélica, mais conhecida como Bancada Evangélica, que conta com a assinatura de 199 deputados e 4 senadores, em sua grande maioria pertencentes à Igreja Assembleia de Deus. Em decorrência da força dessa bancada, leis referentes a questões LGBT, aborto, dentre outras que tratem da abertura de temas conservadores, têm muitas dificuldades de tramitação e aprovação no Congresso Brasileiro.

Nesse sentido, essas bancadas tornam-se grupos de pressão quando se unem para fomentar a implementação de uma política pública ou para barrar a sua implementação, dando voz a grupos externos com poderes econômicos e/ou em número de eleitores, fazendo com que os direitos de certas minorias sejam cada vez

mais mitigados frente ao poder de pressão dessas maiorias bem representadas, o que torna a garantia dos direitos fundamentais ainda mais necessária.

Corroborando com esse entendimento, NOVAIS (2006, p. 35), leciona que “as posições maioritárias, ou que merecem o apoio da maioria dos cidadãos, não precisam dos direitos fundamentais para nada; a força do número, o apoio maioritário é-lhes suficiente” bastando para essas maiorias que os pilares de sustentação das decisões democráticas estejam bem firmados e garantidos, ou seja, a maioria sempre vence.

Desta feita, deve-se entender que o Estado de Direito não é uma criação para garantir as liberalidades democráticas daqueles que detêm o poder. Deve se ter em mente que o advento desta forma de Estado, juntamente com o crescimento do constitucionalismo moderno, teve como objetivo primordial a instituição de um poder moderador dos excessos nas liberdades de certas maiorias, sobretudo, quando elas se opõem às garantias fundamentais da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Novais nos ensina que:

Mesmo que a maioria conjuntural que sustenta o Governo ou que forma uma maioria parlamentar considere que o interesse público só é realizável através da compressão ou supressão da autonomia de liberdade individuais, a área de liberdade que disponha da armadura ou esteja trunfada pela garantia que lhe é conferida por um direito fundamental não cede, ou seja, a regra da maioria não quebra, por si só, o princípio de Estado de Direito. (NOVAIS, 2006, p. 33)

É preciso entender, no entanto, que, mesmo sendo os direitos fundamentais a externalização mais precisa da dignidade da pessoa humana, haverá situações em que esses direitos terão que sofrer certas restrições e, é exatamente no terreno escorregadio dessas exceções que os cuidados precisam ser redobrados, pois é muito comum percebermos, nas sociedades liberais modernas, um sentimento de inimizado entre as estruturas de poder inseridas no Estado e a garantia dos direitos fundamentais.

A grande questão que se esconde na ruptura da relação entre estas estruturas sociais e os direitos fundamentais é que estes últimos possuem um custo financeiro, via de regra, muito elevado e o seu retorno político nem sempre é proporcional ao seu valor monetário. Esta diferença entre o gasto financeiro e o retorno político nos

Estados Democráticos de Direito, onde os governantes precisam ser avaliados pelo sufrágio de tempos em tempos, perfaz-se em verdadeira “pedra no sapato” das classes políticas encarregadas das decisões em matéria de políticas públicas. No entanto, esta questão não figura, ou não deveria figurar, no rol das razões para se avaliar a restrição de direitos fundamentais, embora seja prática comum no *mitiê* político dos Estados marcados pelo liberalismo econômico.

É justamente neste contexto de contraposição aos anseios liberais de restrições de direitos fundamentais que, em contraposição ao pensamento economicista liberal, os movimentos constitucionalistas dos séculos XIX e XX, buscaram positivar as garantias sociais tornando-as cláusulas obrigatórias e, em muitos casos, até imutáveis, dando-lhes um caráter de verdadeiros “trunfos” para aqueles que delas necessitam, diminuindo, assim, o poder que certos grupos sociais possuíam no cerceamento dessas garantias. Nos dizeres de Novais:

[...] por mais que a maioria considere que a sociedade ganharia com a introdução de algumas exceções a essas garantias, mesmo que pontuais, e ainda que a maioria da população apoie ou reclame abertamente essas soluções a natureza de trunfo da garantia constitucional impede absolutamente a realização dos desígnios da maioria. (NOVAIS, 2006, p. 36)

Deve-se ter em mente, no entanto, que, assim como os próprios direitos fundamentais não possuem o caráter de normas de aplicabilidade absoluta, não pode a regra que garante o uso desses direitos como trunfo para fazer frente ao desrespeito à dignidade da pessoa humana, apropriar-se desse mesmo caráter absolutista. Ora, sendo os direitos fundamentais e os próprios institutos que os garantem passíveis de moderação, a grande questão que precisa ser discutida não é se eles podem ou não ser relativizados, mas, sim, quando e sob quais justificativas essas restrições serão possíveis.

Canotilho (2003), ao lecionar sobre a restrição a direitos fundamentais, expõe que no caso específico do direito constitucional português, não existe uma autorização geral que dê aos poderes constituídos daquele país a possibilidade de restringir direitos fora dos limites já editados pelo próprio legislador originário. Nesse sentido, o próprio Canotilho nos ensina que:

Há três universos de restrições de direitos recortados por actos normativos com valor de lei: (1) restrições feitas diretamente pela Constituição; (2) restrições feitas pela lei, mas expressamente autorizadas pela Constituição;

(3) restrições operadas através de lei, mas sem autorização expressa da Constituição. (CANOTILHO, 2003, p. 450)

Para o legislador português, admitir uma estrutura de restrições a direitos fundamentais não positivada no texto constitucional poderia, com o tempo e a ação de grupos com poderes de transformação política, acabar por impor as regras de restrição a esses direitos por meio de textos supraconstitucionais, jamais pensadas pelo legislador originário. Nesse sentido, Novais (2006), ao discorrer sobre sua preocupação com as influências dos sistemas eleitorais sobre o Poder Legislativo nos explica que:

Em democracia, a hipótese de uma medida restritiva ou da igualdade ser eleitoralmente compensadora constitui um fator de suspeição e, como tal, deve merecer da parte do poder judicial, à luz da ideia dos direitos fundamentais como trunfos, a utilização de uma malha de controlo especialmente fina e exigente. (NOVAIS, 2006, p. 67)

Da afirmação de Novais, pode-se inferir que, embora para ele, caiba ao Poder Judiciário a apreciação e a criação dos institutos que visam a restrição de direitos fundamentais, posto ser essa a sua função precípua, tal análise não pode estar estabelecida pelo caráter da exclusividade, pois, se assim o fosse, todos os Poderes do Estado serviriam, apenas, para referendar a vontade de uma maioria bem representada.

Evidentemente, não nos parece que Novais estivesse fazendo, com sua declaração, uma defesa de capacidades irrestritas dadas ao Poder Judiciário para decidir questões que versem sobre direitos fundamentais sem qualquer critério pré-estabelecido, contudo não se pode imaginar que tal controle seria efetivo se estivesse totalmente vinculado à vontade legislativa, via de regra, influenciada por maiorias com interesses próprios e adversos aos direitos de certas minorias.

É preciso entender que quando os direitos fundamentais são alçados à categoria de princípios garantidores da dignidade da pessoa humana, estejam eles insculpidos ou não nos textos constitucionais, estes direitos são automaticamente dotados de uma juridicidade que extrapola o próprio direito pátrio positivado, dada a sua abrangência no direito internacional e nos Tratados em que o próprio país faz-se signatário.

Outra questão que precisa ser entendida na defesa judicial dos direitos sociais é a de que em razão da própria complexidade dos direitos fundamentais, o legislador

originário ao positivá-los no texto constitucional o fez, em regra, dando a estes a forma de princípios, sem grandes pormenorizações, deixando-os como normas abertas, dando margem às suas mais variadas interpretações, fato este que pode gerar sérias confusões a respeito dos limites da discricionariedade dos gestores incumbidos de materializá-los na forma de políticas públicas.

De fato, essa impossibilidade do legislador originário de se ater aos detalhes dos direitos fundamentais constitucionais acabou por trazer certa insegurança jurídica na definição do seu verdadeiro conteúdo e alcance, contudo, essas questões, na visão de Novais (2006), são apenas um pano de fundo para o real motivo dos conflitos envolvendo direitos fundamentais que:

Na realidade o problema real dos direitos fundamentais, aquilo que dá corpo ao desacordo na vida jurídica e que apela, ..., à intervenção da jurisdição constitucional, não é verdadeiramente o problema do conteúdo e alcance dos direitos; quando muito essa será a questão que divide as teorias da justiça ou as teorias de direitos em competição. O desacordo tem sido remetido para um outro domínio e é aí que se coloca, de fato, o problema da sua arbitragem institucional, não tanto quanto a identificação do conteúdo dos direitos, não mesmo quanto à interpretação das normas constitucionais – embora essas questões estejam sempre de algum modo presentes – mas, sim sobretudo e decisivamente, no que respeita à realização prática, à concretização ou à proteção e promoção dos direitos fundamentais num mundo em que essa aspiração ou vocação de realização principal choca inevitavelmente com as necessidades de igual realização e concretização de outros princípios, bens e interesses que, nas circunstâncias de um caso concreto, real ou juridicamente antecipado, se orientam num sentido contrário. (NOVAIS, 2006, p. 45-46)

Inferre-se do citado texto que o núcleo de defesa dos direitos fundamentais está muito além da discussão do alcance jurídico das normas que os estabelecem. Para o citado autor as divergências suscitadas na realização dos direitos fundamentais são uma consequência do confronto destes direitos com a necessidade de realização de outras prioridades governamentais e, é precisamente neste ponto, que os direitos fundamentais necessitam de um interlocutor que consiga colocar-se neutro diante das pressões dos grupos de interesses identificados na disputa.

É preciso considerar que em uma democracia, a maioria está garantida por seu próprio poder, contudo, não se pode dizer o mesmo em relação aos grupos minoritários que necessitam da realização dos direitos fundamentais para a manutenção de uma sobrevivência digna. Ressalte-se ainda que essas garantias, sobretudo nos momentos de crise política e econômica, podem estar na contramão

dos anseios majoritários da sociedade, e, nesse sentido, a defesa desses direitos pelos Poderes Legislativo e Executivo que na concepção de (BARROSO, 2017, p. 247), “são responsivos à vontade imediata do povo expressa periodicamente nas urnas”, torna-se totalmente prejudicada.

Seguindo essa linha de raciocínio, o próprio movimento constitucionalista do século XX, entendendo as limitações dos Poderes Legislativo e Executivo, traz consigo a construção das cortes constitucionais que, em última análise, seriam as responsáveis pela proteção daqueles que, por vezes, se veriam privados do mínimo para uma existência digna. A esse respeito, oportuna se faz a lição de (BARROSO, 2017, p. 393) que nos ensina que “o aceso dos diferentes grupos presentes na sociedade à jurisdição constitucional – especialmente dos excluídos – é essencial para que ela possa se converter num campo de efetiva concretização dos direitos fundamentais”.

Em que pese, o acesso à justiça no Brasil ter avançado muito nos últimos anos, no que diz respeito à justiça constitucional propriamente dita, o país está longe de caracterizar-se como modelo, já que o acesso ao Tribunal Constitucional pátrio só pode ser feito por um número pequeno de entidades representativas. Ocorre, no entanto, que pelo sistema misto de controle de constitucionalidade, adotado no país, esse acesso acaba por se viabilizar, no caso concreto, por intermédio da justiça comum.

Uma das discussões mais frequentes a respeito do acesso à justiça para a garantia de direitos fundamentais sociais repousa sobre a alegação de que, por serem esses direitos uma responsabilidade dos Poderes Legislativo e Executivo, por intermédio da implementação de políticas públicas, a atuação do Poder Judiciário poderia configurar uma intromissão deste Poder em assuntos para os quais ele não estaria qualificado.

Deve-se imaginar que, em se tratando de implementação de políticas, a intrusão do Poder Judiciário nesta seara sempre será vista com certa desconfiança, posto não ser a política a sua esfera precípua de atuação e, portanto, restar dúvidas sobre a sua competência para decidir sobre essas questões, e, mais ainda, será muito comum questionar-se sobre que bases se fundamentam essas decisões. A que se considerar,

no entanto, que as bases do direito moderno estão cada vez mais pautadas em métodos empíricos de pesquisa, o que tornam as decisões judiciais menos baseadas em posicionamentos pessoais e mais na experimentação científica. A esse respeito Douglas Marin, nos explica que:

A aproximação do direito e os métodos empíricos de pesquisa vislumbra o direito como realidade social – daí sua repercussão hodierna -, sob uma perspectiva despida de pretensões ideológicas que estabelece a fenomenologia jurídica e seus instrumentos como objeto de investigação. As teorias e hipóteses jurídicas, portanto, são testadas e refutadas (ou corroboradas), sempre permitindo uma maior aproximação em direção à verdade Possível. (SANTOS, 2014, p. 98)

É fato que em um Estado tão grande e tão cheio de necessidades como o Estado brasileiro, os gestores terão que fazer escolhas que nem sempre agradarão a todos os setores da sociedade. Ocorre que, como foi citado neste trabalho, os Poderes Legislativo e Executivo, poderes que tem a atribuição de criar e executar políticas públicas, são, como citou Barroso (2017), “responsivos” às vontades expressas pelas urnas o que pode leva-los a cometerem equívocos e injustiças em suas escolhas.

Portanto, é preciso imaginar que as regras do empirismo devem ser recebidas e aplicadas não só por aqueles que operam, mas, também, por aqueles encarregados de trazer à existência fática as agendas políticas na forma de ações do Estado. Deve-se ressaltar que quanto mais estes últimos se adequarem ao cientificismo e à experimentação, menos o Poder Judiciário necessitará ser chamado a corrigir políticas públicas. Continuando sua lição a respeito da aplicação do empirismo ao direito e à política Santos (2014), nos ensina que:

As escolas empíricas do direito possuem um duplo grau de repercussão: i por um lado, familiarizam o operador do direito com o método científico (teorias probabilísticas, controles, acompanhamento de intervenções, cointervenções e variáveis, etc.), incrementando o seu conhecimento em favor de uma valoração crítica e racional da prova científica, da qual não pode o julgador abdicar (TRUFFO, 200p. 244-245); ii. de outro lado, formam uma rede de estudos e avaliações empíricas que darão substrato (diga-se maior segurança probabilística) a decisões políticas, baseadas no binômio avaliação-monitoramento: desenvolvimento, alterações, ajustes, supressão, criação ou revogação de políticas públicas e/ou regras legislativas. (SANTOS, 2014, p. 99)

Hodiernamente, tem sido notório o esforço dos poderes constituídos do Estado na busca por essa experiência empírica nos seus mais diversos setores e temas. Essa busca pelo cientificismo por parte das instituições pode ser facilmente vista quando

analisamos o crescimento e a valoração das escolas de governo e de uma maior preocupação por parte dos gestores públicos com a implementação de processos de qualificação de servidores públicos. Em que pese, ainda estarmos no começo dessa transição para o campo da experimentação, tal mudança já produz seus frutos no tratamento da coisa pública, e, também, na forma como tratamos a temática dos direitos fundamentais sociais no país.

O processo de constitucionalização dos direitos fundamentais no Brasil, trouxe para o texto constitucional uma gama de direitos que, por vezes, parecem estar bem além daquilo que o próprio Estado é capaz de garantir. Esse fato, torna o empirismo científico ainda mais necessário para o Estado-Juiz e para os operadores de políticas públicas, pois haverá momentos em que serão necessárias escolhas, posto não ser possível ao Estado, em dados momentos, a garantia de todos os direitos inscritos no texto constitucional e, portanto, as alternativas devem ser sopesadas por métodos que lhes garantam a aproximação com a verdade e a justiça.

De fato, não há que se falar em direitos fundamentais absolutos, contudo é de extrema necessidade que entendamos que, mesmo diante da relatividade na aplicação desses direitos haverá a necessidade de se garantir aos que se sintam alijados das decisões públicas uma alternativa para a busca de correções a possíveis excessos ou equívocos por parte do Estado e essa garantia esconde-se, justamente, na jurisdição que também deve estar pautada pelo empirismo. A esse respeito, Novais (2006), esclarece que:

Qualquer direito fundamental cede, e deve ceder, quando nas circunstâncias do caso concreto há um outro valor, bem ou princípios que apresenta maior peso que o interesse jusfundamental. Cabe então a jurisdição constitucional assegurar a força de resistência dos direitos fundamentais, verificando quando o peso de um interesse digno de proteção é suficientemente forte para justificar, à luz dos princípios constitucionais a cedência do direito fundamental ou quando, pelo contrário, a invocação de uma razão de interesse público apenas esconde o desígnio de imposição da mundividência particular dos detentores do poder em atropelo ao sentido dos direitos fundamentais enquanto trunfos contra a decisão da maioria. (NOVAIS, 2006, p. 58-59)

Portanto a garantia jurisdicional é condição *sine qua non* para a defesa dos direitos fundamentais sociais frente às imposições de certos grupos de interesse e depressão que se instalam no poder, em muitos casos, passando do status de grupos externos para o status de verdadeiros membros dos governos sobre os quais exercem

influência. Portanto, só resta ao cidadão comum, a busca de um poder que se ponha em uma posição de árbitro e que, a partir de uma análise científica e isenta dos fatos possa trazer à luz uma decisão que se aproxime ao máximo da verdade real.

Nesse sentido, e sob uma análise empírica do Direito, Novais (2006, p. 54), ao abordar a questão da pretensa invasão do Poder Judiciário na competência de outros Poderes quando decide sobre políticas públicas, nos explica que essa ideia “erra o alvo, uma vez que confunde a questão de fundo (quais os bens podem justificar a cedência de um direito fundamental) com o plano competencial (a quem cabe determinar a sua prevalência) ”.

Para o autor, quando o Poder Judiciário decide sobre um direito fundamental judicializado sua análise, em tese, se remete ao direito questionado e ao peso dos argumentos utilizados para fundamentar a sua negativa. Portanto, é ao direito, e não a quem tem o poder de restringi-lo, que se remete a deliberação do Poder Judiciário, e esse é um dos requisitos que precisam estar muito bem fundamentados na decisão judicial.

Diante de todo o exposto, parece-nos claro que o Poder Judiciário se caracteriza como peça basilar na defesa dos direitos fundamentais e na proteção do Estado de Direito contra as investidas de grupos de interesses que possuem o poder de, em determinados momentos históricos das sociedades modernas, determinar o que o Estado deve ou não garantir às suas minorias.

A força exercida sobre os Poderes Legislativo e Executivo por grupos de interesses, não podem, sob a alegação de princípios econômicos ou meramente pela constituição de uma maioria, se estabelecerem como verdadeiros entraves aos direitos sociais de certas minorias, independentemente da posição que ocupem em relação a esses próprios Poderes. Em que pese esses grupos não serem ilegais nos regimes democráticos, é preciso que o Poder Judiciário esteja sempre atento para coibir os excessos desses entes.

Portanto, em que pese os grupos de interesses ou de pressão serem uma garantia democrática, evidentemente, dentro dos limites da lei, é preciso que se entenda que suas ingerências não podem se contrapor à garantia do mínimo existencial, nem mesmo sob a vaga alegação de uma pretensa escassez de recursos,

excetuando-se os casos em que essa escassez se mostrar real e não apenas ficta ou jurídica, assunto que abordaremos no próximo tema.

1.1 Jurisdição, direitos fundamentais e a sua garantia sob a perspectiva dos cofres cheios

Corolário dos Estados Democráticos de Direito, os direitos fundamentais possuem um histórico de muitas lutas com muitos altos e baixos, sobretudo, nos países em desenvolvimento da América Latina. Parece bem comum que, nas sociedades economicamente emergentes, a garantia dos direitos fundamentais sociais esteja colocada em uma operação matemática onde a sua efetivação se manifesta inversamente proporcional ao crescimento e à estabilidade econômica.

Segundo relatório do Programa das Nações Unidas Para o Desenvolvimento – PNUD, do ano de 2004, sob o título, “A democracia na América Latina”, a proporção de latino-americanos dispostos a trocar um governo democrático e, em tese, garantidor de direitos fundamentais pelo progresso econômico era de 54,7%. (PNUD 2004, p. 33)

A grande contradição nos números mostrados na pesquisa do PNUD, e que parece passar despercebido por essas sociedades, é que o desejo pelo desenvolvimento econômico nesses países emergentes tem como objetivo final a garantia dos mesmos direitos que se perderiam com a implementação de governos totalitários, a saber, os direitos de liberdade e os direitos sociais. Nesse sentido, é preciso entender que a garantia dos direitos é condição sem a qual “a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida” DALLARI (1998; p. 7).

Nunes Junior, corroborando a grandeza e a abrangência desses direitos nos ensina que ao:

[...] conceituar direitos fundamentais como o sistema aberto de princípios e regras que, ora conferindo direitos subjetivos a seus destinatários, ora conformando a forma de ser e atuar dos Estados que os reconhece, tem por objetivo a proteção do ser humano em suas diversas dimensões, a saber: em

sua liberdade (direitos e garantias individuais), em suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e em relação à sua preservação (solidariedade). NUNES JUNIOR (2009; p. 15)

Extraí-se, do texto em epígrafe, que a proteção a que se propõem os direitos fundamentais não é mitigável perante as necessidades e funções do Estado, que devem se conformar à manutenção e proteção desses direitos. Infere-se da aceção do citado autor que cabe ao Estado buscar, por intermédio de suas instituições e de seus institutos jurídicos, cumprir com as obrigações advindas do reconhecimento desses direitos.

Ao estabelecer os direitos fundamentais como um “sistema aberto de princípios e regras”, insere-se nesse conjunto normativo todos os institutos legais que têm como objetivo final a busca da igualdade e da dignidade da pessoa humana e, a partir dessa perspectiva pode-se dizer que os direitos sociais são um:

[...] subsistema dos direitos fundamentais que, reconhecendo a existência de um segmento social economicamente vulnerável, busca, quer por meio da atribuição de direitos prestacionais, quer pela normatização e regulação das relações econômicas, ou ainda pela criação de instrumentos assecuratórios de tais direitos, atribuir a todos benefícios da vida em sociedade. NUNES JUNIOR (2009; p. 70)

Em que pese os direitos fundamentais sociais serem tratados por parte da doutrina como normas programáticas, logo, dependentes de uma ação dos poderes públicos para a sua efetividade, Nunes Junior preleciona que “ao se pensar em normas definidoras de direitos sociais, especialmente aquelas predispostas à fixação de programas tarefas para o Poder Público, não pode o interprete se afastar do ponto inicial, qual seja, que tais normas foram incorporadas à Constituição segundo um propósito maior: o de formatação de um Estado Democrático Social de Direito”. (NUNES JUNIOR, 2009, p. 107)

J. J. Canotilho, ao explicar os modelos de posituação dos direitos fundamentais sociais, aponta-nos quatro “possibilidades de conformação jurídica” para essas normas. A primeira delas é a sua conformação como normas programáticas, que na visão do autor seriam “princípios definidores dos fins do Estado”. A segunda forma de conformação seria a criação desses direitos como normas de organização que, em apertada síntese, consistiria em institutos que imporiam ao legislador a obrigação de dar efetividade aos direitos sociais. Além das duas possibilidades já expostas, essas

normas também poderiam ter um caráter de garantias institucionais ou se materializariam como verdadeiros direitos subjetivos.

Destaque-se, no entanto, que independentemente da conformação a que se queira dar, para Canotilho, esses direitos jamais perdem o seu caráter de obrigatoriedade de garantia por parte do Estado. (CANOTILHO, 2003, p. 474-476)

Embora na doutrina brasileira seja possível encontrar a defesa de todas essas formas de conformação para os mais diversos direitos sociais, ao concluir sua explanação a respeito das dimensões dessas normas, o mesmo CANOTILHO (2003; p. 477), nos ensina que “ao contrário do que geralmente se afirma, um direito econômico, social e cultural não se dissolve numa mera norma programática ou numa imposição constitucional”.

É preciso que se entenda, no entanto, que a imediata eficácia jurídica das normas constitucionais de direitos fundamentais, nem sempre terão a sua efetividade sentida no campo fático com a mesma eficiência com que se pode senti-la no campo jurídico. Diante desse fator, é preciso entender que ao Estado cabe o dever de garantir aos seus cidadãos alternativas que lhes preservem o mínimo existencial sempre que o mundo fático não for capaz de acompanhar o jurídico, inclusive garantindo ao seu povo o direito à jurisdição para a proteção de seus direitos fundamentais, como última forma de contenção dos abusos e omissões estatais. Nesse sentido, Machado nos mostra que:

Seja como for, certo é que a efetividade dos direitos e garantias fundamentais depende, sobretudo, do direito à jurisdição; ou mais exatamente, depende da efetividade da jurisdição. Por isso mesmo podemos dizer que o direito a jurisdição pode ser considerado o direito de ter direito; ou se preferirmos dizer que a jurisdição é uma garantia, diremos que ela é garantia das garantias. Se o Estado não estiver adequadamente aparelhado para prestar uma jurisdição efetiva, tudo ficará reduzido a peça retórica. MACHADO (2009; p. 37)

Na linha do que declara Machado, a análise da autoaplicabilidade dos direitos sociais, sobretudo aqueles insculpidos nos textos constitucionais, adquirem contornos cada vez mais complicados, tendo em vista que muitos deles, ainda que entendidos como autoaplicáveis, carecem de escolhas e vontades políticas para alcançarem sua efetividade.

Ressalte-se que o abismo entre a eficácia da norma e sua efetividade no mundo fático, geralmente causado pelas dificuldades econômicas ou pelos processos de escolha dos gestores públicos, não pode configurar-se como barreira intransponível a fruição do mínimo existencial. Em que pese ser dada ao Estado certa discricionariedade na escolha de suas políticas públicas, Nunes Junior nos ensina que:

Pensando no ser humano como único ser dotado de um valor absoluto, não-relativo, a teoria do mínimo vital impõe a preservação material do ser humano, assegurando-lhe condições mínimas para a preservação da vida e para a integração na sociedade, como uma questão prejudicial às políticas públicas a serem desenvolvidas pela governança estatal. Veicula, a bem do rigor, uma espécie de comando implícito, determinando que outras ações só sejam realizadas uma vez satisfeitas as necessidades básicas de todas as pessoas que estejam integradas no elemento subjetivo daquele determinado Estado. NUNES JUNIOR (2009; p. 70)

Corroborando com o pensamento supracitado, CANOTILHO (2000; p. 34), disserta que “no caso do não cumprimento dessas normas, por inércia do Estado, quer pela falta de medidas e produção de políticas públicas, quer pela sua insuficiência ou inadequação, traduz-se igualmente numa infração da Constituição: inconstitucionalidade por omissão”. Percebe-se do deslinde de Canotilho que embora o Estado possa agir com certa discricionariedade esta margem não se coloca no campo do fazer ou não fazer, mas, apenas, do modo e da oportunidade.

Avançando em sua dilucidação, Canotilho, nos chama a atenção para o fato de que o não cumprimento das normas constitucionais referentes aos direitos sociais, sem que haja um aparente esforço por parte do Estado para - no mínimo - providenciar-lhes um meio substitutivo, configurara verdadeira quebra do princípio do não retrocesso social que, na sua concepção:

[...] pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efectivado através de medidas legislativas (“lei de segurança social”, “lei do subsidio de desemprego”, “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na pratica numa “anulação” ou “aniquilação” pura simples desse núcleo essencial já realizado. CANOTILHO (2003; p. 339-340)

Ainda nessa linha de pensamento, CANOTILHO (2003, p. 482) argumenta que “as tarefas constitucionalmente impostas ao Estado para a concretização destes direitos devem traduzir-se na edição de medidas concretas e determinadas e não em

promessas vagas e abstractas”, cabendo ao gestor cumprir sua tarefa de tornar efetiva a imediata aplicação dos direitos fundamentais, ainda que de forma substitutiva.

Em conformidade com a lição de Canotilho, SARLET (2008; p. 285), esclarece que “o Constituinte de 1988, além de ter consagrado expressamente uma grande gama de direitos fundamentais sociais, considerou todos esses direitos como normas de aplicabilidade imediata”. Em continuidade à sua lição sobre a imediata aplicabilidade desses direitos, Sarlet salienta que:

Além disso, já se verificou que boa parte dos direitos fundamentais sociais (as assim denominadas liberdades sociais) se enquadra, por sua estrutura normativa e por sua função, no grupo dos direitos de defesa, razão pela qual não existem maiores problemas em considera-los normas auto-aplicáveis, mesmo de acordo com os padrões da concepção clássica referida. Cuida-se, sem dúvida, de normas imediatamente aplicáveis e plenamente eficazes, o que, por outro lado, não significa que a elas não se aplique o disposto no art. 5º, § 1º, de nossa Constituição, mas, sim que este preceito assume, quanto aos direitos de defesa, um significado diferenciado. SARLET (2008; p. 285)

Percebe-se na lição de Sarlet que, em relação aos direitos fundamentais de defesa, não existem grandes complicações no que tange à afirmação de sua autoaplicabilidade já que, para ele, “em se tratando de direitos de defesa a lei não se revela absolutamente indispensável à fruição do direito”, não sendo necessária, nesse caso, nenhuma construção jurídica ou ação positiva por parte do Estado para a sua fruição. (SARLET 2007, p. 296)

Saliente-se, no entanto, que a desnecessidade de construções legislativas para a fruição desses direitos não significa que é dado ao Poder Público o direito de permanecer inerte em relação aos obstáculos que se interpõem ao alcance pretendido pelo legislador em relação a essas garantias, cabendo ao Poder Judiciário intervir, quando provocado, para garantir a vontade legislativa.

Em lição sobre a emergência na efetivação dos direitos fundamentais e a importância do poder Judiciário nessa questão, Ribeiro nos ensina que:

Hoje a emergência de efetividade dos direitos propiciaram uma reviravolta, fazendo com que a preocupação central não seja mais a proclamação de direito, como forma de limitar o poder (este encontra-se, razoavelmente – e aparentemente – domesticado) mas de implementar os direitos fundamentais, não resta dúvidas de que a jurisdição não tem só escopos jurídicos (inclusive, por não se restringir o direito à legislação vigente), mas também os sociais e políticos, posto que o judiciário, tem por meta concretizar os objetivos que o Estado se propõe. RIBEIRO (2008; p. 137)

Ao adentrar na seara da judicialidade dos direitos fundamentais, Dworkin (2002), faz uma longa discussão a respeito de temas como a discricionariedade dos juízes, a aplicabilidade das normas jurídicas, dentre outras questões e, embora boa parte dos temas discutidos já estejam de certa forma pacificados, ao discorrer sobre os direitos dos cidadãos, o citado autor nos traz grande contribuição ao lecionar que:

Embora o sistema constitucional acrescente alguma coisa a proteção dos direitos morais contra o governo, está longe de garantir esses direitos, ou mesmo de estabelecer quais são eles. Isso significa que, em determinadas ocasiões, uma outra instância que não o legislativo terá a última palavra nessas questões, o que dificilmente poderá satisfazer alguém que considere que tal instância esteja profundamente equivocada. DWORKIN (2002; p. 286)

Sarlet em sua lição sobre a judicialização desses mesmos direitos, sobretudo os direitos de defesa, para os quais existe, segundo o autor, certa contenção por parte da Suprema Corte Brasileira, salienta que:

[...] em que pese certa contenção por parte do Supremo Tribunal Federal no que tange ao reconhecimento das amplas possibilidades que decorrem do princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais – mesmo onde não se vislumbram obstáculos de maior relevância - podemos concluir que em se tratando de direitos fundamentais de defesa, a presunção em favor da aplicabilidade imediata e a máxima da maior eficácia possível devem prevalecer, não apenas autorizando, mas impondo aos juízes e tribunais que apliquem as respectivas normas aos casos concretos, viabilizando, de tal sorte, o pleno exercício destes direitos (inclusive como direitos subjetivos), outorgando-lhes, portanto, sua plenitude eficaz e, conseqüentemente, sua efetividade. Além do mais, cumpre ressaltar que a eficácia dos direitos de defesa de longe não se esgota na perspectiva jurídico-subjetiva ora referida. A plena justiciabilidade (como direitos subjetivos) desta categoria dos direitos fundamentais pode até assumir a condição de principal manifestação de sua eficácia jurídica, não afastando, contudo como já ressaltado alhures, outros efeitos jurídicos, inclusive na esfera, jurídico-objetiva [...]. SARLET (2007; p. 296)

Extrai-se do texto supracitado que as decisões das cortes brasileiras em matéria de direitos de defesa, assumem, em muitos casos, o *status* de único instrumento garantidor desses direitos fundamentais negligenciados pelos Entes estatais. Embora a “intromissão” do Poder Judiciário nessas questões seja considerada um grande transtorno ao sistema econômico e político, nas sociedades que primam pelas garantias sociais de seus cidadãos, estas decisões são o último recurso para barrar os abusos estatais.

Em que pese uma menor dificuldade em se verificar o objeto da judicialidade dos direitos de defesa, essa mesma simplicidade não se verifica quando se trata de

direitos prestacionais, posto que para a garantia desses últimos são necessárias ações específicas por parte do Estado, o que gera certas dificuldades para o Estado-Juiz, já as ações de implementação de políticas públicas por parte do Estado estão relegadas, em tese, ao direito de escolha dos gestores públicos, que nem sempre estará em consonância com a vontade popular, mas, nem por isso poderá ser sempre classificada como uma ação equivocada. Sobre esse assunto Alexy nos explica que:

Com frequência afirma-se que a justiciabilidade dos direitos a ações negativas (direitos de defesa) impõe menos problemas que a justiciabilidade dos direitos a ações positivas (direitos a prestações). Uma razão básica para tanto decorre de uma simples, porém fundamental, diferença teórico-estrutural. Para seus destinatários, direitos de defesa são, dentre outras, proibições de destruir ou afetar negativamente algo. Já os direitos a prestações são, para seus destinatários, dentre outras, obrigações de proteger ou fomentar algo. Se é proibido destruir ou afetar negativamente algo, então, toda e qualquer ação que represente ou produza destruição ou afetação negativa é proibida.

De outro lado, se é obrigatório proteger ou fomentar algo, nem toda ação que represente ou produza uma proteção ou um fomento será obrigatória. ALEXY (2015; p. 462)

Deve-se ressaltar que o fato de os direitos prestacionais possuírem um caráter de dependência, por vezes de legislação que o regulamente e, em outros casos, de políticas públicas que lhes dê materialidade, na visão de Sarlet, essa interdependência não os fazem perder a condição de verdadeiros direitos fundamentais. Para o autor, esses direitos são “inequivocamente autênticos direitos fundamentais constituindo-se, justamente em razão disto, em direito imediatamente aplicável, nos termos do disposto no art. 5º, § 1º, de nossa constituição”. SARLET (2008; p. 30)

Ocorre que, para parte da doutrina, ao se falar em direitos prestacionais muda-se a visão em relação ao seu caráter eficaz, já que, para estes casos, haveria a necessidade de dotações orçamentárias para a viabilização de políticas públicas que os garantissem, e, nem sempre, esses recursos estão disponíveis para a rubrica dos direitos sociais.

Embora essa divisão dos direitos fundamentais em prestacionais e de defesa suscite a ideia de que os custos deste último seriam menores ou inexistentes para o Estado, posto não pedir deste uma ação positiva para a sua efetivação, ao analisar friamente esses direitos fica-nos facilmente perceptível equívoco dessa ideia. Corroborando com a ideia de que não existem direitos para os quais não se tenha o dispêndio de recursos por parte do Estado, Stephen Holmes e Cass R. Sustem, em

sua obra “O custo dos direitos: a liberdade depende de taxas”, expõem que, na concepção deles, não existem direitos sem custos para o Estado, pois aos entes estatais sempre caberá uma ação, seja para garanti-los ou para protegê-los.

Segundo HOLMES *et al* (2019; p. 13), “a premissa de que nossos direitos mais fundamentais podem ser usufruídos sem custo algum, embora muito disseminada, é evidentemente falsa; além disso, é impossível situar sua origem numa suposta impossibilidade de se detectar seus custos”. Extrai-se da afirmação dos autores que, pelo menos do ponto vista econômico, não é possível sustentar a ideia de que exista uma classe de direitos fundamentais que não tenha um caráter positivo, já que, para eles, todos os direitos necessitam das ações e dos recursos do Estado para a sua garantia.

É preciso imaginar que, a partir da declaração de Holmes e Sunstein, até a própria teoria da escassez vai sofrer sérias modificações interpretativas, pois, se todos os direitos têm um custo, sejam eles de defesa ou prestacionais, o leque de escolhas alocativas de recursos do erário por parte do gestor público torna-se ainda maior, o que nos leva à ideia de que o montante de recursos é ainda maior do que se percebe em um primeiro momento, pois, em regra, ao se analisar as “escolhas trágicas” dos gestores analisa-se apenas aquelas ligadas aos direitos fundamentais prestacionais. Nesse sentido, Sgarbossa, ao analisar as ideias criadas por *Holmes et al*, evidencia que a maior contribuição da teoria dos custos dos direitos para os direitos fundamentais sociais foi:

[...] evidenciar que a questão da efetivação ou proteção dos direitos, sejam eles quais forem, encontra-se muito mais vinculada a escolhas políticas alocativas de recursos do que à escassez essencial de recursos, uma vez que todos os direitos custam dinheiro público – e, não raro, muito dinheiro. SGARBOSSA (2010; p. 255)

De fato, não é possível pensar em direitos, sobretudo em direitos sociais, sem atribuir-lhes um custo, independentemente de considerá-los de defesa ou prestacionais. Proteger direitos, em uma sociedade tão plural quanto a brasileira, por exemplo, pode ser tão oneroso quanto implementá-los, portanto, as escolhas em matéria de garantia de direitos fundamentais precisam ser analisadas em sua totalidade, abrangendo direitos prestacionais e direitos de defesa.

Nesse sentido, compreender o fenômeno da escassez é condição primordial para se entender a própria dinâmica da judicialização das políticas públicas envolvendo direitos fundamentais já que, geralmente, é sob o argumento da limitação dos recursos que esses direitos são contingenciados pelo Estado.

Embora se possa aventar várias classificações diferentes para o termo “escassez” - para esta pesquisa - interessa-nos basicamente os conceitos de escassez ficta ou jurídica e escassez real ou econômica, tendo em vista que essas são as classificações nas quais se enquadram, praticamente, todos os processos de judicialização de políticas públicas. A esse respeito, Sgarbossa, ao conceituar a escassez real ou econômica e a escassez ficta ou jurídica, nos ensina que:

Compreende-se a primeira a escassez decorrente da efetiva inexistência concreta do recurso, nos diversos graus mencionados, ao passo que a segunda é compreendida como a escassez decorrente da indisponibilidade jurídica, isto é, em virtude de norma jurídica que determine determinada alocação dos recursos em detrimento de outras, ou ainda que proíba a disposição do recurso de determinada maneira ou acima de certos limites. SGARBOSSA (2010; p. 218-219)

Nesse sentido, o próprio Sgarbossa conclui que, no caso particular de verificação de uma escassez real ou econômica, estaria o gestor livre da obrigação de prover o direito solicitado, tendo em vista que, nesses casos, “o intérprete não poderá demandar dos poderes públicos o que for logicamente impossível”. (SGARBOSSA, 2010, p. 219)

Ocorre, no entanto, que, em raríssimos casos, estará o gestor diante de uma situação de escassez real ou econômica, tendo em vista que, em regra, o modelo de escassez que se verifica nos poderes públicos é aquele decorrente das escolhas feitas nas leis orçamentárias, o que se caracteriza como uma escassez ficta ou jurídica. Este fato leva o mesmo Sgarbossa (2010), ao tratar do tema da escassez ficta ou jurídica frente aos direitos fundamentais, a declarar que “desta feita, de recursos que não são escassos por natureza, e tampouco são inexistentes na realidade, mas de uma situação em que a escassez é artificial e, portanto, não é insuperável” ficaria o gestor impossibilitado do uso do argumento da não existência de aportes financeiros, pois, por certo, os recursos existem, contudo, estão alocados em outras prioridades, e, continua a sua lição asseverando que:

Cuida-se, aqui, antes, de recursos que são economicamente existentes, ou seja, que na realidade fática existem, mas cujo a alocação em determinados setores acaba por implicar o não atendimento de outras necessidades, por uma decisão disjuntiva do órgão ou agente com competência em matéria alocativa, seja ele qual for. SGARBOSSA (2010; p. 221)

Nos Estados Democráticos de Direitos Sociais, que na lição de SGARBOSSA (2010; p. 106) são o resultado “de um compromisso social, explícito ou implícito” por parte do Estado, cabe aos poderes constituídos a tarefa de, mesmo em face de uma possível insuficiência de recursos, cumprir com a sua parte nesse compromisso, buscando soluções viáveis que garantam a efetividade das proteções fundamentais a todos os seus cidadãos.

Ao comentar essa questão, Nunes Junior (2009; p. 192), após analisar uma série de decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal - STF brasileiro, concluiu que para a jurisprudência daquela Suprema Corte “o gestor público, ao conceber a lei orçamentária, já deveria se dar pressa em contemplar, primeiro as prestações inerentes à dignidade humana”, não cabendo, no entanto, falar-se em cofres vazios quando o que se verifica é a insuficiência orçamentária para a garantia do mínimo existencial em razão da alocação de recursos em outras prioridades. Nesse sentido, o mesmo Nunes Junior, ao falar do posicionamento do STF em relação ao mínimo existencial declara que:

[...] parte da jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, em sede de mínimo vital, só tolerariam uma espécie de “reserva do impossível”, ou seja, só seria lícito ao Estado se desonerar do cumprimento de uma obrigação inerente a direitos relacionados ao mínimo existencial, se comprovada a absoluta inexistência de recursos, inclusive para outros fins não prioritários, segundo uma ordem de valores urdida sob o critério da dignidade humana. NUNES JUNIOR (2009; p. 193)

Ainda sobre a reserva do possível, o Supremo Tribunal Federal, fincou posicionamento que pode ser facilmente percebido quando analisamos a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 de 2003, relatada pelo Ministro Celso de Mello, na qual o Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, questionava veto presidencial a um artigo da Lei de Diretrizes Orçamentárias, que, na visão do referido partido político reduziria consideravelmente os recursos destinados à área da saúde pública.

Na discussão da citada ADPF, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se posicionar sobre, dentre outras coisas, a possibilidade de ingerência do Poder Judiciário em sede de políticas públicas; as omissões do Estado em relação aos direitos fundamentais constitucionais e a reserva do possível como fundamento para essas omissões. Em relação ao primeiro item - ingerência do Poder Judiciário em questões relacionadas a políticas públicas, o Ministro Celso de Mello – relator da ADPF asseverou que:

Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional. ADPF 45 STF (2003)

Antes mesmo de analisar o trecho citado, faz-se necessário tecer um breve comentário a respeito do curso do processo no momento do voto do citado ministro, posto que, antes mesmo que a ação pudesse ser julgada, teve o seu objeto invalidado pelo princípio da caducidade, haja visto que da República editou uma lei que recriava o artigo vetado em todas as suas particularidades. Ressalte-se, no entanto, que mesmo diante de tal situação, o Ministro Celso de Mello – como já citado – relator da ADPF, em face da grandiosidade temática e da abrangência da decisão que se tomaria com o julgamento do caso, continua seu voto, para demonstrar que o Poder Judiciário, e, naquele caso em específico, o Supremo Tribunal Federal, não poderiam deixar dar uma resposta aos anseios sociais de garantia dos direitos fundamentais constantes na petição da referida lida, assentando um entendimento que a todos vinculasse.

Em relação ao segundo item de questionamento – as omissões do Estado na garantia dos direitos econômicos, sociais e culturais em conjunto com o terceiro ponto (a reserva do possível) – o ministro Celso de Mello, continua seu voto expondo que:

[...] a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. ADPF 45 STF (2003)

Embora o ministro esteja reconhecendo em seu voto que as dificuldades econômicas podem se configurar como grandes embaraços à efetivação dos direitos sociais por parte do Estado, é necessário que o Poder Público demonstre, de forma inequívoca, a escassez alegada dos recursos, sob pena de grave violação aos ditames constitucionais, não podendo, sem tal comprovação, utilizar-se do argumento dos “cofres vazios” para dar cabo a direitos fundamentais. Em continuidade à sua argumentação, Celso de Mello leciona que:

Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. ADPF 45 STF (2003)

Complementando sua lição a respeito da temática da confrontação econômica dos direitos fundamentais, o mesmo Ministro Celso de Mello, em voto proferido na Petição nº 1246 - SC, nos explica que:

A singularidade do caso (menor impúbere portador de doença rara denominada Distrofia Muscular de Duchene), a imprescindibilidade da medida cautelar concedida pelo poder Judiciário do Estado de Santa Catarina (necessidade de transplante das células mioblásticas, que constitui o único meio capaz de salvar a vida do paciente) e a impostergabilidade do cumprimento do dever político-constitucional que se impõe ao Poder Público, em todas as dimensões da organização federativa, de assegurar a todos a proteção à saúde (CF, art. 196) e de dispensar especial tutela à criança e ao adolescente (CF, art. 6º, c/c art. 227, § 1º) constituem fatores, que, associados a um imperativo de solidariedade humana, desautorizam o deferimento do pedido ora formulado pelo Estado de Santa Catarina (fls.2/30). O acolhimento da postulação cautelar deduzida pelo Estado de Santa Catarina certamente conduziria a um desfecho trágico, pois impediria, ante a irreversibilidade da situação, que o ora requerido merecesse o tratamento inadiável a que tem direito e que se revela essencial à preservação de sua própria vida. **Entre proteger a inviolabilidade do direito**

à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida. Por tal motivo, indefiro o pedido formulado pelo Estado de Santa Catarina, pois a decisão proferida pela Magistratura catarinense- longe de caracterizar ameaça à ordem pública e administrativa local, como pretende o Governo estadual (fls. 29) - traduz, no caso em análise, um gesto digno de reverente e solidário apreço à vida de um menor, que, pertencente à família pobre, não dispõe de condições para custear as despesas do único tratamento médico-hospitalar capaz de salvá-lo de morte inevitável (fls. 76). (STF - Pet: 1246 SC, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 31/01/1997, Data de Publicação: DJ 13/02/1997 PP). **Negrito nosso.**

Nessa mesma linha de entendimento, o Superior Tribunal de Justiça – STJ – em vários de seus julgados em que se discute a preservação de direitos sociais em detrimento da “reserva dos cofres cheios” vem assentando entendimento muito próximo ao posicionamento do STF, como podemos constatar em alguns trechos da ementa do Recurso Especial nº 1.185.474 – SC, conforme se vê abaixo:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS – DIREITO SUBJETIVO – RESERVA DO POSSÍVEL – TEORIZAÇÃO E CABIMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA – ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA – PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL – ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO – PRECEDENTES DO STF E STJ.

[...]

2. Todavia, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez. Esta pode ser compreendida como "sinônimo" de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo.

3. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade.

4. É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterir-los em suas escolhas. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso, porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às ideias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da

maioria. Caso contrário, se estará usando da "democracia" para extinguir a Democracia. RESP. 1.185.474 – SC (2010; p. 1)

Vê-se, do arbítrio acima, que o relator do referido REsp. deixa clara a relação da cláusula da reserva do possível com o fenômeno da escassez e, em sua explanação, faz menção direta à ideia de que essa insuficiência de recursos, na maioria dos casos analisados pelo judiciário brasileiro, não é causada pela falta real do dinheiro público, mas pelas escolhas alocativas dos aportes financeiros por parte de seus gestores.

Fica-nos claro a partir da leitura dos trechos citados, que, para aquela Corte Superior, a escassez decorrente de escolhas políticas não pode ser utilizada como base de sustentação para a evocação de decisões denegatórias de direitos fundamentais. Afirmar, ainda, aquele egrégio Tribunal Superior de Justiça, que nem mesmo em face da vontade de uma maioria, supedâneo dos Estados Democráticos, estará o gestor público autorizado a negar o mínimo existencial a seus cidadãos.

Afirmando-se ainda mais na defesa dos direitos e garantias fundamentais, o colendo STJ, em decisão proferida no Recurso Especial Nº 1.607.472 – PE, preleciona que:

[...]

5. No campo dos direitos individuais e sociais de absoluta prioridade, o juiz não deve se impressionar nem se sensibilizar com alegações de conveniência e oportunidade trazidas pelo administrador relapso. A ser diferente, estaria o Judiciário a fazer juízo de valor ou político em esfera na qual o legislador não lhe deixou outra possibilidade de decidir que não seja a de exigir o imediato e cabal cumprimento dos deveres, completamente vinculados, da Administração Pública. RESP. 1.607.472 – PE (2016; p. 1)

Nesse sentido, percebe-se com clareza que, na visão do Superior Tribunal de Justiça, com a devida vênia para a expressão “administrador relapso”, posto que as negativas do Estado nem sempre são causadas pela displicência do gestor público, não cabe ao Poder Judiciário, na garantia dos direitos individuais e sociais, outra disposição senão aquela que melhor se aproxime dos objetivos desejados pelo legislador ao elaborar o texto normativo questionado.

Embora não tenha aparecido de forma explícita nas decisões citadas até o momento, outro fator que nos parece de suma importância na avaliação da escassez de recursos públicos é a temática da sua má aplicação nas sociedades modernas, sobretudo nos países emergentes, como é o caso do Brasil. Ao discorrer a questão

da má aplicação dos recursos públicos e a corrupção no caso específico do Brasil, Roberto Barroso, nos ensina que:

[...] se disseminou no Brasil em níveis espantosos e endêmicos. Não foram falhas pontuais, individuais. Foi um fenômeno generalizado, sistêmico e plural, que envolveu empresas estatais, empresas privadas, agentes públicos, agentes privados, partidos políticos, membros do Executivo e do Legislativo. Havia esquemas profissionais de arrecadação e distribuição de dinheiros desviados mediante superfaturamento e outros esquemas. BARROSO (2018; p. 31-32)

Partindo-se do princípio de que a escassez real dos recursos públicos é a única condição aceitável para se permitir a restrição a determinados direitos fundamentais relativos ao mínimo existencial, torna-se de suma importância entender os processos de aplicação dos recursos públicos e, desta forma, tentar avaliar o *quantum* de influência essa má distribuição do dinheiro público pode ter no fenômeno da judicialização de políticas públicas e, até mesmo, nas decisões judiciais oriundas dessas lides.

Cabe aqui, no entanto, abriremos um parêntesis para entendermos um pouco melhor o que vem a ser o fenômeno da escassez de recursos públicos. Dentre as várias definições possíveis para o termo “escassez”, MACKAAY *et al* (2015; p. 29) nos explica que “uma coisa se torna escassa quando não há mais quantidade suficiente para que todos os que a desejam possam obtê-la à vontade: é preciso escolher entre diferentes usos, ou, o que dá na mesma, regular o uso”. Percebe-se da conceituação dada que a escassez não significa, necessariamente, a extinção da coisa pretendida, mas, em certos casos, a mera impossibilidade de continuar usando-a sem limitações, trazendo à tona a necessidade de sua regulação.

Interessante notar que é justamente do fenômeno da escassez e da necessidade de regulação do uso da coisa escassa que acaba por surgir a institucionalização do próprio direito, sobretudo, daqueles que não possuem o poder econômico para garantir a compra de grandes estoques do produto limitado.

Nesse sentido, o próprio Mackaay nos ensina que é a partir dos processos de regulação que a sociedade se inicia em um movimento de proteção aos direitos dos mais fracos que, até então, eram vítimas daqueles que possuíam o poder de adquirir e proteger suas próprias posses. Ainda sobre esse assunto Mackaay nos orienta que:

O estabelecimento de direitos é uma resposta à escassez que permite a criação de uma sociedade baseada em outra coisa além da posse material de objetos e a violência para defendê-la (a posse). Bartlett sustenta que o processo de estabelecer direitos opera continuamente, tanto nas complexas sociedades modernas quanto, segundo a literatura antropológica, nas sociedades menos evoluídas. MACKAAY (2015; p. 30)

Infere-se nas entrelinhas do texto citado, que a escassez tende a ser um instrumento de desconcentração da posse de bens nas sociedades modernas, tendo em vista que aqueles que podiam possuí-la em grande quantidade, devido ao poder econômico, por exemplo, terão os seus excessos controlados dando a possibilidade de uma parcela menos favorecida usufruir da coisa regulada.

Portanto, antes de pensar a escassez como uma justificativa para a privação da sociedade do usufruto de determinado bem, ela deve ser pensada como uma oportunidade de dividi-la de forma mais equânime entre aqueles que dela necessitam.

No entanto, o grande problema que surge dos processos de regulação é que é neles que ficam mais evidentes o que Posner (2010) intitula de grupos de interesse, e, que, na maioria dos casos, sobrepujam o interesse público do Estado e acabam por relegar certas minorias à escassez total.

Posner, ao discorrer sobre a teoria do “interesse público”, nos mostra o quão difícil é pode ser para o gestor público entender e promover o esse interesse, já que na pluralidade de grupos sociais os interesses jamais serão iguais o que acabara por remeter o administrador a escolher qual, ou quais, desses grupos materialização o “interesse público” em um dado momento. A esse respeito, explica o autor que:

A teoria do interesse público, por sua vez, é antes uma descrição que uma teoria, pois não mostra como a maximização da utilidade pelos indivíduos resulta em ações governamentais que promovam os interesses de grupos tão dispersos quanto o “povo”, os consumidores, os contribuintes ou alguma outra categoria abrangente. POSNER (2010; p. 124)

Portanto, das colocações de Posner, infere-se que os processos de escassez são, em última análise, situações geradoras de direitos e não o contrário, contudo pelo seu descredito com a teoria do interesse público, sempre será difícil dizer para quem a escassez estará, de fato, fazendo nascer o Direito. Por essa ideia de que o interesse público é uma grande interrogação nos processos de administração do Estado a ideia

de que a escassez é um resultado das ingerências de grupos de interesses e de pressão ficam ainda mais evidentes.

Nesse sentido, a escassez torna-se um fenômeno ainda mais polêmico, já que o Estado sob a alegação da aplicação do interesse público acaba sendo o principal causador dos processos de escassez por intermédio de suas escolhas, por vezes influenciadas por certos grupos de interesse e de pressão. Portanto, ao se falar em reserva dos cofres cheios, que, nada mais é do que uma variação da própria reserva do possível, é preciso considerar que ao alega-la em prol da mitigação de direitos fundamentais o Estado a está usando para questionar uma escassez, em tese, causada por suas próprias escolhas.

É de bom tom, nesse momento, trazer ao corpo desta pesquisa uma maior explicação do que vem a ser a teoria da reserva do possível, já que esta será constantemente citada nesse trabalho. Sgarbossa (2010), ao discorrer sobre essa teoria nos ensina que, embora difundida e aprimorada pela doutrina Alemã, o nascimento da reserva do possível remonta de décadas antes de seu uso pela justiça germânica.

Introduzida no arcabouço doutrinário da Alemanha, a partir do questionamento de estudantes alemães que pleiteavam, sem o direito ao ingresso nos cursos superiores de medicina daquele país, a reserva do possível teve como objetivo primordial, estabelecer que não se podia exigir do Estado aquilo que não lhe fosse possível. É preciso ressaltar, ainda, que o direito questionado naquele caso não era o de uma vaga no ensino superior, já que este estava garantido a todos que possuíam tal direito, mas, sim, uma vaga em curso específico, no caso o de medicina, o que fugia completamente a razoabilidade e o próprio interesse público, já que seria inconcebível uma sociedade formada apenas por médicos.

É preciso atentar-se também para o fato de que o direito questionado no Tribunal Administrativo Alemão, sequer possuía o *status* de mínimo existencial garantido na constituição daquele país. PEREIRA (2014)

Portanto, em que pese ser comum ver direitos fundamentais sendo atacados por tal teoria nos tribunais pátrios, esta não é a constatação que se faz quando da análise de seu surgimento na Alemanha.

Critsinelis, ao discorrer sobre as diferenças na aplicação da “clausula de reserva” na Alemanha e no Brasil, mostra-nos que a sua aplicação nesses dois países se dá baseada em pilares muito discrepantes, conforme se vê abaixo:

Uma tese, apesar de perseguir apenas um objetivo, necessita de objetivos-meio para lhe sustentar. Um desses objetivos instrumentais de nossa investigação é a leitura, por exemplo, do *numerus clausus* a que faz referência o texto paradigma. Os objetivos instrumentais, portanto, no que se refere à gênese alemã da relação entre cidadania e representatividade estatal, podem ser assim sintetizados: (i) a intervenção do Tribunal Constitucional alemão não é de judicialização de políticas públicas, mas de análise de jurisdição por omissão dos demais Poderes em pequena escala; (ii) a intervenção do Tribunal Constitucional alemão não é de judicialização de políticas públicas, mas de equalizar, nos casos concretos, a igualdade substancial tendo como base a cidadania constitucional apregoada no prevalente regime político alemão – Estado Social; (iii) e, em razão disso, em larga escala de atuação, o Tribunal Constitucional alemão pondera, nos casos concretos, as ambições de prestações positivas pelos cidadãos e seu respectivo limite diante da reserva do possível como inadequação da pretensão individual às prestações devidas constitucionalmente; (iv) a intervenção do Tribunal Constitucional alemão não é de judicialização de políticas públicas, na medida em que há, na Alemanha, por força da relação democrática, compreensão do princípio da confiança entre os Poderes e, havendo produção legislativa que discipline as políticas públicas de satisfação de prestações positivas previstas na Constituição, ela deve prevalecer – o legislador já comandou o que era possível comandar segundo a capacidade funcional e o equilíbrio da sociedade como um todo; (v) com a legislação das políticas públicas de satisfação de prestações positivas prevista na Constituição, estas políticas tornam-se obrigatórias para o orçamento e instrumentais a direito substantivos, sem qualquer vínculo com a reserva do possível, vencida com a legislação. Na análise da situação brasileira, por sua vez, os objetivos-meio consistem nos seguintes pontos: (i) a ausência de senso de cidadania de base induz para o caminho minimalista das prestações a serem positivadas pelo Estado; (ii) falta de confiança (disfunção) entre os três Poderes, ante as omissões do legislador e do administrador; (iii) na relação estatal de política de governo nas três funções, a omissão legislativa infraconstitucional perpetra a judicialização das políticas públicas pelo Judiciário como legislador positivo e interpretativo dirigida às prestações positivas de forma generalizada; (iv) omissão do administrador em: (a) executar leis de políticas públicas de prestações positivas e (b) exercer o poder regulamentar executivo para a execução de políticas públicas de prestações positivas previstas na Constituição e dela extraídas diretamente, na ausência de lei, perpetra o ativismo judicial de caráter defensivo aos direitos fundamentais sociais nos casos concretos; (v) além da macrojudicialização das políticas públicas e do pontual ativismo dos juízes, respectivamente, as omissões do legislador e do administrador disseminam a recorrência dos cidadãos em busca de direitos fundamentais sociais no Judiciário, institucionalizando a massificação das demandas que passa a ser, por si só, a própria política pública; (vi) a massificação de demandas espelha a busca de prestações defensivas individuais de sobrevivência, de direitos vitais, de bens primários, apelativas para a dignidade da pessoa humana, sem correspondência com a cidadania – bens políticos.

Percebe-se do posicionamento do autor que, no caso alemão, não se estava judicializando políticas públicas tendo em vista haver, naquele país, uma forte

“compreensão do princípio da confiança entre os Poderes” e um forte respeito à produção legislativa sobre as políticas públicas daquele país. (CRITSINELIS, 2017, p. 127)

Essa ideia de confiança nos poderes constituídos está longe da realidade brasileira, onde, segundo preceitua Barroso (2018; p. 32), se instituiu “um direito penal seletivo e absolutamente ineficiente em relação à criminalidade do colarinho branco *criando um país de ricos e gestores públicos delinquentes*”, o que tem gerado um total descrédito da sociedade com as instituições estatais. Itálico nosso

Além disso, o temor da reprovação social tem gerado nos poderes Legislativo e Executiva uma enorme passividade em relação a temas importantes de políticas o que gera no país um total desprezo por esses Poderes, fazendo com que questões de deveriam ser resolvidas por meio de políticas públicas, tornem-se alvos de ações judiciais que acabam por relegar ao Poder Judiciário questões para as quais este Poder, nem sempre, possui os melhores dados para decidir

Ressalte-se aqui, mais uma vez, que quando o Tribunal Administrativo Alemão fez uso da reserva do possível, ou da teoria dos cofres cheios, o direito questionado sequer fazia parte do rol de direitos fundamentais inscritos no texto constitucional daquele país, mas remetia-se a mera questão de meritocracia, onde os melhores escolhiam os melhores cursos. Nesse sentido, vê-se que a decisão da Corte alemã buscou assentar exatamente esse entendimento de meritocracia para a escolha dos cursos, conforme visto no trecho do voto do Ministro do STJ, Humberto Martins, no julgamento do Recurso Especial nº 510.598 – SP, ao traduzir parte da decisão alemã:

1. Sobre a avaliação constitucional de limitações absolutas de admissão para calouros de uma determinada especialização (aqui: Numerus Clausus absoluto para o curso de medicina), pelo exaurimento da capacidade total de ensino.

[1. Zur verfassungsrechtlichen Beurteilung absoluter, durch Erschöpfung der gesamten Ausbildungskapazität gekennzeichnete Zulassungsbeschränkungen für Studienanfänger einer bestimmten Fachrichtung (hier: absoluter numerus clausus für das Medizinstudium)]

2. Do direito à livre escolha profissional e dos locais de ensino, garantido no Art.12 I 1 GG c. c., o princípio geral da igualdade e o princípio do Estado social, decorre um direito à admissão ao curso universitário. Esse direito pode ser limitado por meio de lei ou com base em uma lei.

[2. Aus dem in Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleisteten Recht auf freie Wahl des Berufes und der Ausbildungsstätte in Verbindung mit dem allgemeinen Gleichheitssatz und dem Sozialstaatsprinzip folgt ein Recht auf Zulassung

zum Hochschulstudium. Dieses Recht ist durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes einschränkbar]

3. Limitações absolutas de admissão para calouros de uma determinada especialização são constitucionais, somente se: a) elas forem determinadas nos limites do estritamente necessário, depois do uso exaustivo das capacidades de ensino disponíveis; b) houver escolha e distribuição dos candidatos, segundo critérios racionais, com uma chance para todo candidato qualificado para o ensino superior e com o respeito, na maior medida do possível, da escolha individual do lugar de ensino.

(3. Absolute Zulassungsbeschränkungen für Studienanfänger einer bestimmten Fachrichtung sind nur verfassungsmäßig, a) wenn sie in den Grenzen des unbedingt Erforderlichen unter erschöpfender Nutzung der vorhandenen Ausbildungskapazitäten angeordnet werden und; b) wenn die Auswahl und Verteilung der Bewerber nach sachgerechten Kriterien mit einer Chance für jeden an sich hochschulreifen Bewerber und unter möglichster Berücksichtigung der individuellen Wahl des Ausbildungsortes erfolgen.

4. O legislador é quem deve tomar as decisões essenciais sobre os requisitos da determinação de limitações absolutas de admissão e sobre os critérios de escolha a serem aplicados. As universidades podem ser autorizadas à regulamentação de demais particularidades dentro dos limites estabelecidos.

(4. Die wesentlichen Entscheidungen über die Voraussetzungen für die Anordnung absoluter Zulassungsbeschränkungen und über die anzuwendenden Auswahlkriterien hat der Gesetzgeber selbst zu treffen. Die Hochschulen können zur Regelung der weiteren Einzelheiten innerhalb bestimmter Grenzen ermächtigt werden.)

Outra questão que se pode inferir da decisão do Tribunal Administrativo Alemão é a de que, naquele caso em específico, a cláusula da reserva do possível não estava sendo utilizada para o questionamento meramente economicista de direitos relacionados ao mínimo existencial, fato que, se fosse verificado, na visão de SARLET (2008, p. 300), configuraria “[...] uma inversão hierárquica tanto em termos jurídicos-normativos quanto em termos axiológicos, [...] *privilegiando-se* a legislação orçamentária em detrimento de imposições e prioridades constitucionais”. Itálico nosso

Em continuidade a sua lição sobre a reserva do possível, ao discorrer sobre a sua aplicação no direito brasileiro, SARLET (2008; p. 21), nos alerta que “[...] falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação de direitos fundamentais[...]”.

Sgarbossa, em sua análise sobre a utilização da reserva do possível pelo judiciário germânica mostra-nos que, ao contrário do que vem sendo feito no Brasil com o uso dessa cláusula para mitigar direitos fundamentais, na doutrina alemã essa aplicação não possui nenhuma base de sustentação, fato facilmente verificável quando ele nos diz que:

Da análise dos precedentes e das posições da doutrina germânica pode-se afirmar, portanto, que desserve a concepção originária de reserva do possível para justificar a denegação de plano dos direitos sociais constitucionalmente consagrados, não se prestando, nos termos em que foi concebida, à legitimação da omissão dos órgãos estatais de quaisquer dos três Poderes, em adotar medidas cabíveis, sejam elas de que natureza forem – inclusive orçamentárias – para a consecução de políticas públicas que representem a outorga de direitos sociais prestacionais... SGARBOSSA (2010; p. 155)

Portanto a adequação da reserva do possível ao direito pátrio, parece não ter levado em consideração vários preceitos de extrema relevância que foram considerados pelo Judiciário alemão para a sua correta aplicação naquele país. Evidentemente, não se pode exigir do doutrinador brasileiro que renuncie ao dever de fazer determinadas adequações à doutrina estrangeira para a sua acomodação ao direito pátrio, contudo não pode ser aceitável que as bases de construção do pensamento da doutrina a ser incorporada sejam sonegadas quase que em sua totalidade.

É preciso entender que garantir direitos sociais significa, em última análise, garantir a própria capacidade de produção do Estado, uma vez que sem esses direitos a força de trabalho tende a diminuir em decorrência de uma população adoecida e ainda mais necessitada de serviços do Estado. Portanto, em que pese

Os direitos e garantias fundamentais, ao contrário do que se quer fazer parecer em algumas sociedades, não possuem apenas custos para o Poder Público. A esse respeito, Holmes *et al*, nos ensinam que, “alguns direitos, embora sejam manifestamente custosos, aumentam a tal ponto a riqueza social tributável que se pode considerar que financiam a si mesmos. HOLMES *et al* (2019; p. 11)

É necessário que se saiba, no entanto, que mesmo com a consideração do potencial líquido desses direitos, para Holmes e Sunstein, o fenômeno da judicialização permanece no rol de práticas inaceitáveis, pois a defesa judicial de um direito fundamental coloca nas mãos do Poder Judiciário uma decisão para a qual os juízes “por não serem capazes de lançar uma visão geral sobre um amplo espectro de necessidades sociais conflitantes e depois decidir quanto dinheiro destinar a cada uma, são institucionalmente impedidos de levar em conta as consequências distributivas de suas decisões”. HOLMES *et al* (2019; p. 76)

Ora, com o estabelecimento de que todos os direitos possuem um custo e que a escassez de recursos se perfaz em uma realidade nas sociedades modernas, Holmes e Sunstein, fundamentam a ideia de que os direitos sociais não são absolutos e, por esta razão, podem ser negados com base em preceitos econômicos. Contudo, ao estabelecer que todos os direitos têm um custo, Sgarbossa salienta que Holmes e Sunstein acabam por consignar que a escassez dos recursos, caracteriza-se muito mais por escolhas alocativas do que por falta real desses mesmos recursos, conforme se vê abaixo:

Passando ao largo de outras contribuições teóricas importantes dos autores acerca do tema em estudo, reputa-se aqui que a principal contribuição Holmes e Sunstein para o tema dos direitos fundamentais sociais e para a questão da efetividade ou proteção dos direitos, sejam eles quais forem, encontra-se muito mais vinculada a escolhas políticas alocativas de recursos do que à escassez essencial de recursos, uma vez que todos os direitos custam dinheiro público – e, não raro, muito dinheiro. SGARBOSSA (2010; p. 255)

Muito além de lançar dúvidas sobre a teoria da escassez, Sgarbossa (2010), salienta que Holmes e Sunstein, ao fomentarem suas teorias financistas dos direitos, acabam por deixar ainda mais claro o viés ideológico embutido na divisão dos direitos fundamentais em direitos positivos e negativos. Partindo-se dessa subdivisão é que os direitos positivos assumem uma valoração, que, em alguns casos, os tornam inviáveis com os poucos recursos do Estado. Ressalte-se, ainda, que é com base nessa precificação dos direitos que os Entes Públicos se utilizam do argumento da reserva do possível para negar direitos fundamentais a seus administrados.

Ocorre, no entanto, que, tanto a reserva do possível, como a própria teoria dos custos dos direitos são criações doutrinárias baseadas em princípios de direitos de culturas muito diferentes dos padrões socioeconômicos brasileiros. Nesse sentido, a aplicação desses princípios ao contencioso pátrio pode trazer consequências de difícil recuperação para o sistema jurídico nacional. Na esteira dessa linha de pensamento, Cunha Junior preleciona que:

Apesar das grandes contribuições que a doutrina estrangeira tem dado ao direito brasileiro, proporcionando indiscutivelmente consideráveis avanços na literatura jurídica nacional, é preciso deixar bem claro, contudo, que é extremamente discutível e de duvidosa pertinência o traslado de teorias jurídicas desenvolvidas em países de bases cultural, econômica, social e histórica próprias, para outros países cujos modelos jurídicos estão sujeitos a condicionamentos socioeconômicos e políticos completamente diferentes. CUNHA JUNIOR. (2011; p 761)

Ressalte-se ainda, que, no contencioso brasileiro, é comum ver a reserva do possível sendo utilizada para mitigar direitos fundamentais ligados ao mínimo existencial, no entanto, Nunes Junior (2009; p. 172), esclarece-nos, que com base na decisão alemã “a reserva do possível só existiria em relação aos direitos sociais que escapassem ao âmbito de aplicação do mínimo existencial”.

Ocorre que, no Brasil, tem sido comum ver-se negados, com base na cláusula da reserva do possível, pedidos de reparação de danos causados pela violação do mínimo existencial por parte do Estado. Um bom exemplo dessa situação foi a decisão proferida no Recurso Extraordinário 580 252/MS, no qual um preso do sistema carcerário do Mato Grosso do Sul peticionava por danos morais decorrentes dos maus tratos e das condições desumanas das instalações do presídio no qual cumpriu pena.

Ao dar provimento parcial ao referido recurso, o Supremo Tribunal Federal, do ponto de vista econômico, proferiu uma decisão de teor irreparável, contudo, do ponto de vista da mínimo existencial, a decisão de não prover o comprovado dano moral deu ao Estado um salvo conduto para os desrespeitos aos direitos humanos dos presos. Deve-se ressaltar que a referida negativa vem acompanhada do reconhecimento de que, de fato, o Estado estava em flagrante desrespeito os direitos fundamentais daquele preso, conforme se vê de parte do voto proferido pelo Ministro Luiz Roberto Barroso, que, mesmo concordando com a responsabilidade civil do Estado por suas omissões no cuidado de seus presos declara que:

Diante do caráter estrutural e sistêmico das graves disfunções verificadas no sistema prisional brasileiro, a entrega de uma indenização em dinheiro confere uma resposta pouco efetiva aos danos morais suportados pelos detentos, além de drenar recursos escassos que poderiam ser empregados na melhoria das condições de encarceramento. STF RE 580252 (2017; p. 38)

Contrário a essa visão economicista das garantias dos direitos fundamentais, Canotilho (2004; p 481), nos ensina que “um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica”. A partir desta afirmação é preciso que se traga ao entendimento o que pode ser entendido como reserva dos cofres cheios, ou ainda melhor, o que se poderia considerar como cofres vazios, já que nos sistemas orçamentários modernos os recursos parecem abundantes para certos direitos e totalmente escassos para outros.

Nesse sentido, Ana Paula Barcelos (2008), salienta que a forma como o Estado gasta os recursos que são colocados à disposição de suas políticas públicas devem ser objeto de questionamentos por parte, não só do cidadão, como, também, dos juristas. Estudar o volume e as formas de aplicação dos recursos públicos, antes mesmo de sua aplicação parece ser um bom caminho no controle de políticas públicas e, conseqüentemente da própria judicialização.

A relevância de se entender tal questão pode facilmente ser compreendida quando somos colocados diante de um Estado que nega a internação de um acidentado em uma Unidade de Tratamento Intensivo, sob a alegação de não possuir leitos suficientes e nem recursos para a ampliação dessas unidades hospitalares, mas gasta milhões com programas de publicidade governamental, ou vê-se envolvido em casos de corrupção ou desperdício de dinheiro público.

Nesse sentido, o enfrentamento econômico dos direitos sociais ganha um viés que vai além da simples precificação financeira desses direitos. Ao discorrer sobre a análise econômica dos direitos Mackaay e Rousseau declaram que:

A análise econômica do direito não se limita aos aspectos “econômicos” em sentido estrito, o que se refere a comércio, moeda, bancos e concorrência. Não prioriza o emprego da relação custo-benefício presente nas decisões judiciais ou administrativas. Ao revés, pretende explicitar a lógica, nem sempre consciente de quem decide, e que não se traduz, expressamente, nos motivos das decisões. (MACKAAY et al, 2015, p. 7 e 8)

Depreende-se da afirmação dos autores que, na análise econômica do direito, não se pode renunciar à busca do conteúdo sociocultural que circunda todo o processo de decisão humana, ainda que este conteúdo não esteja implícito nos textos jurídicos que dão validade às conclusões, fruto dessas análises.

Ao enfrentar as relações entre economia e direito, vários autores, nas mais diversas épocas, trouxeram consistentes contribuições para o entendimento da ciência econômica sob um ponto de vista mais humanista e, isso, sem renunciar seus fundamentos monetaristas. Como em quase toda a discussão científica, foram cometidos muitos erros e excessos, mas, certamente, essas intercorrências não foram capazes de sobrepujar os avanços alcançados.

Richard Posner (2010), ao prefaciar sua obra “A economia da justiça” para a versão brasileira, salienta que a análise econômica do direito para as sociedades subdesenvolvidas não pode deixar de considerar fatores como “a prevenção da corrupção e do favoritismo políticos”, algo muito comum nessas sociedades. Ao se referir especificamente ao Brasil Posner salienta que:

É inevitável, portanto, que a análise econômica do direito brasileiro venha a ter uma ênfase e uma inflexão bastante diferentes das que têm em sociedades plenamente desenvolvidas. Isso é ótimo, e ajuda a confirmar os valores que o movimento “direito e economia” tem a oferecer ao sistema jurídico brasileiro. POSNER (2010, prefácio)

Ainda discorrendo sobre as sociedades subdesenvolvidas, Posner, faz referência ao princípio da incerteza e sua relevância para a análise econômica do direito. Para este autor, “a incerteza gera riscos, que a maioria das pessoas abomina, e gera também, portanto, a exigência de redução dos riscos através de várias formas de seguro”. Nesse sentido, pode-se pensar a garantia da jurisdição como uma última forma de seguro, dado pelo Estado, àqueles que tiveram seus direitos fundamentais negados pelo poder público.

É preciso salientar, no entanto, que esse mesmo Posner, por intermédio de sua “teoria da racionalidade”, remete ao juiz o dever de decidir levando em consideração as consequências econômicas de suas decisões, mas sem deixar de verificar os mandamentos constitucionais, culturais e sociais dos direitos fundamentais. Algo que na visão de, BARBOSA et al (2010; p. 32) “dada a relação conflituosa entre todos estes propósitos, a interpretação e aplicação do direito terão que continuar sendo uma arte, e não uma ciência”.

Fato é que, independentemente dos motivos aos quais o juiz se vincule ao decidir uma lide versando sobre direitos fundamentais, o texto Constitucional é aquele que deve prevalecer. Ana Barcellos, ao discorrer sobre essa questão nos ensina que “embora as decisões veiculadas nas Constituições possam ser legitimamente criticadas e interpretadas de forma mais restrita ou abrangente em função do arcabouço teórico empregado pelo intérprete, elas certamente não podem ser ignoradas”. (TIMM, 2008, p. 121)

Portanto, é preciso sopesar que, em que pese, a necessidade de se considerar os fatores econômicos que cercam as garantias dos direitos fundamentais, as

questões meramente financeiras não podem servir como base única para o sopesamento de direitos garantidos constitucionalmente para o gozo de uma vida digna, objetivo para o qual o próprio Estado foi criado.

Em que pese ser possível ao Estado alegar sua insuficiência de recursos é preciso imaginar-se que em se tratando do mínimo existencial, tal alegação só seria cabível nos casos em que estivéssemos diante de uma escassez econômica real, já que a discricionariedade na aplicação dos recursos dada ao gestor público só pode ser aplicada após o suprimento do mínimo existencial, o que raramente se verifica.

Isso nos leva a crer que o direito à uma assistência básica em saúde, por exemplo, não pode ser negada pelo Estado, quando este aloca recursos em áreas menos prioritárias e alega falta de financiamento para políticas públicas nessa área. O direito à saúde está elencado entre os principais componentes do mínimo existencial, não podendo de ser vítima das escolhas trágicas dos gestores públicos, conforme veremos a seguir.

1.2 A garantia do direito fundamental à saúde na Federação Brasileira – da lei à gestão tem muita confusão

Antes mesmo de adentrar à questão do direito à saúde, faz-se necessário tecer algumas considerações a respeito da forma de Estado Federativo, adotado pelo Brasil, pois esse modelo de repartição do Estado tem sérias implicações na gestão das políticas públicas.

Considerado pela ciência política como um sistema de difícil definição, o modelo de Estado Federado sofre muitas variações estruturais nos países que o adotam como sistema de organização interna. As duas primeiras experiências de adoção desse modelo de Estado se deram nos Estados Unidos e na Suíça, em 1789 e 1848, respectivamente. Já na América Latina, essas experiências se iniciaram a partir do século XIX.

No Brasil, o primeiro tentame com o sistema federativo deu-se de forma provisória com a edição do Decreto nº 1, de 15 de novembro de 1889, que dizia em seu art. 1º: “fica proclamada provisoriamente e decretada como a forma de governo

da Nação brasileira - a República Federativa". Evidentemente, a forma de federação criada pelo citado decreto, estabelecia - basicamente - a união dos Estados brasileiros e dava aos seus governos poderes para, dentre outras coisas, reprimirem movimentos desordeiros.

Um dos grandes problemas advindos da criação dos Estados Federados, foi o grande esvaziamento dos poderes do Presidente da República, sobretudo na área fiscal com a destinação de alguns impostos, anteriormente exclusivos da União, para os cofres dos Estados. No entanto, em 1930, no governo de Getúlio Vargas, tem-se a ruptura com o que se denominou de "A República Velha" e a partir de então os movimentos de reforma do sistema federativo sempre tiveram o condão de fortalecer, ora o governo central, ora os governos estaduais. A esse respeito Linhares *et al* declaram que:

A trajetória do federalismo republicano brasileiro é pautada por tensões e conflitos, avanços e retrocessos, entre um modelo de Estado centralizado, da unidade e da integração nacional e, por seu turno, um modelo descentralizado, da autonomia e da diversificação regional. Diversos ciclos ou etapas históricas podem ser caracterizados desde a Proclamação da República Federativa, em 1889, tendendo mais ou menos para um dos dois polos. Este movimento pendular não parece ter atingido, ainda, um formato definitivo, mesmo porque ele é permeado por contradições e controvérsias de interesses, de escolhas e de ideias. Entre os diversos problemas do Brasil, a despeito dos avanços inegáveis, destaca-se a incapacidade de incorporar, em bases sociais amplas, os valores ou princípios intrínsecos ao modelo federativo-republicano: democracia, liberdade, justiça, igualdade, progresso, desenvolvimento, entre outros. (LINHARES, FRAZÃO e LASSANCE, 2012, p. 11)

Percebe-se da visão dos autores que, em que pese o Brasil ter avançado na construção de uma federação mais justa, esses avanços estão longe de alcançar um ponto de equilíbrio na diminuição das desigualdades regionais, sobretudo na repartição dos recursos fiscais, fator essencial para o alcance de uma melhor justiça social.

Evidentemente, o sistema federativo, como qualquer outra forma de Estado, apresenta suas vantagens e desvantagens. Um dos pontos positivos deste arranjo estatal é o fato de que, em um país tão grande e com tantas diferenças sociais, econômicas e culturais, como o Brasil, esse modelo de Estado tende a aproximar os governantes de seus governados, contudo, do ponto de vista das ações

governamentais, as intrincadas cadeias de comando que, via de regra, envolvem os três entes federativos podem se constituir em um grande problema.

Especificamente no caso brasileiro, as maiores críticas ao sistema federativo decorrem do caráter genérico das leis que o constituíram. Esses normativos criaram um sistema de distribuição financeira e uma estrutura de poderes com definições, em certos casos, até muito bem detalhados, contudo falhou gravemente no estabelecimento da instituição das atribuições dos entes que compõem a federação.

Deve-se ressaltar que, em se tratando de efetivação de políticas públicas, não raro, Estados, Municípios, o Distrito Federal e a própria União, utilizam-se dessa confusão atributiva para fugir de suas obrigações de fazer, empurrando-as uns para os outros, o que acaba por gerar muitas ações judiciais, tendo em vista serem estas o último recurso para a garantia do direito negado aos que dele necessitam.

Embora já se tenha vasta jurisprudência nos tribunais superiores a respeito da responsabilidade solidaria desses entes federativos, a escusa das obrigações sociais por parte das instituições públicas sob a alegação de sua incompetência tem sido prática constante. Nesse sentido, Celso de Mello nos ensina que:

“Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.” (RE 855.178-ED/SE, Red. p/ o acórdão Rel. Min. EDSON FACHIN – grifei)

[...]

Isso significa, portanto, tratando-se de situação configuradora de responsabilidade solidária das pessoas políticas que compõem a estrutura institucional do Estado Federal brasileiro, que, em matéria de implementação de ações e serviços de saúde, existe verdadeiro dever constitucional “in solidum”, que confere ao credor, que é o cidadão, o direito de exigir e de receber de um, de alguns ou de todos os devedores (os entes estatais, na espécie) a obrigação que lhes é comum. (STF, 2019, p. 4)

Evidentemente, não são apenas os problemas ligados às questões legislativas que se colocam como entraves ao bom andamento das ações estatais no sistema federativo brasileiro, mas, sem dúvidas, todos os outros problemas acabam por ser uma consequência dessa confusão normativa. A falta de entendimento a respeito de suas competências e o vasto número de atribuições comuns de cada um dos entes

federativos termina por ferir gravemente a implementação e o andamento das políticas públicas do Estado.

Do ponto de vista econômico, essa falta de definições sobre as atribuições de cada uma das esferas governamentais, sobretudo no campo das garantias dos direitos sociais, acaba por levar Estados, Municípios e a própria União à criação de políticas públicas concorrentes, conflitantes e, até mesmo, ambíguas. Além disso, trava-se entre os Estados da federação verdadeira guerra fiscal com incentivos tributários para empresas que se instalem em seus territórios. Nesta guerra, que gera total desequilíbrio a todo o sistema, ganha quem tiver condições de aguentar o maior prejuízo com a queda de arrecadação. Nesse sentido, Aspásia Camargo, nos explica que:

Melhor seria se todos os entes federados se unissem em torno do objetivo comum de fortalecer a Federação, buscando maior racionalidade de suas funções estratégicas e redistributivas. A redução das desigualdades espaciais e regionais, objeto do Artigo 5º da Constituição, é a única forma de lidar com os crônicos desequilíbrios que resultam da heterogeneidade excessiva, e da concentração do desenvolvimento em uma limitada base espacial. No Brasil, o impacto espacial do PIB é bem menor do que a amplitude do território e de suas fronteiras. (CAMARGO, 1999, p. 85)

Dando continuidade ao seu raciocínio, (CAMARGO, 1999, p. 88), ao tecer suas considerações sobre todas essas disfunções do federalismo brasileiro e suas consequências para as ações públicas, nos ensina que estas distorções sistêmicas precisam ser vistas como uma “razão a mais para que lhe seja conferida absoluta prioridade tática com o objetivo de imprimir padrões mais institucionalizados e mais universalistas à gestão das políticas públicas”.

Embora sejam muitos os problemas a serem enfrentados pela federação brasileira, sobretudo em políticas sociais, é preciso considerar que grandes avanços foram alcançados nesta seara a partir da Constituição de 1988.

Em que pese termos experimentados muitos avanços nos direitos sociais a partir dos anos 30 com a promulgação da Constituição de 1934 e a aprovação da Consolidação das Leis Trabalhistas, ambas no governo de Getúlio Vargas, direitos como à saúde só se consolidaram como uma obrigação do Estado após a Carta Magna de 1988. Ressalte-se ainda que é nesta mesma Constituição que se institui

um dos maiores programas de saúde públicas do mundo – o Sistema Único de Saúde - SUS, conforme transcrição abaixo:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º;

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I - os percentuais de que trata o § 2º;

II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;

IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União. (BRASIL. CONSTITUIÇÃO, 1988)

Como já dito, o Brasil adotou como forma de Estado o sistema federativo, no qual Estados, Municípios, o Distrito Federal e a União, caracterizam-se como entes autônomos, mas com algumas competências legislativas, administrativas e financeiras compartilhadas.

Em que pese serem muitas as características do sistema federativo brasileiro, para fins desse trabalho, importam-nos entender, de forma bem resumida, como esse

modelo de Estado impacta no financiamento das políticas pública, sobretudo na área da saúde.

Financiado com recursos advindos de contribuições provenientes de empregados e empregadores, além de parte da receita anual de impostos dos entes federativos, o Sistema Único de Saúde – SUS, criado pela Constituição de 1988, caracteriza-se como um dos maiores programas de saúde pública do mundo por seu grau de abrangência e, em grande parte, por seus enormes aportes de recursos públicos.

Em relação aos recursos oriundos do sistema de arrecadação de impostos, no caso de Estados, Municípios e União o percentual a ser aplicado por cada um desses Entes é de 12%, 15% e 15% da receita anual, respectivamente. No tocante aos recursos provenientes da União, até o ano de 2016, a correção desse valor era calculada de acordo com a regra estabelecida pelo artigo 5º da Lei Complementar 141, de janeiro de 2012 que determina que:

A União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, apurado nos termos desta Lei Complementar, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB) ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual. (LC 141, Art. 5º)

Percebe-se do próprio texto legal que estabelecia a forma de repasse de recursos da União para os serviços de saúde, que os valores a serem aplicados em cada ano estavam diretamente ligados ao quantum arrecadatório, mas nunca podendo ser inferior a 15%, e, embora essa regra tivesse o condão de impedir a redução desses valores reais, ela não garantia a manutenção do poder de compra desses aportes, tendo em vista que, se não houvesse aumento de arrecadação, esses repasses poderiam permanecer estagnados por anos.

Ocorre que, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 95 de 2016, essa regra mudou, ficando estabelecido que no ano de 2018 o valor destinado para a área da saúde seria igual ao valor aplicado no ano de 2017, corrigido pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA. Ressalte-se que pela nova regra estabelecida pela emenda constitucional supracitada, esse cálculo deverá permanecer nesses moldes por 20 anos.

O grande problema, com essa nova forma de cálculo, é que ela também não garante a correção do montante a ser aplicado nos anos posteriores, além de determinar o valor destinado em 2017 como uma espécie de piso inicial para os próximos 20 anos, desvinculando os recursos para a saúde pública dos aumentos na arrecadação. Ressalte-se que pela regra que estava vigente no ano de 2017 o valor a ser aplicado na área da saúde naquele ano correspondia a 14,1 da Receita Líquida Corrente, com alíquotas progressivas para os próximos anos.

Avaliando a regra criada pela Emenda Constitucional 95, Vieira e Benevides, discorrem que em um cenário de crescimento da economia de 2% ao ano, a área da saúde perderia mais de 400 bilhões em investimentos em um período de 20 anos, o que se perfaz numa cifra muito alta, sobretudo quando consideramos o aumento populacional e, conseqüentemente, o aumento de usuários do sistema. (VIEIRA e BENEVIDES, 2016, p. 21)

No que diz respeito ao aumento de usuários no sistema público de saúde, se esse pudesse ser avaliado levando-se em consideração apenas o aumento da pobreza no país, segundo dados do IBGE esse número teria subido cerca de 2 milhões de pessoas só entre 2016 e 2017, chegando a 54,8 milhões de pessoas. Percentualmente, a cifra da população pobre no Brasil saltou de 25,7% para 26,5% somente nesses dois anos.

Os dados apresentados acima levam em consideração a evolução geral dessa população, o que quer dizer que esses números poderiam ser ainda piores quando analisados por regiões ou Estados, mas esse não é o objetivo central desse trabalho.

Para Vieira *et al*, a justificativa do governo para essa mudança na forma de cálculos dos recursos da área da saúde está centrada em que:

[...] o Congresso Nacional, a cada ano, poderia destinar recursos adicionais acima da aplicação mínima, o que parece pouco provável por vários motivos. Em primeiro lugar, porque ao instituir um teto de gasto para as despesas primárias, congelando as despesas com saúde e educação em termos reais, mas com o aumento esperado das despesas com benefícios previdenciários e assistenciais, o espaço para a ampliação do orçamento da saúde ficaria, a cada ano, mais reduzido, e implicaria o comprometimento das demais despesas, com investimentos e outras políticas públicas (segurança, ciência e tecnologia, transportes, cultura, defesa, etc.). Segundo, porque a história do financiamento público da saúde no Brasil revela que a sua estabilização somente ocorreu com a vinculação das despesas estabelecida pela EC 29, período durante o qual o País experimentou taxas relevantes de crescimento

econômico, mas não houve aplicação significativa de recursos acima do mínimo constitucional por parte do governo federal. Sob a vigência do teto de despesas primárias, com disputa por recursos entre as diversas políticas do Estado, as dificuldades serão ainda mais severas. (VIEIRA e BENEVIDES, 2016, p. 20)

Há que considerar ainda que a maior fonte de recursos para o financiamento do SUS são os aportes financeiros de empregadores e empregados, por intermédio das contribuições previdenciárias, o que é outra questão que suscita várias críticas e discussões, tendo em vista alocar todo o sistema da saúde pública a uma rubrica financeira que não lhe é própria e que já possui seus próprios problemas.

Ao discorrer sobre essa forma de subfinanciamento do SUS, Rodrigues manifestou a sua preocupação discorrer que:

Dentre os problemas encontrados na implementação do Sistema Único de Saúde, o seu subfinanciamento é um dos mais citados e encarado como o ponto frágil do sistema por aqueles que estudam a saúde pública brasileira. No projeto inicial apresentado à Constituinte, como já citado no capítulo anterior, haveria uma separação entre Saúde e Previdência, sendo que esta deveria encarregar-se do “seguro social” até que se formasse um orçamento próprio da saúde e destinar os recursos do Inamps ao novo sistema que se formava. Porém, foi integrada à Seguridade Social para surpresa e contragosto do Movimento Sanitário, com o argumento de que seria reivindicado um orçamento para toda a Seguridade Social e a parte da saúde seria discutida ano a ano. Essa incorporação foi considerada por muitos um golpe, mas que não conseguiu ser rebatido devido às enormes discussões do grupo da saúde na Constituinte, que queria estabelecer fontes de financiamento e os papéis de cada esfera do governo nesse aspecto. Com a falta de consenso e uma proposta consistente que pudesse contrapor os argumentos usados na anexação à Seguridade, os sanitaristas não tiveram outra opção a não ser aceitar as novas condições, tendo em vista também que a criação do SUS já estava atrasada e o Inamps extinto. (RODRIGUES, 2016, p. 72)

Embora a questão do financiamento do sistema seja um dos grandes entraves ao seu bom funcionamento, outros problemas ligados à formação e regulamentação do SUS são extremamente relevantes para o entendimento de suas dificuldades gerenciais. Nesse sentido, a própria nomenclatura do programa traz em si certa incongruência, já que o Sistema Único de Saúde jamais foi único.

Em relação ao princípio da universalidade, principal característica do SUS, Vianna (2000, p. 12), diz que o mau funcionamento dos seus serviços “resultou na redução do sistema a um atendimento para pobres”, já que as classes mais abastadas, em busca da satisfação de suas necessidades, aderiram a planos privados de saúde, o

que tem impacto direto no financiamento do sistema, pois significa uma queda considerável na arrecadação de impostos, sobretudo no imposto sobre a renda.

Além das questões que envolvem o financiamento do sistema de saúde brasileiro, é preciso considerar que o envolvimento dos três entes federativos, União, Estados e Municípios, no seu gerenciamento tem desencadeado um alto nível de burocratização entre estes atores.

Ressalte-se, ainda, que a vasta produção de leis, regulamentos, instruções normativas, dentre outras, nas três esferas de governo, com o intuito de melhorar o gerenciamento do programa, o tornam quase que indecifrável. Esse fator tem tornado o seu controle social quase impossível até mesmo para os órgãos de controle criados na própria legislação.

Do ponto de vista da gestão de pessoas, um dos maiores problemas da pasta da saúde pública, encontra-se nas indicações políticas para os quadros de servidores, sobretudo nos cargos de alto escalão ligados à gestão de áreas altamente técnicas. Infelizmente por estar ligada ao controle do Ministério da Saúde, em regra, entregue a um partido político da coalisão do governo, vários cargos com atribuições técnicas, e, também com altos salários e influência social, são entregues às indicações políticas o que gera mudanças constantes nestas funções. Nesse sentido, Rodrigues declara que:

Outra questão está relacionada à impossibilidade de continuidade administrativa. O Sistema público de saúde conta com inúmeros cargos de confiança nas áreas de direção e assessoramento e até mesmo falta de profissionalização da gestão e ausência de carreiras para os servidores do SUS. O que prejudica enormemente a gestão, pois a cada mudança de governo mudam as configurações administrativas, comprometendo a continuidade de projetos e equipes. (RODRIGUES, 2016, p. 82)

Indicações políticas para cargos técnicos, falta de treinamento adequado para servidores, baixos salários, que em muitos casos incentivam o acúmulo de cargos, descontinuidade de projetos com mudanças de governo ou a ruptura destes com partidos políticos que compõem o governo, dificuldades no controle e fiscalização dos recursos empregados, devido ao tamanho do programa, dentre outras situações, vêm criando sérios entraves ao bom desenvolvimento do SUS.

Um outro problema a ser considerado no SUS e na área da saúde pública como um todo, é a dificuldade de comunicação desse setor, principalmente, com o seu usuário final, o que, em apertada síntese, nada mais é do que um reflexo das falhas de comunicação dentro do próprio sistema. Esse fator tem feito com que boa parte das políticas públicas implementadas sejam totalmente desconhecidas daqueles servidores que serão encarregados do processo de execução de tais programas, o que gera perda de materiais, desconhecimento de estoques, dentre outros, como veremos em capítulo oportuno.

Além do mais, no Brasil, se criou uma cultura de criação de textos legais que se perfazem em perfeitas políticas públicas, contudo, a execução destes textos tem se mostrado totalmente ineficazes, ora por que não são divulgadas, ora por que não são compreendidas, ora por que não se criam as condições para a sua efetivação, dentre outras causas.

Alguns bons exemplos disso são as inúmeras leis de conciliação e mediação, criadas nos últimos anos, que poderiam ser utilizadas como uma instância anterior à judicialização de políticas públicas, contudo, pelas razões já expostas tornaram-se ineficazes para a finalidade aqui colocada.

Os números da produção legislativa no Brasil são tão grandes que seria impossível tornar todas essas legislações conhecidas e verdadeiramente efetivas. Segundo o Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação – IBPT, de 1988 até 30 de setembro de 2016, os Poderes Legislativo e Executivo da União dos Estados dos Municípios e do Distrito Federal, haviam produzido 5,4 milhões de normas, perfazendo-se uma média de 769 normas por dia útil. (AMARAL, OLENIKE, *et al.*, 2016)

Em pesquisa feita no dia 26 de fevereiro de 2020, no Sistema de Legislação da Saúde – SLEGIS, compreendendo o período entre 1º de janeiro de 2010 e 26 de fevereiro de 2020, estabelecendo o tipo normativo “portaria”, obtivemos como resultado 39.452 portarias. Para o tipo normativo “resolução” foram encontrados mais 12.975 registros. Deve-se ressaltar que estes textos normativos foram criados apenas pela União, por intermédio do Ministério da Saúde e seus órgãos subordinados. (BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020)

Em entrevista dada ao jornal Folha de São Paulo, a médica e freira canadense, Monique Bourget, considerada uma das primeiras médicas da família no Estado de São Paulo, declarou, ao ser perguntada sobre quais seriam os maiores problemas do SUS, que a “regulação é um nó no sistema” e, continuando em sua resposta, asseverou que ela podia receber pacientes de fora do Estado, mas pacientes que moravam em cidades circunvizinhas não podiam ser atendidos porque o hospital de referência deles não era ali. Declarou ainda que, com isso, muitos pacientes morriam de câncer por demora no atendimento. (JORNAL FOLHA DE SÃO PAULO, 2020)

Das declarações da médica canadense, em contraste com o quantitativo de normas regulamentadoras do SUS, pode-se inferir que, mesmo com todo o esforço legislativo dos órgãos governamentais, os problemas com a regulação do sistema de saúde continuam sendo o grande gargalo para a ineficiência das políticas públicas nesta área. Do visto até aqui, parece-nos possível dizer que a normatização do sistema vem obedecendo a regras hierárquicas que pouco levam em consideração as opiniões da parte executora e dos usuários desse programa.

Do Valle (2009), ao discorrer sobre a importância da constitucionalização das políticas públicas após a Constituição Federal de 1988, sobretudo, por dotar o sistema legal de bases mais fortes para o controle das ações estatais, ressalta o papel fundamental que o planejamento assume nesta nova configuração das políticas públicas e nos mostra que a partir de então:

Introduz-se [...] uma especial carga ao elemento de coordenação dos esforços de ação do poder, seja nas suas relações internas, seja naquelas externas. No plano interno, cuida-se da prevenção contra uma Administração que, composta por órgãos desagregados, não encontre no planejamento em si elemento suficiente a orquestrar as ações de cada qual de suas unidades organizacionais no sentido do alcance dos objetivos constitucionalmente traçados. A articulação, portanto, entre as várias frentes de ação desenvolvidas por cada qual dos segmentos da Administração, no cumprimento de seus misteres constitucionais, é o único elemento. (DO VALLE, 2009, p. 75)

Portanto, articulação e coordenação parecem ser as bases sobre as quais todas as ações governamentais precisam estar fundamentadas. Nesse sentido, o esforço do poder público para o seu enquadramento nestas bases deve, na acepção de Vanice do Valle (2009), adequar-se à compreensão de que o Estado precisa entender as políticas públicas como um sistema de ações dinâmicas nas quais ele – Estado –

não se coloque como mero executor, mas esta, certamente, não é uma tarefa fácil em um modelo de Estado tão fractário como o brasileiro.

Cabe aqui ressaltar que todas essas impropriedades encontradas na gestão do Estado e de suas políticas públicas podem ser vistas em todos os Entes da federação brasileira, já que os modelos de gestão seguem os mesmos padrões recheados de interferências meramente eleitorais que influenciam, desde a seleção de pessoal, até os mínimos detalhes técnicos de administração do Estado.

Capítulo II

A Administração Pública e os processos de gestão de políticas públicas no Brasil – um grande abismo entre o Direito e o fato. “O governador promete, mas o sistema diz não”?

2. O processo evolutivo da gestão pública brasileira

Em que pese a importância do tema “administração pública” para a compreensão de suas funções e, dentre elas, a gestão de políticas públicas, parte importante deste trabalho, é preciso que se entenda que a grandeza e a riqueza desta ciência não poderiam ser totalmente desveladas nas limitadas páginas desta dissertação. Nesse sentido, buscar-se-á uma linha de raciocínio para o tema em epígrafe que melhor se entrelace com às demais discussões deste trabalho.

Cabe-nos, antes de qualquer aprofundamento, analisar a própria terminologia “administração pública”, trazendo ao entendimento, de forma clara e sucinta, o significado, sobretudo do termo “administração”, compreendendo que é a partir da consciência e internalização histórica da evolução do conceito deste vocábulo que o próprio gestor público se vê inserido na obrigação de buscar uma escala de excelência, cada vez maior, para o objeto de sua gestão.

Peter Drucker, considerado o pai da administração moderna, na busca pelo melhor conceito para o termo “administração” deparou-se com duas respostas populares para a pergunta sobre “o que é e o que faz a administração”. Na primeira delas, segundo Drucker, a sabedoria popular, relacionando administração à ideia de gerência ou chefia, diria que a administração “são os caras lá de cima”. Já no segundo caso, relacionando o termo com a ideia “de alguém que dirige o trabalho dos outros”, sua conceituação seria a de “alguém cujo o trabalho consiste em fazer os outros trabalharem”. (DRUCKER, 2003, p. 7)

Com base nas afirmações dos servidores perguntados é possível perceber, que independentemente da resposta que se analise, a administração é - para o administrado - um ente distante e com objetivos próprios, nem sempre,

compartilhados. Ainda segundo o autor, em nenhuma das respostas o termo “administração” é de fato definido. Para Drucker, o que os dois conceitos populares fazem é elencar um grupo de pessoas que fazem parte da administração. (DRUCKER, 2003, p. 8)

Idalberto Chiavenato (2000), em seu esforço para conceituar “administração” nos remete a ideia de que de que o conteúdo dessa ciência não pode ser descrito sem a consideração de seu histórico durante o tempo e no tempo em que ela está sendo conceituada. Corroborando com essa ideia, declara CHIAVENATO, 2003, p. XVIII, que “nosso ponto de vista é que a administração é melhor compreendida quando se correlaciona com as características da empresa – e suas variáveis internas – e com as características do ambiente que a rodeia – e suas variáveis externas”. Extrai-se do ideário do autor que a administração é um processo dinâmico de relações internas da empresa administrada e, desta, com o seu meio externo.

Nesse sentido ao descrever a tarefa e o conceito de administração, Chiavenato nos ensina que:

A tarefa da administração é interpretar os objetivos propostos pela empresa e transformá-los em ação empresarial por meio de planejamento, organização, direção e controle de todos os esforços realizados em todas as áreas e em todos os níveis da empresa, a fim de atingir tais objetivos. Assim a Administração é o processo de planejar, organizar, dirigir e controlar o uso dos recursos organizacionais para alcançar determinados objetivos de maneira eficiente e eficaz. (CHIAVENATO, 2003, p. 3)

Evidentemente, o conceito acima, foi adequado – especificamente - para a administração geral sem a preocupação de buscar as adequações necessárias à sua aplicação na esfera da Administração Pública, contudo é a partir desse arcabouço geral que nascem as novas ciências da administração, incluindo aí, a pública.

Deve-se ressaltar que, hodiernamente, convencionou-se utilizar o termo gestão pública quando o que está em discussão são as formas utilizadas no gerenciamento da máquina pública. Saliente-se, no entanto, que tal referência não desvincula a administração pública da ciência da administração. Embora seja pacificada a ideia de que administração pública escrita em letras minúsculas se refira à gestão, esse termo tem caído em desuso e será pouco utilizado aqui.

Falando especificamente da gestão pública, uma das características mais importantes a ser ressaltada é que, nas instituições públicas, o vínculo à lei e aos princípios que norteiam o Estado serão condições inescusáveis para a validade de tudo o que se fizer para o alcance de seus objetivos, diferentemente da gestão ou a administração de uma empresa privada, que embora não possa utilizar-se de meios ilegais para alcançar suas metas, não está obrigada a fazer apenas aquilo que a lei determina.

Entendendo que a gestão pública não pode prescindir dos ditames legais, faz-se necessário discorrer, ainda que de forma breve, principalmente, sobre os princípios da legalidade, da supremacia do interesse público e da eficiência, tendo em vista a importância que estes postulados sempre possuíram no próprio desenvolvimento histórico da gestão pública, sobretudo no período pós Constituição de 1988.

Ao escrever sobre o princípio da legalidade, Gerson Braga nos ensina que:

Todos sabemos que o princípio da legalidade está na base do Estado de Direito. Entre os particulares, vige o princípio da autonomia da vontade, segundo o qual o que não for proibido por lei é permitido. Diferentemente, o administrador público age sob o império das leis. Só pode fazer o que a lei lhe permite. "Suporta a lei que fizeste" é a proposição recomendada pelo sempre mestre, José Cretella Júnior (1992), ao asseverar que todos os princípios estão fundamentados no princípio da legalidade. (BRAGA, 2002, p. 18)

Evidentemente, a vinculação da Administração Pública a este princípio, pode ser vista como o resultado de uma evolução da própria técnica de gestão da coisa pública, que desde os tempos do império e, por boa parte da era republicana, vivia sob o modelo patrimonialista de gestão. Nesse período, a gestão do Estado tinha como função primordial a manutenção do *status quo* político daqueles que estavam no poder. Os cargos, as funções e as riquezas do Estado, nada mais eram do que moedas usadas no pagamento de favores políticos e para agradar apadrinhados do poder.

Nesse modelo de gestão, a coisa pública era facilmente confundida com o patrimônio particular dos seus servidores e gestores, além disso o pouco controle social que existia era facilmente cooptado por favores, por cargos ou reprimido pela força estatal. A respeito desse período, Santos nos ensina que:

No Brasil, a primeira experiência de Estado foi a do Estado Colonial Português, autoritário e escravocrata, usado em benefício de pequenos grupos, trocando serviços e cargos, por favores pessoais e políticos. Era o modelo de administração pública chamado de patrimonialista, em que o patrimônio e os serviços públicos eram usados pelos governantes e pelos servidores como seu patrimônio particular, para garantir vantagens pessoais. Essa experiência deixou profundas marcas na concepção do Estado no Brasil e esses vícios de uso do Estado nunca foram totalmente extirpados da cultura brasileira e afetam tanto o comportamento dos dirigentes e servidores do Estado, como da sociedade. (SANTOS, 2015, p. 356)

Ocorre, no entanto, que como resposta a esse estado de coisas na gestão pública, surge o sistema denominado de burocrático, que busca no encadeamento de funções, na burocratização dos serviços e na rigidez de comando, encontrar uma solução para os desvios no interesse público que regeriam a Administração até aquele momento.

Em que pese a mudança ter demonstrado alguns avanços, não se pode dizer que a estrutura do Estado mudou muito, pois, os mesmos problemas encontrados no modelo patrimonialista se reproduziam no período burocrático, no entanto, segundo SANTOS (2015, p. 357), nesse período “buscou-se criar uma burocracia preparada para o exercício das atividades do Estado, orientada por normas e princípios gerais”. A partir desse momento na história da administração pública brasileira se começou a ver o embrião do Estado regido pelo princípio da legalidade e movido pelo interesse público.

Embora a burocratização seja um período de maior controle das funções públicas e do patrimônio estatal a sua fragilidade estrutural, caracterizada pela baixa especialização, pela centralidade de comando e pelo conseqüente uso das normas em favor dos grupos de interesse inseridos no Estado, fazem com que esse modelo de gestão seja refutado à medida em que a própria sociedade evolui. A respeito do modelo burocrático de gestão pública, Clésio dos Santos preleciona que nesse período “criou-se uma preocupação excessiva com os procedimentos, rotinas e normas, fazendo com que o servidor se preocupasse em cumprir os processos, esquecendo-se muitas vezes, dos resultados que deveriam ser alcançados, em benefício da população”. (SANTOS, 2015, p. 359)

É a partir do entendimento de que o apego à lei e aos procedimentos não podem se tornar um empecilho ao fim maior da própria Administração Pública que é o serviço

à sociedade que se começa a pensar em um modelo que prescindia da obediência à lei, mas que também não se afaste da finalidade maior da gestão pública. Com essa preocupação o período burocrático começa a dar lugar ao período gerencial que busca, além do respeito às leis e aos procedimentos, incorporar no conceito de gestão pública o princípio da eficiência.

Portanto, é no trilho da legalidade, que busca trazer o Estado para o seu fim - que é o interesse público - que a necessidade de eficiência se torna um dos corolários da nova gestão pública, entendendo-se este último princípio como a necessidade de “que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional”. (MEIRELLES, 2010, p. 98)

A respeito da eficiência na Administração pública, oportuna se faz a lição de PASCARELLI FILHO (2013, p. 70), que nos ensina que a “eficiência está intimamente ligada a economicidade, ou seja, o princípio de atingir objetivos traduzidos por boa prestação de serviços, do modo mais simples, mais rápido e econômico, tendendo a maximizar a relação custo/benefício do trabalho público”. Continuando sua explanação, declara o referido autor que:

[...] urge que a eficiência esteja totalmente interligada com a razoabilidade e a moralidade na administração pública, uma vez que o administrador público deve utilizar-se de critérios na realização de sua atividade discricionária, bem como urge definir critérios indicadores para se definir com maior precisão, para além dos discursos relativos, o significado da eficiência de um serviço público. (PASCARELLI FILHO, 2013, p. 70)

Portanto, o conceito moderno de gestão pública, formulado sob os pilares do modelo gerencial de administração, exige do gestor público um amplo compromisso com os princípios legais e morais que conduzem a própria sociedade. Nesse contexto, o conceito moderno de gestão pública é fruto do esforço teórico-prático de pesquisadores que precisaram entender as constantes mudanças desse ramo da ciência da administração que, no caso específico do Brasil, sofre sérias influências a cada dois anos com os processos eleitorais, por exemplo, além das influências regionais.

Na busca pela melhor definição para a gestão pública/administração pública o Conselho Federal de Contabilidade - CFC - nos apresentou o seguinte conceito:

Constitui-se administração pública a atividade desempenhada pelo Estado para a prestação de serviços públicos, pelos meios próprios ou por intervenção no setor privado, representada por seus agentes, órgãos e pessoas jurídicas a quem compete exercer as atividades público-administrativas. (CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE, 2011, p. 11)

Percebe-se pela preocupação do CFC em incluir os agentes da Administração dentro do conceito de gestão pública que não se pode pensar na condução da coisa pública sem levar em consideração a influência do comportamento humano e político daqueles incumbidos de transformar os objetivos do Estado em ações efetivas.

Nesse sentido, contrariamente à administração privada, as garantias da ciência da Administração, no caso específico da gestão pública, podem não ter o mesmo rigor prático metodológico, posto que, neste último caso, fatores políticos e de grupos de interesses podem facilmente se opor à tecnicidade. Nesse sentido Clézio Saldanha nos ensina que:

Em outra perspectiva, a gestão pública sugere que os objetivos, a estrutura e as políticas organizacionais emergem de um processo contínuo de negociação entre os vários grupos de interesse, e a visão política indica que o exercício do poder é algo dentro de uma disputa organizacional. No entanto, não há garantia de que aqueles que recebem poder vão usá-lo de forma inteligente ou com justiça para obter sucesso. (SANTOS, 2015, p. 47)

Como visto até aqui, não é possível analisar a gestão pública e as políticas emanadas desse processo, sem levar em consideração todas essas peculiaridades que, certamente, têm grande influência na qualidade dos projetos públicos e até mesmo na escolha das ações estatais que serão priorizadas, além de ser necessário levar-se em consideração que as prioridades governamentais, em regra, refletem os desejos dos grupos de influência de cada momento histórico do Estado, contudo, a esse respeito falaremos oportunamente.

2.1 Estado e gestão de políticas públicas no Brasil – uma história construída por grupos de interesses

Antes de falarmos de políticas públicas no Brasil, faz necessário fazermos um breve histórico de seu surgimento como uma disciplina autônoma dentro da ciência

da Administração Pública e o consequente entendimento de sua multidisciplinaridade. Embora para o público leigo pareça óbvia a ligação da gestão de políticas públicas com a ciência da administração, na realidade, esse posicionamento nunca foi muito claro no mundo acadêmico e, mais recentemente, os teóricos desta disciplina têm estado cada vez mais conscientes das dificuldades de atrelá-la a um só campo do saber.

O grande complicador ao se tentar enquadrar a gestão de políticas públicas como um braço da administração, ou como uma área exclusiva da ciência política, é que o campo de abrangência dessa disciplina vai muito além da mera análise das estruturas do Estado ou dos governos nos quais essas políticas são implementadas não se podendo limitar a sua análise aos procedimentos burocráticos que as norteiam.

Embora seus estudos iniciais - nos anos 50 - nos Estados Unidos, tenham apresentado um certo foco na ciência política e na organização estatal, a percepção da grandeza desta disciplina rapidamente evoluiu para o seu caráter multidisciplinar, contudo, não se pode retirar o mérito de que é na análise feita sob o ponto de vista da ciência política que se encontram os pilares para o entendimento das motivações que levam o Estado a decidir-se por uma política pública em detrimento de outra, por vezes, vista como de maior valor social.

Corroborando com esse entendimento, DYE *et al* (1992, p. VII), nos ensinam que “a maioria das políticas públicas são uma combinação de planejamento racional, incrementalismo, competição entre grupos, preferências da elite, escolha pública, processos políticos e influências institucionais” (*tradução livre*). Com base nesta afirmação, fica-nos claro que não é possível fazer uma análise das escolhas governamentais em políticas públicas levando-se em consideração apenas as questões econômicas ou de oportunidade, pois as influências sobre essas decisões vão muito além destas variáveis.

Nesse sentido, torna-se oportuna a lição de MULLER e SUREL (2002) a respeito das teorias da ação pública, que, na visão deles, atrelam as formas de ação do poder público a duas concepções tradicionais do Estado. Na primeira vertente dessa teoria, os autores abordam o Estado e suas ações como sendo uma produção da sociedade e nos explicam que:

Em primeiro lugar, a interrogação inicial sobre as condições de produção do Estado leva a maior parte dos autores que se inscrevem nesta abordagem a postular que este último é o resultado de uma relação dialética com a sociedade. Produzido por ela, ele participa também na sua produção: a sociedade moderna não existe sem Estado. Esta perspectiva acha o essencial de sua fonte no pensamento hegeliano que vê o Estado como a realização da sociedade civil na sua unidade, tornando-se o Estado o lugar da “previdência universal” sem o qual a sociedade não existe. Principal consequência desta centralidade adquirida pelo Estado, [é que] as lógicas em ação no mesmo não podem ser deduzidas das diferentes lógicas sociais. (MULLER e SUREL, 2002, p. 32)

A grande dificuldade que advém desta teoria é que, segundo esses autores, “a ação do Estado transcende os múltiplos interesses particulares da sociedade civil, para colaborar na definição de um interesse comum” o que nos leva a crer que o poder público possui uma ordem própria que não nasce, necessariamente, dos anseios da sociedade como um todo, quiçá de uma maioria deste mesmo grupo social. Ainda contra-argumentando essa ideia, Muller e Surel, trazem para a discussão os argumentos de Marx de que as ações do Estado transcendem os interesses da sociedade e são frutos das lutas de classes e delas depende a sua própria existência. (MULLER e SUREL, 2002, p. 32-33)

A partir da teoria marxista de surgimento e sobrevivência do Estado, o seu caráter autônomo e independente da própria dinâmica social encontra dificuldades para prosperar, mas por outro lado, a ideia de que a instituição e a evolução do Estado dependem dos movimentos da sociedade também encontra dificuldades de sustentação, pois as ações estatais, sobretudo nas sociedades neoliberais, raramente guardam alguma relação com as reais necessidades de suas maiorias. Nesse sentido, a solução para os questionamentos que se levantam a partir da teoria de um Estado autônomo e, também, para a teoria de um Estado dependente da sociedade tomam contornos de difícil dilucidação.

Se por um lado, verificamos a influência de fatores externos na formação ações estatais, por outro, quando analisamos essas ações a partir da vontade da maioria da sociedade, parece difícil acreditar em um Estado formado a partir de sua população e dela dependente. Na tentativa de buscar uma explicação para esse difícil enquadramento do Estado como autônomo ou dependente da ação social, Muller e Surel (2002), nos ensinam que:

O conjunto destas abordagens forma o pedestal da maior parte das teorias que valorizam o papel central do Estado nas relações sociais. Sem entrar nos detalhes de uma longa história da sociologia do Estado (Badie, Birnbaum, 1979), contentar-nos-emos em mostrar que uma tal perspectiva pôde alimentar uma corrente de análise particular quanto à natureza da intermediação contemporânea entre Estado e grupos de interesse na produção da ação pública, aquela do neo-corporativismo. Considerando a centralidade do Estado e de sua natureza monopolística quanto ao exercício da dominação, os defensores da abordagem neo-corporativista ultrapassam, entretanto, o quadro institucional do aparelho político-administrativo, para descrever a ação do Estado como o produto de uma relação institucionalizada entre um número limitado de atores públicos e privados (Schmitter, 1974; Lehmbruch, Schmitter, 1979). (MULLER e SUREL, 2002, p. 34)

A partir dessa visão do neo-corporativismo, trazida por Miller *et al*, é possível inferir que o Estado moderno será um misto de ente autônomo e dependente. As ações estatais em um dado momento histórico e político poderão mostrar um Estado totalmente autônomo para determinado grupo que não tenha nenhum poder de influência sobre ele, e totalmente dependente para os grupos que formam o seu “aparelho político-administrativo” ou que tenham influência sobre este aparelho.

A partir dessa ideia de um Estado neo-corporativista, a segunda teoria das ações do Estado, trazida Muller e Surel (2002), pode ser bem esclarecedora, já que nesta abordagem o Estado assume uma concepção pluralista e de interações com a sociedade. A esse respeito, declaram estes autores que:

Ao contrário da abordagem estatal, ela tende a se organizar ao redor da ideia, segundo a qual o Estado é o resultado de processos sociais irreduzíveis. Longe de modelar a sociedade, o Estado é, pois, o produto da interação entre os grupos livremente formados, e constitui uma forma de “véu” totalmente permeável aos interesses e à competição dos grupos que caracterizam as lógicas sociais. (MULLER e SUREL, 2002, p. 35)

Apreende-se do texto citado, que o ambiente de criação do Estado e de suas ações a partir da abordagem pluralista caracteriza-se por possuir uma atmosfera menos centrada em seus próprios preceitos e de uma aparente descentralização de poder, contudo é preciso entender que esse espaço de respeito aos princípios democráticos e de exercício pleno dos direitos políticos daqueles que compõem o Estado, em que pese reforçar os poderes dos movimentos sociais, também reforça a capacidade de influência de certos grupos de interesses com condições política, econômica e social para produzir mudanças nas ações do Estado.

Evidentemente, não se pode desprezar o fato de que, nos sistemas democráticos com sufrágio temporário, a produção de políticas públicas tenderá às influências de

grupos de interesses que possuam representações no poder legislativo e, até mesmo no executivo. Essa influência exercida por grupos representativos tem sérias consequências nos processos de tomadas de decisões do Estado, tendo em vista que soluções mágicas para problemas que sequer fazem parte da agenda pública, podem surgir à menor sombra de oportunidade.

Diante dessa realidade, parece-nos mais importante entender quem são os atores que fazem parte da composição do Estado em um dado momento, do que buscar entender qual é a verdadeira agenda dos entes públicos, posto que, esta última, será determinada e mudada de acordo com as vontades desses grupos. Logo, independentemente do modelo de Estado no qual estejamos é preciso entender que, no fim, todas essas concepções terminarão por demonstrar que, em se tratando de políticas públicas, é a formação dos grupos de influência que terminarão por determinar as ações do Estado.

Ao analisarem as políticas públicas sob o ponto de vista dos defensores da formação pluralista do Estado, Muller e Surel, declaram que:

Esta perspectiva conduz, evidentemente, a consequências importantes do ponto de vista da análise da ação pública. Para os defensores do paradigma pluralista, o conteúdo de uma política será o resultado das diferentes pressões exercidas pelos grupos de interesse envolvidos. Por exemplo, uma política favorecendo um tipo de combustível, com o fim de lutar contra a poluição, será a resultante das pressões contraditórias de diferentes grupos de interesses: construtores automobilísticos, ecologistas, usuários de transportes públicos etc. O sentido desta política será, portanto, buscar na capacidade dos grupos envolvidos mobilizar recursos, exercer pressões ou impor sua visão do mundo, convertendo, por fim, suas ações em decisões públicas. (MULLER e SUREL, 2002, p. 35)

Embora eles tenham se referido especificamente ao modelo de Estado pluralista, essa realidade marcada por influências de grupos externos foi mais bem discutida quando eles analisaram o modelo autônomo de Estado. O importante, no entanto, é que ao entendermos as concepções de formação do Estado, seja como um ente autônomo, seja como um produto da sociedade, tenhamos a percepção de que estes modelos não podem dispensar o fator humano, o que sempre os colocará sob os holofotes dos grupos de influência.

O mais importante, a partir deste ponto, é o entendimento de que as influências exercidas sobre o Estado trazem consigo uma série de dificuldades para a

implementação e a avaliação de ações públicas assertivas, já que a construção de políticas governamentais, levando-se em consideração o método sequencial, precisa passar por algumas etapas que, embora não possuam uma sequência obrigatória, a obediência a elas pode poupar o gestor de vários problemas. Nesse sentido, Leonardo Secchi, ao descrever a criação de uma política pública nos ensina que:

O processo de elaboração de políticas públicas (policy-making process) também conhecido como ciclo de políticas públicas (policy cycle). O ciclo de políticas públicas é um esquema de visualização e interpretação que organiza a vida de uma política pública em fases sequenciais e interdependentes. (SECCHI, 2012, p. 33)

Continuando em sua lição, Secchi (2012), discorre que existem várias versões para os ciclos de política pública, contudo, em sua análise ele opta por utilizar um modelo de sete fases, descrevendo-as como sendo: 1) identificação do problema; 2) formação da agenda; 3) formulação de alternativas; 4) tomada de decisão; 5) implementação; 6) avaliação e 7) extinção.

Percebe-se, já de início, que os dois primeiros pontos do ciclo de políticas públicas – a identificação do problema e a formação da agenda - quando bem analisados podem ser um termômetro dos interesses que estarão movimentando as ações governamentais. Secchi (2012, p. 34) ao conceituar o que vem a ser um problema asseverou que este “é a discrepância entre o que é e aquilo que se gostaria que fosse a realidade pública”, portanto, nem sempre um problema se traduz como uma situação, podendo ser, apenas uma situação que pode ser melhorada.

No que diz respeito à formação da agenda, o mesmo Secchi nos ensina que:

A agenda é um conjunto de problemas ou temas entendidos como relevantes. Ela pode tomar forma de um programa de governo, um planejamento orçamentário, um estatuto partidário ou, ainda, de uma simples lista de assuntos que o comitê editorial de um jornal entende como importante (Secchi, 2006).

[...]

Os problemas entram e saem das agendas. Eles ganham notoriedade e relevância, e depois desinflam. Como destaca Subirats (1989), a limitação de recursos humanos, financeiros, materiais, a falta de tempo, a falta de vontade política ou a falta de pressão popular podem fazer que alguns problemas não permaneçam por muito tempo, ou nem consigam entrar nas agendas. As agendas listam prioridades de atuação, e como já dizia um ex-candidato à Presidência da República do Brasil: a maior dificuldade para o político não é estabelecer quais serão as prioridades. A maior dificuldade é ordenar as prioridades. (SECCHI, 2012, p. 36)

Portanto, existem vários fatores que podem influenciar a formação de uma agenda de ações públicas e, deve-se ressaltar que o estabelecimento do grau de prioridade dos temas constantes dessa agenda sempre estará sujeito a mudanças que podem ser causadas por várias razões, contudo a principal delas é a pressão exercida pela sociedade ou por certos grupos de influência. Em que pese estarmos falando, especificamente, da fase de formação da agenda, é preciso entender que essas influências podem ocorrer em quaisquer das fases de implementação de uma política pública.

As ingerências no curso das ações públicas nem sempre têm o condão de retirá-las da agenda, pois é muito comum que as pressões sobre essas ações ocorram já no processo de formulação de alternativas para a determinação dos produtos ou serviços que serão escolhidos, bem como, na fase de escolha de quem serão os prestadores que viabilizarão a política em curso. Nesta última fase, os verdadeiros grupos de influência tendem a aparecer com uma maior veemência, pois é nela que se estabelece quem, de fato, tem poder nos meios governamentais.

Ao comentar a fase de formulação das alternativas em políticas públicas, SCHATTSCHNEIDER (1960, p. 68), nos ensina que esta etapa se caracteriza como “o instrumento supremo de poder, porque a definição de alternativas é a escolha dos conflitos, e a escolha dos conflitos aloca poder”. Portanto, falar de políticas públicas, independentemente da fase em que ela se encontre, é, necessariamente, falar de determinação e alocação de poderes.

Ao passar por essas fases iniciais de uma política pública chega-se ao momento de tomada de decisão onde a quantidade de variáveis a serem avaliadas pelo gestor público são bastantes numerosas, fazendo com que esse momento, quase sempre, seja subdividido em várias etapas com momentos decisivos menores em cada uma delas. Ao comentar o processo de decisão em políticas públicas MULLER e SUREL (2002, p. 99-100), dividem essa fase estabelecendo que existem as decisões “inencontáveis”, as decisões “indeterminadas” e as decisões “como um processo”.

Dos três tipos de decisões relatados por Muller e Surel (2002), o que mais nos interessa no momento são aquelas que podem ser vistas como um processo, pois estas são, na visão dos próprios autores, um conjunto de todos os outros tipos de

decisão. Em se tratando de políticas públicas, o processo decisório - para os citados autores - sempre levará em conta aspectos ligados à influência política, econômica e social dos atores nela envolvidos, além de levar em consideração cada momento histórico, legislativo e, até mesmo eleitoral, no decorrer da implementação de uma ação pública.

Descrevendo essa fase de formulação dos processos decisórios Muller *et al*, nos explicam que:

Um dos aspectos mais importantes deste trabalho de análise e de formulação das opções concerne à articulação entre dimensão das *politics* e a dimensão das *policies*. Com efeito, uma política pública pode parecer plausível, até desejável, sob um plano técnico e completamente irrealizável do ponto de vista da política eleitoral. Uma das dimensões do trabalho de formulação é, portanto, precisamente, fazer face a esta situação de *super-escolha* que caracteriza a decisão política, isto é, a necessidade de integrar variáveis heterogêneas como as pressões técnicas, os dados políticos, os aspectos diplomáticos ou militares etc. (MULLER e SUREL, 2002, p. 102)

Extraí-se do texto que o processo de decisão em uma dada ação governamental sempre terá uma variável política e uma variável técnica e é com base no peso que essas variáveis terão no processo de continuidade dos governantes de um dado momento que, via de regra, essas decisões são referendadas ou refutadas. Nesse sentido, continuam Muller e Surel:

A legitimidade de uma decisão governamental chega, assim, por exemplo, à sua conformidade ao Estado de direito (ao menos para os Estados que integram esta necessidade), o que significa que ela deve ter sido tomada respeitando os procedimentos constitucionais e que ela não deve transgredir a ordem jurídica existente. Mas o caráter legítimo de uma decisão remete, também, à sua percepção pelos interessados, decisão esta que deve ser percebida como aceitável, senão justa. Há múltiplos exemplos de decisões que não sofreram nenhuma contestação no plano jurídico, mas que acabaram postas em questão, porque sua legitimidade era insuficiente na opinião. (MULLER e SUREL, 2002, p. 103)

É preciso considerar que, em se tratando de legitimidade técnica, não há muito o que discutir, pois esta assenta-se em critérios científicos, contudo, quando tratamos da legitimidade política de uma ação pública, a análise torna-se um pouco mais complicada, pois uma ação governamental não contestada pela opinião pública não necessariamente terá algum efeito positivo para os seus executores, o que pode resultar em grandes perdas do ponto de vista político para os gestores. Nesse sentido, MULLER e SUREL (2002), esclarecem que “um ator político desejará, assim, por

exemplo, fazer ao mesmo tempo a política que ele crê justa e aquela que lhe dará mais chances de ser reeleito”.

Portanto a implementação de uma política pública, sobretudo nos Estado em que a classe política passa pelo referendo público de tempos em tempos, pode assumir um caráter pouco técnico, mas com repercussões midiáticas que aproximem as classes políticas de grupos econômicos e sociais com influência eleitoral.

Embora se possa encontrar distorções em todas as fases das ações estatais, o momento da execução dessas ações apresenta uma gama de problemas que podem ser consideravelmente maiores do que nas outras fases, pois além de todas as dificuldades de ordem política, já vistas até aqui, existem os entraves ligados ao processo de gestão propriamente dito.

Um dos problemas da fase de implementação e, talvez, um dos mais graves deles, é a falha no processo de comunicação entre aqueles que formulam as políticas e aqueles que ficarão encarregados de sua execução. Na maioria dos casos, os executores das políticas públicas são servidores que, além de desconhecer completamente o objeto da ação pública, recebem a incumbência de dar prosseguimento ao processo como se dele não fizesse parte, o que tende a acarretar certo descompromisso e desinteresse com os resultados esperados. Secchi, ao descrever a fase de implementação de políticas públicas nos ensina que:

É no momento da implementação que funções administrativas, como liderança e coordenação de ações, são postas à prova. Os atores encarregados de liderar o processo de implementação devem ser capazes de entender elementos motivacionais dos atores envolvidos, os obstáculos técnicos e legais presentes, as deficiências organizativas, os conflitos potenciais, além de agir diretamente em negociações, construção de coordenação entre implementadores e cooperação por parte dos destinatários. A fase de implementação é aquela em que a administração pública reveste-se de sua função precípua, a de transformar intenções políticas em ações concretas. (SECCHI, 2012, p. 46)

Essa característica será vista, muito comumente, nas políticas públicas envolvendo a área da saúde pública no Brasil, pois, nesse caso, o sistema federativo coloca-se como um grande entrave para a gestão das ações governamentais, sobretudo quando se trata de projetos envolvendo o Sistema Único de Saúde – SUS. Ocorre que em razão do tamanho do SUS e das distribuições de competências entre

os três entes federados – União, Estados e Municípios – os executores dessas políticas públicas, em regra, estão bem distantes de seus idealizadores.

Este fato faz com que a maior parte das políticas executadas na área da saúde se enquadrem no modelo *top-down* de implementação. SECCHI (2012, p. 47) descreve esse modelo como sendo “parte de uma visão funcionalista e tecnicista de que as políticas públicas devem ser elaboradas e decididas pela esfera política e que a implementação é mero esforço administrativo de achar meios para os fins estabelecidos”, o que nos parece não estar dando muito certo. Em continuidade à sua lição Secchi declara que:

Esse modelo também é visualizado como estratégia da classe política para “lavar as mãos” em relação aos problemas de implementação: se as políticas, os programas e as ações estão bem planejados, com objetivos claros e coerentes, então uma má implementação é resultado de falhas dos agentes (por exemplo, policiais, professores, médicos). Esse processo é conhecido na literatura política como *blame shifting*, ou deslocamento da culpa. (SECCHI, 2012, p. 47)

Como contraponto a esse padrão de exclusão dos executores das políticas públicas dos seus processos de decisão, Secchi (2012), faz menção ao modelo denominado *bottom-up*, que dá aos agentes encarregados de tornar a ação governamental efetiva certa margem de discricionariedade para efetuar as mudanças necessárias à sua melhor adequação aos seus beneficiários. O grande problema deste modelo é que ele acaba por dividir entre executores e idealizadores as responsabilidades pelo sucesso e, também pelo insucesso das ações do Estado, o que do ponto de vista político, torna o modelo pouco desejado, principalmente, diante de políticas públicas com resultados negativos.

O fato, é que o modelo caótico e fragmentado de implementação de políticas públicas, dá aos poderes políticos a possibilidade de eximirem-se da inefetividade das ações do governo, utilizando-se do argumento de que o problema está na execução e não na implementação dessas ações, o que, na visão moderna de gestão não possui nenhuma relação com a verdade.

2.2 A gestão de políticas públicas de saúde e a gestão baseada em evidências

De tudo o que já foi exposto até aqui, uma das conclusões mais básicas que já faz possível inferir é que a gestão de políticas públicas, assim como as próprias necessidades e prioridades sociais e governamentais, é altamente volátil e dinâmica.

O avanço da tecnologia, a modernização e a democratização do acesso aos sistemas de comunicações, tornaram o acesso à informação uma ferramenta primordial para o crescimento econômico nos Estados modernos. As novas tecnologias, sobretudo no campo comunicacional, têm levado as sociedades modernas a rever seus muros imaginários, tornando suas fronteiras cada vez menos importantes com a formação de grandes blocos econômicos, sociais e culturais.

Como parte da quebra dessas barreiras fronteiriças, o acesso às informações tornou-se ainda mais dinâmicos criando a possibilidade de se avaliar os resultados de políticas públicas em todo o mundo, e, não somente isso, mas, também possibilitou a avaliação dos processos sociais, econômicos, culturais e políticas que levaram determinadas sociedades a optarem por certas ações públicas em detrimento de outras e, desta forma, concluir o porquê de seus resultados.

Fato é que, em razão dessa nova ordem econômica e social, os gestores do Estado são, cada vez mais, impulsionados a encontrar novas formas de gerir a coisa pública, buscando dar transparência as ações governamentais, e, mais do que isso, adequando a administração pública a novos padrões de produtividade e eficiência. Nesse sentido, Pascarelli Filho, nos ensina que:

Sem dúvida, há uma transformação silenciosa em curso na administração pública brasileira no que se refere à utilização da tecnologia da informação, o que tem resultado em enormes ganhos quanto à transparência, agilidade, eficiência, economicidade e ganho de produtividade nas ações governamentais. E isto tem sido fruto de uma incorporação dos multimeios da comunicação, em especial do que se usa chamar de informática, constituindo o “governo eletrônico”. (PASCARELLI FILHO, 2013, p. 96)

É exatamente nesse contexto de busca pela modernização e efficientização das ações públicas que novas formas de administração dos bens do Estado, como a gestão baseada em evidências, são incorporadas aos seus poderes constituídos.

Embora não se trate de técnicas novas no setor privado, para o setor público, engessado pelos rigores de seu próprio regime jurídico, esses modelos de gestão ainda são verdadeiras novidades, gerando muitas desconfianças, além de certas resistências do setor político. Nesse sentido, Ramos e Silva, nos ensinam que “a política baseada em evidência soa ambiciosa demais para o contexto político, inerente aos conflitos, *trade-offs* e os compromissos políticos”. (RAMOS e SILVA, 2018, p. 297)

Para entender melhor as questões que permeiam a implementação de políticas públicas com a metodologia baseada em evidências, é preciso, antes de mais nada, que tenhamos a total compreensão do que vem a ser esse processo e quais são as suas bases de sustentação.

Um dos primeiros problemas a serem enfrentados quando da análise de políticas públicas baseadas em evidências é a sua própria nomenclatura, pois, ao se falar em evidências como a base de construção das ações do Estado estar-se-ia a dizer que os entes públicos estariam dotados da capacidade temporal e analítica para se utilizar de experiências de sucesso de outras instituições, aplicando-as de forma eficaz. Contudo, a esfera pública possui “janelas de oportunidades” e contextos sociais muito diferentes.

Com base nesta diferença temporal e social dos entes públicos Ramos *et al* (2018, p. 297), nos declaram que “o gestor deverá escolher as estratégias que melhor se adequam à sua janela de oportunidade, modificando-as sempre conforme o seu contexto. Nesse sentido, as políticas dificilmente serão iguais umas às outras”, o que, ainda na visão desses autores, nos remeteria à ideia de que pensar a política baseada em evidência na esfera pública

[...] soaria ambiciosa demais para o contexto político, inerente aos conflitos, *trade-offs* e aos compromissos políticos. Segundo ele, foi por esse motivo que alguns autores defenderam o uso mais modesto do termo Política Informada por Evidência (PIE), cujo objetivo não é o de que os tomadores de decisão baseiem suas políticas em outras que obtiveram sucesso, pois os contextos e a janela de oportunidade local certamente serão diferentes. O propósito, contudo, é informar os gestores sobre as estratégias disponíveis, bem como indicar as melhores evidências da literatura. (RAMOS e SILVA, 2018, p. 297)

Partindo-se dessa nova dimensão dada por Ramos *et al*, seria mais coerente a utilização do termo políticas “informadas” por evidências (PIE), posto, salvo em casos

muito específicos, não ser possível que as bases das ações estatais estejam pautadas em experimentos de sucesso do passado, contudo o conhecimento gerado a partir destas experiências pode ser utilizado para balizar políticas em implementação e a serem implementadas pelo Estado.

É fato que a utilização dos modelos baseados em evidências na Administração Pública pode trazer grandes ganhos para o setor, evitando-se grandes desperdícios, além de dotar de maior credibilidade as ações governamentais. Contudo, baseado na ideia, de que nos tempos modernos, é possível encontrar informações sobre qualquer coisa e com pontos de vistas bem diferentes, essa metodologia também pode se tornar um grande problema, posto que sempre será possível encontrar bases “científicas” para justificar políticas públicas que fazem parte de uma agenda bem diferente daquela solicitada pela sociedade, mas em consonância com uma pauta gerada por grupos de interesses com poderes sobre os negócios do Estado.

Ao criticar essa possibilidade de uso do conhecimento para dar base a aspirações diferentes daquelas pretendidas pela sociedade em matéria de políticas públicas, Ramos *et al*, nos ensinam que as evidências devem estar “relacionadas a fatos utilizados para apoiar conclusões, e, por isso, não se trata de ter uma conclusão”. (RAMOS e SILVA, 2018, p. 300)

A área da saúde, seja ela pública ou privada, sem sombra de dúvidas, tem sido o subsetor da sociedade onde as políticas informadas ou baseadas por evidências vêm sendo aplicados com uma maior taxa de sucesso e, isso, cremos, seja justamente por ser um tema para o qual as aplicações científicas são imprescindíveis. Deve-se ressaltar que a própria difusão da PIE, em uma maior escala, deu-se por intermédio principalmente da área médica onde as pesquisas científicas são constantes e em grande número.

Ao defender a utilização de políticas baseadas em evidências, Oxman *et al*, nos ensinam que:

Uma abordagem baseada em evidências permite aos formuladores de políticas um melhor gerenciamento uso das evidências de pesquisa. Também lhes permite gerenciar melhor o uso indevido de evidências de pesquisa por lobistas e por pesquisadores quando atuam como defensores de posições políticas específicas. As abordagens baseadas em evidências permitem que os formuladores de políticas:

Façam perguntas críticas sobre as evidências de pesquisa disponíveis para apoiar as políticas defendidas
 Demonstrem que eles estão usando boas informações para fundamentar suas decisões e
 Garantem que as avaliações de suas iniciativas sejam apropriadas e que os resultados que estão sendo medidos sejam realistas e previamente acordados. (OXMAN, LAVIS e LEWIN, 2009, p. 2). **Tradução livre**

Portanto, os pilares para a implementação de políticas baseadas em evidências precisam estar firmados em bases teórico-científicas que estejam além das vontades, até mesmo de grupos sociais, sejam eles maioria ou não. É preciso imaginar que, embora os direitos fundamentais tenham sido criados para a defesa de minorias desprotegidas, nem sempre as políticas nomeadamente voltadas para essas minorias serão a melhor opção, cabendo, em muitos casos, a demonstração por meio das evidências de que as escolhas que, em um primeiro momento podem parecer desfavoráveis a certos grupos sociais, serão ao longo de sua implementação a melhor opção, inclusive para essas minorias.

Daí a grande importância de se determinar de forma precisa quais são os reais problemas que devem ser enfrentados, sobretudo em países como o Brasil que passam por renovações políticas a cada dois anos, ora em eleições municipais, ora em eleições Estaduais e Federal. Esse sistema eleitoral cria descontinuidades importantíssimas, pois se as prioridades forem criadas de forma a atender apenas aos clamores das urnas as ações públicas estarão, quase sempre, fadadas ao insucesso.

O estabelecimento do problema, no entanto, é condição *sine qua nom* para a continuidade e o sucesso das políticas públicas governamentais, e, isso, por uma questão muito simples, com a vasta gama de conhecimento disponível no mundo, é possível encontrar evidência para embasar qualquer problema, certo ou não.

Ao descrever a questão do problema em políticas públicas, Ramos *et al*, nos ensinam que a sua definição precisa estar embasada em três pontos distintos. Primeiro, é preciso que o problema seja descrito de forma consistente, levando-se em consideração a sua origem, além dos fatos que o levaram a chamar a atenção de uma agenda política. Segundo, é necessário que ele seja mensurado com indicadores diferenciados e, até mesmo contrapostos. E, em terceiro, é preciso conhecer as causas do problema descrevendo-o da forma mais detalhada possível. Portanto, em que pese a importância dos clamores sociais, estes não podem ser os únicos na

definição de uma agenda positiva e eficiente na escolha de políticas públicas, principalmente, se estas forem implementadas com base em evidências. (RAMOS e SILVA, 2018, p. 300)

Nesse sentido, em sua lição sobre políticas públicas baseadas em evidência, Oxman *et al*, nos explicam que:

Como qualquer outra ferramenta, as que são usadas para apoiar o uso de evidências para informar a formulação de políticas podem ser mal utilizadas. Os impactos indesejáveis decorrentes do uso inadequado de evidências podem incluir processos burocráticos ineficientes, inibição ou atraso inadequado de programas promissores, enquadramento enganoso de problemas, manipulação da opinião pública e distorção da agenda de pesquisa. O uso indevido inclui o uso seletivo de evidências, sufocando o uso apropriado de evidências e criando uma impressão espúria de incerteza. (OXMAN, LAVIS e LEWIN, 2009, p. 5). **Tradução livre**

Portanto, em se tratando de implementação de políticas públicas, não existem ferramentas que sejam capazes de, por si só, dar cabo às suas irregularidades ou ineficiências. Na realidade, a iniciativa mais eficaz para a contenção de erros na realização das ações estatais é a criação de um espaço de diálogo que abranja todos os envolvidos nos processos de implantação e execução das políticas públicas. Essa iniciativa, no caso específico de políticas informadas por evidências, não pode ser considerada como uma faculdade do gestor, que deve criar os espaços deliberativos, sob pena de cometer equívocos de difícil saneamento. Ramos *et al*, ao descrever esses espaços deliberativos nos ensinam que os gestores públicos devem ter a capacidade de envolver e dar voz a todos os envolvidos nas ações estatais. (RAMOS e SILVA, 2018, p. 302)

Ramos *et al*, nos alertam, ainda, para o fato de que o conhecimento dos processos de busca e discussão dos problemas, da pesquisa e análise da melhor evidência das discussões deliberativas e do monitoramento das políticas públicas baseadas/informadas por evidências, não são suficientes para garantir o sucesso dessas ações que devem, também

[...] considerar, também, o seu impacto sobre as desigualdades sociais. Ademais, é preciso pensar se há a possibilidade de algum grupo estar em desvantagem com relação à opção considerada; se existe eficácia relativa a grupos distintos; se condicionantes sociais podem comprometer a eficácia de determinada estratégia; ou, ainda, se há outros aspectos relevantes que podem interferir na implementação da ação. (RAMOS e SILVA, 2018, p. 301)

Evidentemente que, se de fato, os problemas geradores das preocupações estatais forem bem delineados, as questões ligadas aos grupos sociais não serão empecilhos aos bons resultados das ações públicas, pois é com base nas necessidades desses grupos que devem se formar as agendas de bons governantes.

SEGUNDA PARTE

A ineficiência do Estado no controle dos recursos e das políticas públicas. Quando os recursos são escassos, a boa gestão é imprescindível.

Capítulo III

O combate à judicialização no Brasil. Combater consequências é subestimar suas causas

3. Os números da judicialização da saúde no Brasil – a judicialização não escolhe classe social

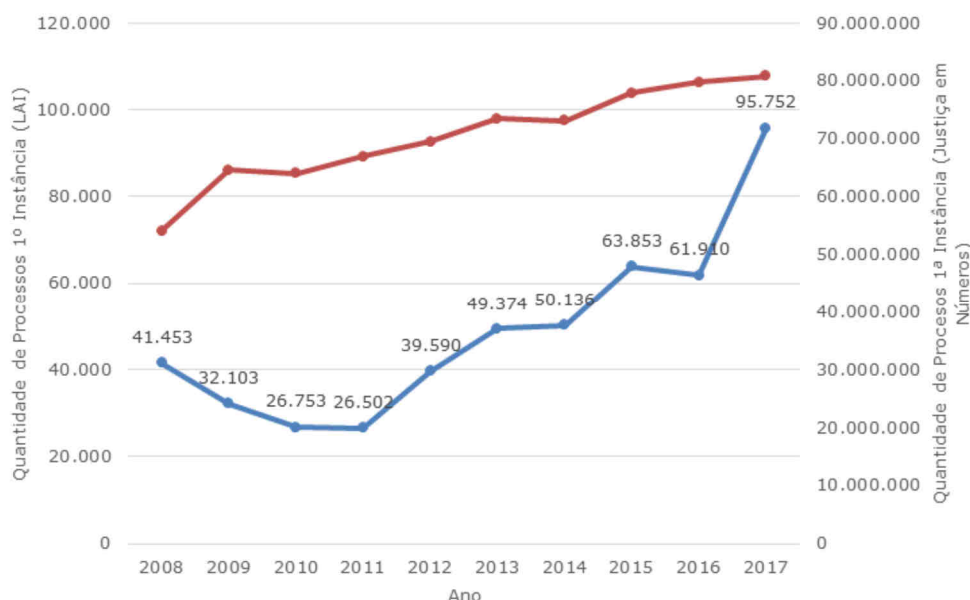
Uma questão de suma importância que se coloca ao analisarmos os números da judicialização de políticas públicas no Brasil é a de que o crescimento desse fenômeno não pode ser analisado sem o verdadeiro entendimento de alguns índices sociais dos últimos 15 anos, como, por exemplo, indicadores de distribuição de renda, aumento do acesso à educação, aumento nos índices de acesso a serviços públicos, dentre eles, o aumento no acesso ao próprio Poder Judiciário pelas populações mais carentes.

Relatório publicado no ano de 2019, pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ – mostra que o crescimento da judicialização na área da saúde, de 2008 a 2017 alcançou a marca de 130%. Esta margem está muito acima do crescimento de demandas judiciais em geral que teve um aumento de apenas 50%, no mesmo período. Além do avanço no número de demandas processuais, o relatório também nos mostra que o Ministério da Saúde estima que os gastos com essas novas ações subiram cerca de 13 vezes, atingindo a marca de R\$ 1.600.000.000,00 (um bilhão e seiscentos milhões de reais) no ano de 2016. (CNJ, 2019, p. 13)

Para se ter uma ideia do que representa esse número, o Governo Federal investe cerca de R\$ 89.000.000,00 (oitenta e nove milhões de reais), por ano, no Programa Saúde na Escola – PSE, que tem por finalidade levar a prevenção à saúde para o âmbito escolar. Isso quer dizer que se o custo da judicialização fosse investido no PSE, daria para dobrar o valor do Saúde na Escola por cerca de 18 anos.

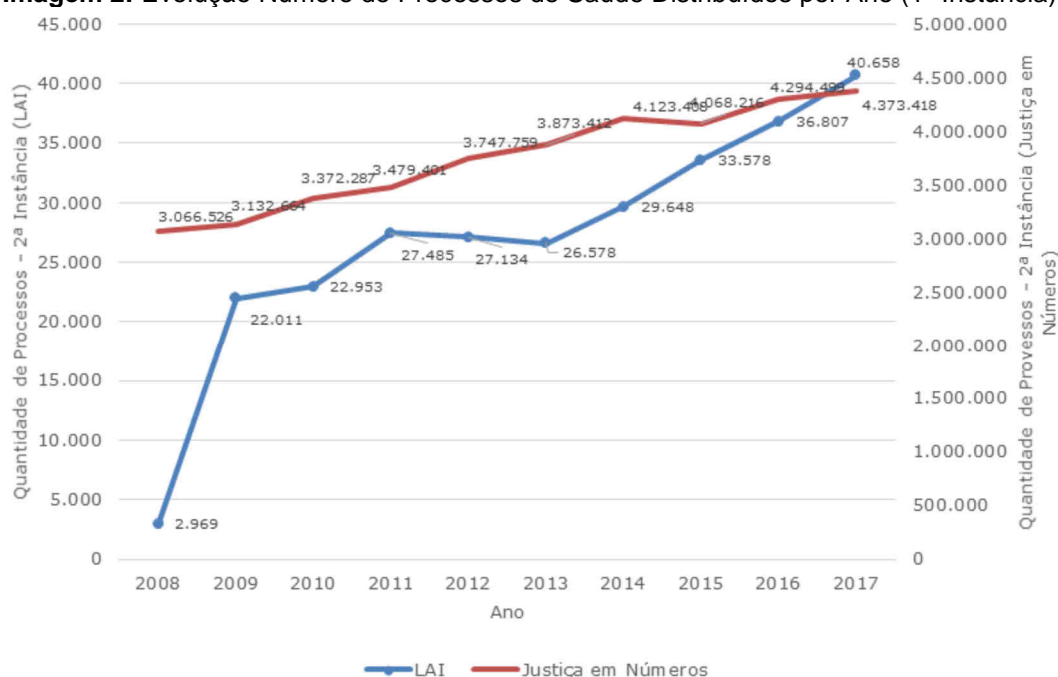
Os gráficos abaixo, extraídos do relatório do CNJ, mostram essa curva do crescimento nas justiças estaduais e federal, deixando bem claro o viés de alta para cada ano do período entre 2008 e 2017:

Imagem 1: Evolução Número de Processos de Saúde Distribuídos por Ano (1ª Instância)



Fonte: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ, 2019 – Relatório Analítico Propositivo Justiça e Pesquisa. **Judicialização da Saúde no Brasil:** Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução.

Imagem 2: Evolução Número de Processos de Saúde Distribuídos por Ano (1ª Instância)



Fonte: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ, 2019 – Relatório Analítico Propositivo Justiça e Pesquisa. **Judicialização da Saúde no Brasil:** Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução.

Embora não exista uma solução pronta para o combate à judicialização, precisamos entender que decifrar e encontrar as possíveis causas para o crescimento desse fenômeno é condição sem a qual todo o sistema de saúde brasileiro tenderá a perecer nos próximos anos. Evidentemente, não se pode excluir nenhuma possibilidade na busca das razões para a alavancagem das ações judiciais em políticas públicas, contudo, não nos parece totalmente correto pensar que esses números são fruto dos desejos, cada vez mais nefastos, de uma classe média emergente sem limites, como pensa o senso comum.

Outra questão importante para um melhor entendimento do percentual de 130% de aumento nos números da judicialização de políticas públicas são os dados sociais apresentados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE - para um período congênere. Em que pese o IBGE não ter feito nenhuma relação entre esses números e os dados do CNJ, evidentemente por não estar entre os objetivos de suas pesquisas, os números apresentados por aquele instituto podem ser bem reveladores.

Fato é que, em que pese os dados socioeconômicos do IBGE mostrarem um certo aumento na desigualdade da distribuição de renda, sobretudo entre os anos de 2016 a 2018, para o período entre os anos de 2012 e 2018, houve um acréscimo de 6,3% na renda per capita da população brasileira. Embora este percentual pareça pequeno, é bom lembrar que ele reflete uma média. Ao levar em consideração questões ligadas a cor ou raça, o mesmo IBGE mostra que houve uma pequena redução nas desigualdades tendo em vista o aumento de 9,5% no rendimento de negros e pardos contra um aumento de 8,2% no rendimento de pessoas de cor branca, entre esses mesmos anos. (IBGE, 2019, p. 53-56)

Outro dado importantíssimo e que pode estar relacionado com um maior acesso à justiça é o exponencial aumento do acesso a informação, estando nesse conjunto o acesso à internet que segundo o IBGE

Em 2016, 68,0% da população residia em domicílios com acesso à Internet. Em 2018, essa proporção passou para 79,9%. Conforme mostra o Gráfico 15, essa expansão foi mais rápida entre os mais pobres. A proporção da população residindo em domicílios com acesso à Internet, entre aqueles com rendimento domiciliar per capita inferior a US\$ 5,50 PPC avançou 18 pontos percentuais entre 2016 e 2018 (de 47,9% para 65,9%), enquanto o resultado para a população em geral foi de 11,9 pontos percentuais (de 68,0% para 79,9%). (IBGE, 2019, p. 53-56)

O crescente acesso à rede mundial de computadores, aliado aos dados que refletem os avanços na educação brasileira, embora esta última ainda esteja longe de alcançar os níveis internacionais exigidos, vem impulsionando uma importante diminuição na população de analfabetos com idade até 24 anos que hoje é de cerca de 2,3%. Esse número contrasta fortemente com os números para a população de 65 anos ou mais, na qual esse índice é de 42,2%. O importante na análise desses números é termos a percepção de que as gerações futuras de idosos serão mais instruídas, e, em tese, essa geração de jovens mais escolarizada tende a estar mais atenta à proteção dos direitos de seus pais e avós. (IBGE, 2019, p. 78-89)

Logicamente, não se está aqui determinando com absoluta certeza a influência desses índices sociais com os aumentos nos processos de judicialização de políticas públicas, mas é preciso considerar que os dois fenômenos ocorrem em espaços temporais muito próximos o que nos impede de simplesmente descartar tal relação. Um maior acesso à educação e a serviços básicos por populações menos favorecidas, certamente terá reflexos na busca da garantia de maiores e melhores direitos sociais.

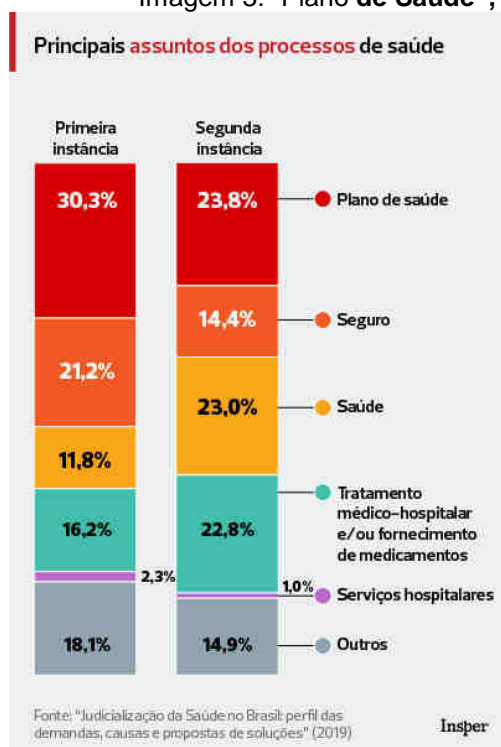
No que tange à alegação de serem as classes economicamente mais abastadas as que mais judicializam, o Observatório de Análise Política em Saúde, instituição ligada ao CNPQ e várias universidades brasileiras, em levantamento feito pelo pesquisador de Erick Soares Lisboa (2013), no qual buscava-se decifrar a relação entre grupos econômicos e os processos de judicialização de políticas públicas no Brasil, chegou-se à conclusão de que era muito difícil determinar com precisão as classes sociais que mais judicializavam.

Foram analisadas 154 ações judiciais, impetradas por diabéticos, do Estado da Bahia onde se constatou que 44,1% dos impetrantes fizeram uso da Defensoria Pública, 26% dessas ações foram impetradas pelo Ministério Público, 3,20% foram interpostas pela Procuradoria do Estado e 26,7% por advogado particular. No que diz respeito à renda, constatou-se que 38,3% dos impetrantes ganhavam até um salário mínimo, 16,9% ganhavam de 1 a 3 salários mínimos e 23,4% não possuíam renda. Embora estes sejam os dados de apenas uma pesquisa, várias outras podem ser encontradas no *site* da organização, demonstrando números muito parecidos com os da pesquisa citada.

Percebe-se dos números apresentados pelo Observatório de Análise Política em Saúde, que, embora não seja possível precisar quais são as classes que mais judicializam políticas públicas de saúde, a pesquisa apresentada tem uma tendência a identificar as classes menos favorecidas como judicializantes no caso dos diabéticos pesquisados.

Acreditamos que o equívoco de se pensar que são as classes mais ricas que mais judicializam na área da saúde está no fato de não se fazer uma diferenciação por tipo de prestação judicializada, colocando no mesmo bolo ações movidas contra políticas governamentais e ações judiciais contra planos partilhados de saúde que são a grande maioria dessas ações, como mostra a imagem abaixo:

Imagem 3: “Plano de Saúde”, “Seguro” e “Saúde” dominam as demandas



“Plano de saúde”, “seguro” e “saúde” são os temas mais discutidos nos processos de primeira e segunda instância. Plano de saúde e seguro mostram a litigância da saúde privada (suplementar).

Os casos do setor público agrupam-se como “saúde” e representam 12% das ações na primeira instância e 14% na segunda. Além desses temas gerais de acesso à saúde, os assuntos mais tratados são medicamentos e tratamentos médico-hospitalares.

Ao analisar a questão da judicialização, levando-se em consideração os dados da imagem acima, a questão de serem as classes mais ricas as que mais judicializam na área da saúde passa a ter mais sentido, contudo, judicializar a saúde - nesse caso - não é a mesma coisa que judicializar políticas públicas de saúde. O maior percentual de ações judiciais no setor da saúde está concentrado em lides contra planos e seguros particulares, o que, levando-se em consideração os valores de prestação de serviços, nos remete à ideia de que são as classes mais ricas as que realmente judicializam mais.

Com base na concepção de que as classes mais abastadas são as que mais judicializam as ações do Estado, e, levando-se em consideração questões éticas ligadas ao individualismo desses postulantes em detrimento de todo um grupo de pessoas, ou de uma sociedade como um todo, cria-se um senso de que esses processos judiciais são ainda mais injustos do que realmente são. Esse fator nos remete à ideia de que, em tese, poderíamos estar diante de um discurso produzido com a finalidade de desviar a atenção do verdadeiro problema. A respeito desse tipo de discurso, Foucaut (1996) nos ensina que:

Supõe que em toda sociedade, a produção no discurso é ao mesmo tempo, controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que tem por função conjurar seus poderes e perigos, dominarem seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade. (FOUCAUT, 1996, p. 09)

Portanto, é preciso ir além da simples aceitação de um discurso, fazendo-se uma análise de todas as situações que se colocam ao redor da questão da judicialização, incluindo-se aí os processos de gestão da coisa pública, sobretudo aqueles eivados de equívocos e irregularidades, como veremos mais adiante.

Embora a busca por todos e quaisquer dados a respeito do fenômeno da judicialização devam ser perseguidos com total atenção, esses dados devem ser analisados para, a partir deles, tentarmos encontrar soluções que sejam viáveis para a melhoria dos serviços e, conseqüentemente, a diminuição no número desses processos.

Combater consequências pode nos levar a desconsiderar as causas, o que nos faz andar em círculos, como cães correndo atrás do próprio rabo.

3.1 A constitucionalização e judicialização dos direitos sociais: princípios éticos e o direito internacional

Mais comum nas sociedades Latino Americanas e menos desenvolvidas, a judicialização de políticas públicas é um acontecimento que envolve um conjunto de situações, quase tão diversas quanto os próprios processos de formulação das ações do Estado com vistas à garantia dos direitos judicializados.

Ao analisar o fenômeno da judicialização especificamente na América Latina, AHMED e BULMER (2014, p. 21-22), nos explicam que “a experiência latino-americana sugere a importância da cultura judicial na garantia da implementação dos direitos socioeconômicos”, no entanto essa “cultura judicial” encontra suas razões na própria falta de meios que pareçam mais eficientes para se chegar à garantia desses direitos diante da omissão do Estado. (*Tradução livre*)

É fato que as constituições do pós-Segunda Guerra, em alguns casos, pecaram pelo excesso ao erigir direitos sociais que ultrapassavam muito a capacidade econômica do próprio Estado. Por outro lado, algumas nações deixaram os direitos sociais relegados aos caprichos da legislação extraconstitucional. Em que pese, nesse último caso podermos visualizar países que “não fazem menção, ou apenas menção mínima, aos direitos socioeconômicos *em seus textos constitucionais*, mas possuem e apoiam políticas robustas de bem-estar social por meio de legislação comum: a Austrália, Dinamarca, Finlândia e Suécia são exemplos notáveis”. (AHMED e BULMER, 2014, p. 18). *Tradução livre – grifo nosso*

Ainda sobre essa omissão constitucional em relação aos direitos sociais Ahmed *et al*/ nos explicam que:

O problema dessa abordagem, no entanto, é que, na ausência de reconhecimento constitucional, os direitos que atualmente podem ser usufruídos dependem inteiramente dos caprichos da política majoritária. Frequentemente, pode haver minorias ou grupos politicamente marginalizados (especialmente os pobres) cujos direitos não são bem protegidos pelo sistema político e que não têm remédio. (AHMED e BULMER, 2014, p. 18). *Tradução livre*

Por essa razão, torna-se extremamente necessário que o Poder Judiciário entenda a sua real posição na garantia desses direitos buscando, em suas decisões, não usurpar a atribuição dos Poderes encarregados de viabilizá-los, por intermédio de suas políticas públicas, mas procurando fazer justiça a essas minorias privadas de seus direitos, independentemente, de estarem eles nos textos constitucionais ou não.

A grande crítica que se faz da cosntitucioanalização dos direitos fundamentais e, dentre eles, os direitos sociais é a de que esse fenômeno acaba por dar aos juízes um poder que deveria estar centrado nas mãos so Poderes Legislativo e Executivo. Ao comentar essa questão Ahmed *et al*, nos ensina que,

Argumentou-se que o reconhecimento constitucional dos direitos socioeconômicos pode politizar o judiciário e judicializar a política. Em outras palavras, a constitucionalização dos direitos socioeconômicos pode dar aos juízes o poder de determinar a política socioeconômica.

Isso pode ser considerado antidemocrático. Poderia minar a capacidade dos cidadãos de escolher, por meio de representantes eleitos, as políticas socioeconômicas que desejam seguir, minando fatalmente a soberania popular.

Além disso, isso pode implicar que os tribunais tomem decisões que possam ter implicações orçamentárias / de custos, que os juízes estão mal equipados, em virtude de sua formação e práticas de trabalho, para resolver.

Essa interferência também poderia levar os tribunais a entrar em conflito com os ramos eleitos do governo, o que seria um problema particular nos estados onde o judiciário está lutando para estabelecer sua independência. (AHMED e BULMER, 2014, p. 17). *Tradução livre*

Ocorre que o mesmo Ahmed se encarregou de contra-argumentar as ideias citadas ao elencar uma série de fatores que se contrapõem às ilações daqueles que veem os direitos sociais constitucionalizados como uma aberração legal. Nesse sentido, declara Ahmed,

Vários contra-argumentos podem ser feitos contra essas reivindicações:

1. Como discutido abaixo, os direitos socioeconômicos podem ser enquadrados de maneiras não-justificáveis, que se baseiam principalmente na legislatura, e não nos tribunais, para a execução. Mesmo onde os tribunais analisam a constitucionalidade da legislação e das decisões do governo quanto ao cumprimento dos direitos socioeconômicos, eles também podem permitir ao legislador uma latitude considerável em sua aplicação.

2. Os juízes já estão e necessariamente envolvidos em decisões políticas ou de formulação de políticas. Isso não precisa ser visto como uma violação da separação de poderes: os poderes legislativo, executivo e judicial não precisam estar em conflito entre si; eles podem trabalhar em colaboração, como partes separadas, mas igualmente necessárias de uma ordem constitucional democrática, para realizar direitos e bens públicos.

3. A diferença entre decidir sobre direitos civis e políticos e decidir sobre direitos socioeconômicos é menos real do que aparente. Se os juízes têm um papel a desempenhar na defesa dos direitos civis e políticos através da revisão judicial da legislação - o que poderia afetar, por exemplo, políticas de policiamento ou sentença - por que eles não deveriam ter um papel a desempenhar na defesa dos direitos socioeconômicos que afetam a habitação ou a educação? política?

4. Além disso, se os juízes têm um papel na imposição de disposições estatutárias em questões socioeconômicas (por exemplo, lei administrativa relativa à alocação de moradias públicas), por que não confiar a eles o dever de impor

disposições constitucionais (por exemplo, um dever do governo de adotar um plano abrangente de habitação pública)?

5. O judiciário não precisa necessariamente estar fora de contato. Os mecanismos de nomeação judicial podem, por exemplo, ser estruturados de maneira a promover um judiciário mais inclusivo e responsivo. O judiciário pode até melhorar a democracia, fornecendo uma correção para as deficiências das instituições eleitas, principalmente quando estas são estruturadas de maneira a excluir a representação de grupos minoritários e marginalizados.

6. Falhar na proteção dos direitos socioeconômicos não é uma posição neutra. Como observado acima, a ausência de disposições constitucionais

sobre direitos socioeconômicos pode levar os tribunais a adotar um tipo de ativismo reacionário e, assim, moldar a constituição por meio de um viés anti-progressista.

7. O argumento de que a constitucionalização dos direitos socioeconômicos nega às pessoas o direito de determinar essas questões por si mesmas através do processo político é enfraquecido pelo fato de que as pessoas podem expressar suas opiniões por meio de processos de emenda constitucional que são frequentemente mais inclusivos e participativos do que legislação ordinária (por exemplo, por referendo).

8. Embora os juízes não sejam especialistas em formulação de políticas, os tribunais podem recorrer à experiência necessária para ajudar a orientar suas decisões à medida que aplicam processos de raciocínio jurídico. (AHMED e BULMER, 2014, p. 17-18). *Tradução livre*

Ressalte-se que não estão os autores fazendo uma defesa da judicialização desses direitos, mas, em sentido amplo, pode-se inferir que, quando aplicada na defesa de minorias e na contenção dos abusos e das omissões injustificáveis do Estado, esse fenômeno continuará sendo um remédio amargo, mas necessário, para a manutenção da democracia, mas, mais ainda, do Estado de Direito.

É preciso que se saiba, no entanto, que mesmo nos casos em que esses direitos estejam afiançados constitucionalmente, não existem garantias absolutas de sua efetividade e, o simples fato de o Estado não os garantir não pode – por si só – gerar penalizações aos entes públicos que podem estar diante de situações que justifiquem, plenamente, sua omissão. Contudo, em um ambiente de Estado garantidor dos direitos sociais essas negativas de direitos precisam ser vistas como um sinal de alerta da existência de um nicho de ineficiência em determinada área governamental.

A constitucionalização dos direitos fundamentais socioeconômicos não é uma arma carregada apontada constantemente contra o Estado mas, deverá assumir esse caráter, se em algum momento, esse for o último ou o único trunfo do cidadão contra possíveis desmandos do Estado. Nesse sentido, embora a garantia constitucional dos direitos sociais possa ser mitigada, isso não retira dela o seu caráter protetivo.

A esse respeito, Ahmed *et al*, declara que ao relativar o poder eficaz dos direitos fundamentais inscritos no texto constitucional não se está a:

[...] sugerir que o entrincheiramento constitucional dos direitos socioeconômicos não tenha nenhum efeito, mas apenas para enfatizar que a incorporação constitucional é apenas uma ferramenta para alcançar o progresso socioeconômico. O fato de o reconhecimento constitucional dos direitos socioeconômicos não ser uma condição necessária nem suficiente para obter resultados benéficos não é, por si só, um argumento contra sua constitucionalização: o reconhecimento constitucional pode ser uma ajuda

parcial, sem pretender ser uma panacéia. (AHMED e BULMER, 2014, p. 19).
Tradução livre

A partir das inúmeras declarações dos autores citados até o presente momento, é possível inferir que a análise da garantia legislativa dos direitos fundamentais e do fenômeno de sua judicialização crescente, vai muito além de uma avaliação jurídico-econômica e precisa adentrar aos processos de gestão, com o envolvimento de todos os partícipes nos processos de criação e de publicização das ações do Estado.

Mais uma vez, precisamos perceber que o entendimento da complexidade, tanto das políticas públicas quanto dos processos judiciais que recaem sobre elas, é um dos passos mais importantes na busca de uma maior efficientização do Estado. Essa compreensão nos leva à convicção de que a procura por culpados para os prejuízos causados pelas lides versando sobre políticas públicas deve ser substituída por uma parceria entre poder público e sociedade na investigação de soluções viáveis para uma melhor adequação das ações estatais.

Essa cumplicidade entre administradores e administrados, no entanto, só será possível quando os processos de comunicação entre esses entes forem realmente inteligíveis. Deve-se ressaltar, ainda, que esse entendimento das ações do Estado na garantia dos direitos sociais e a compreensão dos direitos de cada cidadão e, por cada cidadão, talvez seja o maior trunfo das sociedades mais desenvolvidas.

No caso específico da Austrália, Dinamarca, Finlândia e Suécia, citados por Ahmed *et al* (2014), por exemplo, esse fenômeno da judicialização é quase desconhecido – e, não por inexistirem problemas de saúde pública - mas porque as soluções anteriores ao uso do Poder Judiciário para garantir direitos estão muito bem determinados e claras para o corpo social daqueles países. Além disso, os direitos fundamentais sociais naquelas sociedades estão em um nível bem mais maduro do que nos Estados subdesenvolvidos da América Latina.

Fato é que, as garantias constitucionais dos direitos fundamentais tendem a tornar a sociedade mais inclusiva, pois à medida em que o Estado se vê obrigado a efetivá-los, pouco a pouco, acaba por aumentar o nível de esclarecimento de seus cidadãos menos favorecidos, por intermédio da educação e do acesso aos serviços públicos como, por exemplo, o acesso ao Poder Judiciário. Nesse sentido, é preciso

entender a constitucionalização dos direitos sociais como disposições que “podem exigir que o Estado se concentre em fornecer pelo menos um núcleo mínimo aos mais pobres antes que serviços adicionais sejam prestados a outros”. (AHMED e BULMER, 2014, p. 19). *Tradução livre*

3.1.2 – A ética não pode se aplicar apenas a quem judicializa

É muito comum, ao discorrer sobre os processos de judicialização de políticas públicas, enquadrar aqueles que buscam a garantia dos direitos sociais por intermédio do Poder Judiciário em uma quebra da ética, vista como um conceito de responsabilidade. Nesse sentido, Cristina Beckert, ao discorrer sobre a responsabilidade como um conceito ético, nos remete à ideia de que no campo jurídico, este entendimento sempre esteve ligado a questão do comprometimento do indivíduo com o corpo coletivo do qual faz parte, sobretudo na assunção das consequências de seus atos equivocados.

Ao explicar a responsabilidade como um princípio ético, Beckert, declara que:

A tônica da responsabilidade ética, reside exatamente no agente deixar de ser responsável apenas por si mesmo, e passar a assumir um compromisso com o outro, por e perante quem responde. Tenho primeiro que prever as consequências dos meus atos para com a alteridade (humana ou não) para, depois, subordinar o meu poder de realizá-los ao compromisso que com ela contraí. (BECKERT, 2012, p. 100)

Ao se falar das responsabilidades de cada indivíduo com os seus pares, e, desses, com o pacto social que assinaram entre eles, não se pode excluir dessa pactuação os próprios gestores que, via de regra, quebram esse acordo ao se imiscuírem em atos ilícitos ou ao deixarem de cumprir as funções para as quais forem empossados.

É preciso imaginar que a democracia se estabelece não apenas pela soberania da maioria, mas, também, pelo direito da minoria de se tornar igual. Barroso (2017), ao discorrer sobre os valores fundamentais da democracia nos ensina que:

Um desses valores é o direito de cada indivíduo a igual respeito e consideração, isto é, a ser tratado com a mesma dignidade dos demais – o

que inclui ter os seus interesses e opiniões levados em conta. A democracia, portanto, para além da dimensão procedimental de ser o governo da maioria, possui igualmente uma dimensão, substantiva, que inclui igualdade liberdade e justiça. (BARROSO, 2017; p. 49)

Portanto, em um Estado pautado por preceitos democráticos, no qual não se vislumbra um efetivo esforço do poder público na busca da igualdade e da justiça, e, aliando-se a isso a desconfiança da sociedade em relação aos poderes representativos, haverá, naturalmente, uma tendência à busca da garantia dos direitos fundamentais por intermédio do Poder Judiciário.

Regina do Valle (2009), ao nos remeter ao sentimento de descrédito da sociedade em relação aos poderes públicos, preleciona que:

É geral o sentimento de inadequação ou, quando menos, desproporção entre os esforços do poder no rumo do cumprimento de seus deveres constitucionais, e os resultados efetivamente alcançados em favor da cidadania tendo sempre por parâmetro de avaliação o texto constitucional. A falta de transparência na prática pública reforça a ideia de que as tarefas constitucionais não encontram concretização, não necessariamente por impedimentos materiais absolutos, mas muitas vezes por falta de vontade política, ou por prioridades outras, que não aquelas enunciadas pela Carta de Outubro. Assim, se as políticas públicas não se revelam aptas a proteção aos direitos fundamentais, isso assim seria por disfuncionalidade do poder, que devem ser corrigidas via prestação jurisdicional. (DO VALLE, 2009, p. 57)

Analisando as disfunções estatais a partir de sua obrigação ética de cumprir com a sua parte no grande pacto ético-social assinado na criação do Estado, a judicialização de políticas públicas, ou da inexistência dessas, nada mais é do que uma tentativa de readequação do Estado ao compromisso por ele assumido. Portanto, a lição de Timm *et al* (2014) nos mostra que em matéria de políticas públicas os gestores sempre estarão subordinados ao texto Constitucional e, dessa forma, vinculados aos fins que esta estabelece para o desenvolvimento do Estado, portanto a sua quebra deve significar, além de uma transgressão à legislação, uma ofensa à ética da responsabilidade.

Nesse sentido, salienta Timm *et al*, “que a impossibilidade de controle em tais hipóteses acabaria por esvaziar a normatividade de boa parte dos comandos constitucionais relacionados com os direitos fundamentais, cuja garantia e promoção dependem, em larga escala, das políticas públicas”. (TIMM, 2008, p. 118)

Deve-se ter em mente que o controle das ações governamentais é condição imprescindível para a manutenção da própria normatividade do texto constitucional e “a ausência de controle social, *na* gestão de políticas públicas no ambiente das deliberações majoritárias tende a ser marcada pela corrupção, pela ineficiência e pelo clientelismo”. (TIMM 2008, p. 121)

Diante das acepções até aqui expostas, é possível afirmar que a ética da responsabilidade não pode ser um conceito de aplicabilidade apenas ao cidadão que busca a garantia dos direitos por intermédio do judiciário, mas os princípios éticos também devem recair sobre gestores, Poderes de Estado e entidades públicas e privados, pois o pacto social foi assinado por todos esses atores, ainda que tacitamente. Um princípio ético que não preveja uma contrapartida para todos os signatários desse “contrato social” estará mais próximo de um conceito de coação do que necessariamente da ética.

Capítulo IV

O desperdício judicializado. De “Maus Caminhos à Cashback” - o difícil controle das políticas públicas

4. As influências sobre os poderes eletivos, suas deficiências e os reflexos nas políticas públicas

Embora já tenhamos falado de alguns dos problemas que cercam o sistema federativo brasileiro, nesse momento, em específico, será importante percebermos o quanto a forma de composição dos Poderes de Estado, bem como, a formação ideológica de seus membros pode influenciar nas ações do Estado e nas escolhas alocativas dos recursos públicos.

Sobretudo nos momentos de crise, é muito comum se deparar com a radicalização das alocações políticas que tendem a encontrar certa guarida nos meios sociais, tendo em vista que esses discursos, sempre inflamados, tendem a se adequar às soluções fáceis e sectárias, em regra, trazidas pelo senso comum de movimentos que passam a ser considerados como grupos sociais organizados e democráticos, muitas vezes em detrimento de outros que, até então eram os movimentos referendados pelos Poderes constituídos.

É preciso imaginar que a própria democracia, nos tempos de crise, parece possuir um conceito híbrido que a coloca em uma posição de indeterminabilidade fazendo com que aquilo que hoje é democrático, amanhã seja sinônimo de absolutismo. Esse movimento que leva a democracia de um lado para o outro, na realidade, está muito mais para uma vertente da soberania/vontade popular do que para uma reinvenção da democracia.

Ao escrever sobre a reunião repentina de grandes grupos, muito comuns nas trocas de governos, Judith Butler (2018), nos ensina que:

A reunião repentina de grandes grupos pode ser uma fonte tanto de esperança quanto de medo e, assim como sempre existem boas razões para temer os perigos da ação da multidão, há bons motivos para distinguir o potencial político em assembleias imprevisíveis. De certa forma, as teorias

democráticas sempre temeram “a multidão”, mesmo quando afirmam a importância das expressões da vontade popular, inclusive em sua forma de desobediência. A literatura é vasta e remete a autores tão diferentes quanto Edmund Burke e Alexis de Tocqueville, que se perguntaram de forma bastante explícita se as estruturas do Estado democrático poderiam sobreviver às expressões desenfreadas de soberania popular ou se o governo popular degeneraria em uma tirania da maioria. (BUTLER, 2018, p. 8)

Portanto, pensar que as ações governamentais estarão corretas desde que respeitada a vontade de uma maioria, nem sempre se caracteriza como uma verdade absoluta. Como já havíamos falado em capítulo anterior, assim como a democracia e o Estado de Direito, embora caminhando juntos, possuem objetivos diferentes, formando um conjunto de freios e contrapesos na defesa dos direitos, principalmente, das minorias, assim, também, é preciso diferenciar vontade popular de democracia, pois sua não diferenciação, via de regra, tem como resultado o surgimento das ditaduras que são altamente nefastas a grupos sem representatividade.

Essa constatação nos leva a ideia de que para entendermos as políticas públicas de um determinado governo precisamos, antes de mais nada, compreender quais grupos passaram ao *status* de movimentos sociais constituídos e reconhecidos nesse mesmo governo. Esse fator é altamente determinante para se entender o porquê de se construir uma ponte em um bairro nobre em detrimento de um hospital em uma periferia. Ao falar sobre esse assunto, Butler (2018), nos ensina que:

Sem decidir quais assembleias populares são “verdadeiramente” democráticas e quais não são, podemos notar desde o início que a luta pela “democracia” como termo caracteriza de maneira ativa várias situações políticas. Parece importar muito como nomeamos as forças presentes na luta, dado que algumas vezes um movimento é considerado antidemocrático, até mesmo terrorista, e, em outras ocasiões ou contextos, o mesmo movimento é entendido como um esforço popular para a concretização de uma democracia mais inclusiva e substantiva. O jogo pode mudar com muita facilidade e, quando as alianças estratégicas exigem que se considere um grupo como “terrorista” em uma ocasião e como “aliado democrático” em outra, vemos que a “democracia”, considerada uma designação, pode facilmente ser tratada como um termo discursivo estratégico. (BUTLER, 2018, p. 10)

Nesse sentido, não se pode referendar as ações governamentais, apenas, pela sua adequação a uma vontade das majorias ou de grupos, supostamente sociais, pois as mudanças ideológico-partidárias têm total influência na determinação dessas vontades populares que, em que pese representarem uma maioria, nem sempre

representam o Estado de Direito, onde a lei protege a todos, e, principalmente as minorias.

É preciso imaginar, ainda, que esse alinhamento dos gestores públicos às forças sociais e econômicas que os apoiam, trazem ainda mais descrédito pelos poderes públicas, por parte dos grupos desfavorecidos por esses mesmos governantes. Isso pode ter como resultado um considerável aumento no número de processos judiciais gerados pela insatisfação.

BARROSO (2018; p. 24), ao discorrer sobre a judicialização de políticas públicas explica que “a judicialização evidencia uma deficiência grave no funcionamento da política majoritária, que é aquela conduzida pelos órgãos eletivos – Legislativo e Executivo”.

Apenas como forma de exemplificar as influências eleitorais nos processos de escolha das políticas públicas, no ano de 1998, no Distrito Federal, foi iniciada a obra da terceira ponte sobre o Lago Paranoá, que ligava o Lago Norte – bairro nobre de Brasília – à cidade do Plano Piloto. A obra, inicialmente orçada em 40 milhões de reais, custou cerca de 160 milhões reais aos cofres públicos tendo sido inaugurada no ano de 2002, ano de eleições gerais.

Ocorre que à época, o então governador do Distrito Federal, que segundo pesquisas anteriores, possuía sua base eleitoral nas periferias de Brasília, reelegeu-se governador com uma diferença de pouco mais de 20 mil votos – margem muito próxima da população da cidade do Lago Norte que era de cerca de 36.987 pessoas, segundo dados da Companhia de Planejamento do Distrito Federal - CODEPLAN. Embora não estejamos atribuindo a vitória à construção da referida ponte, vale ressaltar a coincidência.

Ressalte-se, ainda, que em pesquisa feita com os termos “direito à saúde pública” no site do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF - nesses mesmos anos da construção da referida ponte, que custou 4 vezes mais que o seu valor orçado, foram encontrados 71 acórdãos nos quais se judicializava, de medicamentos para esclerose lateral amiotrófica degenerativa à medicamentos para pacientes com HIV, conforme trecho abaixo de um desses pedidos:

DIREITO CONSTITUCIONAL - MANDADO DE SEGURANÇA - PACIENTE PORTADOR DE ESCLEROSE LATERAL AMIOTRÓFICA DEGENERATIVA - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO - SEGURANÇA CONCEDIDA À UNANIMIDADE.

Cuida-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por ADEMAR JÚLIO DE SANTANA contra ato do SENHOR SECRETÁRIO DE SAÚDE DO DISTRITO FEDERAL, consubstanciado na Portaria n. 14, de 18 de abril de 2001.

Alega o Impetrante, portador de esclerose lateral amiotrófica de origem degenerativa dos neurônios motores, que necessita tomar diariamente o medicamento RILUTEK 50mg, e que não possui condições financeiras para comprá-lo devido ao seu alto custo.

Esclarece que essa medicação não é fornecida pela Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal, devido ao seu caráter excepcional, e que a Portaria nº 14/01, expedida pela Autoridade indigitada coatora, condiciona o seu fornecimento à apresentação de receita emitida por médico das unidades do Sistema Único de Saúde – SUS.

Acrescenta que tal determinação não se coaduna com os artigos 5º e 196 da Constituição Federal de 1988 ao suprimir o direito à vida e à saúde em razão de formalidades burocráticas.

Requer, inicialmente, a concessão da medida liminar, *inaudita altera pars*, com vistas a assegurar o imediato fornecimento do medicamento RILUTEK 50mg.

O pedido liminar foi deferido pelo Eminent Desembargador HERMENEGILDO GONÇALVES, mediante a decisão contida às fls. 28-29.

O SENHOR SECRETÁRIO DE SAÚDE DO DISTRITO FEDERAL, em suas informações, sustenta que: a) o medicamento pleiteado não está incluído na relação de medicamentos excepcionais do Ministério da Saúde definidos na Portaria n. 341/01; b) o Impetrante não está cadastrado para recebimento de medicamentos financiados pelo Ministério da Saúde; e c) a medicação não consta no estoque da Gerência de Assistência Farmacêutica do DF; e d) o medicamento possui custo elevado.

O Distrito Federal requereu a sua admissão no feito, na qualidade de litisconsorte passivo.

A douta Procuradoria de Justiça opinou pela concessão da segurança.

É o relatório. (TJDFT, 2000, P. 37)

Ressalte-se que, nesse caso em específico, o medicamento solicitado fazia parte da lista de drogas homologadas pelo SUS. Evidentemente, se fossem feitas avaliações idênticas em outras Unidades da Federação seriam encontrados vários casos muito semelhantes, no entanto, a ideia aqui é de apenas citar um exemplo de como as escolhas em matéria de políticas públicas, por parte do Estado, podem parecer injustas a certas minorias.

Existem pesquisas que mostram que até mesmo o Poder Judiciário e o Ministério Público apresentam certas características que tendem a irem se modificando com a permanência de uma determinada ideologia política. Ao escrever sobre o tema, ARANTES (2007), deixa bem clara essa tendência ao demonstrar de forma estatística as mudanças nos padrões das ações judiciais com as trocas de ideologias

governamentais, como quando o Brasil experimentou a transição do governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso para o governo de Luiz Inácio Lula da Silva.

Parece-nos normal, em países que adotaram um sistema de controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos como o do Brasil, que as instituições políticas tentem frear o controle judicial de seus atos por intermédio das indicações políticas para composição das Cortes encarregadas desse controle. Além disso, no caso particular do Estado brasileiro, cabe aos Poderes Executivo e Legislativo a indicação e a respectiva aceitação daqueles que irão presidir essas instituições – caso do Ministério Público – por exemplo.

A esse respeito Arantes (2007) nos ensina que,

[...] em todos os países que tomaram os Estados Unidos como exemplo o Judiciário cumprirá importante função liberal de conter a vontade política majoritária, mas a condição não republicana da magistratura enfrentará de tempos em tempos tentativas de redução de sua independência quase aristocrática, especialmente nas situações em que o Judiciário assumir posição mais agressiva no controle dos atos normativos das maiorias políticas representativas.

Cabe ressaltar que essas tentativas das classes políticas de controle da atividade judicial não assumem apenas a forma de controle indireto, como nas indicações de seus quadros, mas, não raro, surgem representantes políticos com ideias que vão desde a extinção dessas instituições até o esvaziamento de suas funções por intermédio de novas legislações.

Ao falar sobre a questão da composição política das Cortes Americanas de controle de constitucionalidade, Novais (2006), deixou clara a sua preocupação com a forma de indicações para aquele tribunal ao declarar que existia

[...] a razoável probabilidade de os próximos tempos, designadamente nos Estados Unidos da América, serem atravessados por uma renovada e ainda mais vigorosa controvérsia acerca da *judicial review*, a partir da prática presidencial dos últimos anos de nomeação dos juizes do Supremo Tribunal de forma claramente marcada por uma intenção de conquista política da instituição.

Os danos que essa prática pode provocar, não apenas na ideia de *judicial review*, mas ao próprio equilíbrio do sistema, são por ora imprevisíveis e pode até eventualmente acontecer que, como ocorreu no passado, o peso da instituição de das práticas estabilizadas ao longo de décadas, sobrelevem o pecado original inscrito em intenções de nomeação menos nobres. (NOVAIS, 2006, p. 41)

Portanto, faz-se necessário considerar, ao avaliarmos as influências sobre as ações do Estado, que existe um intrincado sistema de relações entre os Poderes da República e as representações da sociedade que precisam ser considerados na análise das escolhas e dos resultados dessas ações. Não se pode nem mesmo abrir mão de uma avaliação do próprio sistema punitivo brasileiro, já que a falta de punição aos crimes cometidos por gestores que desviam recursos públicos está entre os maiores motivos para os processos de escassez.

Ao comentar essa questão, Barroso (2018), preleciona que:

Entre nós,..., um direito penal seletivo e absolutamente ineficiente em relação à criminalidade de colarinho branco criou um país de ricos delinquentes. Ao país da fraude em licitações, da corrupção ativa, da corrupção passiva, do peculato, da lavagem de dinheiro sujo. BARROSO (2018; p. 32)

Considerando o processo de desvio de dinheiro público como sendo “espantoso e endêmico”, como bem descreveu Barroso (2015), ao se avaliar a ineficiência das políticas públicas do Estado, parece plausível levar em consideração os números constantes dos processos de corrupção e do mau uso do dinheiro público. Além, é claro, da constatação de que como também citou Barroso, a judicialização é fruto da deficiência dos poderes Legislativo e Executivo.

4.1 Do descarte de medicamentos em Pernambuco ao excesso de insumos cirúrgicos no Distrito Federal. A ineficiência em números

4.1.1 A ineficiência na aplicação dos recursos, na fiscalização e o impacto do sistema federativo em políticas públicas

Segundo relatório da Organização da Nações Unidas – ONU, o Brasil perde cerca de 200 bilhões de reais anualmente, levando-se em consideração, apenas os desvios de recursos públicas. Esse número alcança cifras inimagináveis quando acrescentamos a ele os recursos perdidos com o desperdício oriundo dos processos equivocados de compras e pela má-gestão.

Quando a gestão dos recursos apresenta incongruências, independentemente de qual sejam essas inconsistências, tem-se como resultado uma margem menor de

recursos para serem aplicados em políticas públicas, o que tornam as “escolhas trágicas” dos gestores ainda mais trágicas, aumentando, assim, as probabilidades de que as ações do Estado terminem nos tribunais.

Pesquisa divulgada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no ano de 2018, mostrou que aquela unidade da federação possuía mais de 500 mil ações judiciais na área da saúde, com processos que iam, desde ações contra planos de saúde até a judicialização de fraldas geriátricas para pacientes internados em hospitais públicos – sendo que – nesse último caso, podemos ver a existência de processos também no ano de 2019, como a apelação nº 0034267-58.2017.8.19.0014.

Ocorre que, no caso específico do Rio de Janeiro, no ano de 2018, a Polícia Federal e o Ministério Público Federal investigaram e denunciaram um esquema de fraude no fornecimento de serviços à área da saúde, no qual estimavam-se desvios de mais de 100 milhões de dólares dos cofres públicos, conforme se vê abaixo:

Apresente operação cautelar é desdobramento da Operação Fratura Exposta e das investigações realizadas após a sua deflagração, tendo como escopo aprofundar o desbaratamento da organização criminosa responsável pela prática dos crimes de corrupção e lavagem de capitais envolvendo contratos na **área da saúde** envolvendo o Estado do Rio de Janeiro e o Instituto Nacional de Traumatologia e Ortopedia Jamil Hadad - INTO

Com efeito, após exaustiva investigação que contou com medidas cautelares de quebra de sigilo bancário, fiscal, telefônico de telemático, as operações Calicute e Eficiência conseguiram demonstrar como a organização criminosa comandada por SÉRGIO CABRAL atuou para praticar atos de corrupção e lavagem que desviaram mais de USD 100.000.000,00 (100 milhões de dólares) dos cofres públicos mediante engenhoso processo de envio de recursos oriundos de propina para o exterior. MPF (2018; p. 2)

É preciso observar que as ações em comento, foram uma consequência de uma operação de nome “Fratura Exposta” que investigava fraudes em compras de próteses e órteses por hospitais do Rio de Janeiro, compras estas que tinham uma relação direta com o escândalo da compra de órteses e próteses pela Secretaria de Saúde do Distrito Federal, no ano de 2015 e que citaremos mais adiante.

É fato que, como continuaremos vendo, em muitos casos as políticas públicas existem, mas os prejuízos causados por uma gestão ineficaz dessas ações do Estado podem ter repercussões que vão além da própria ação mal gerida. Embora os processos de compras dos entes governamentais, no Brasil, sejam cercados de leis e regras regulamentadoras, quando analisamos a quantidade de irregularidades

apontadas pelos órgãos de fiscalização, fica-nos fácil perceber a fragilidade desses procedimentos. A esse respeito Campos 2008, nos explica que:

[...] uma situação comum na administração pública é a formação de cartel/conluio para a prática de sobrepreço nas licitações públicas, principalmente quando se refere a um mercado com poucos fornecedores, onde há maiores facilidades de se coordenar um acordo. Além dessa imperfeição de mercado, os procedimentos normativos das aquisições (Lei nº 8.666/93 e 10.520/02) e a legislação específica antitrustes (comandada pela Lei nº 8.884/94) não se mostram suficientemente adequados para evitar as atuações dos cartéis/conluio, exceto no caso de pregão eletrônico com muitas empresas participantes, como se verá adiante. Tanto que, recentemente, o Governo Federal encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 7709/2007 no sentido de reformar a Lei nº 8.666/93 e ampliar o uso do pregão, visto que a cada ano o volume de recursos decorrentes da ineficiência dos gastos atrelada a alguma prática de conluio se torna exorbitante. Pelas estimativas da Secretaria de Defesa Econômica, do Ministério da Justiça, para compras e aquisições anuais da ordem de R\$ 300 bilhões, o prejuízo gira entre R\$ 25 a R\$ 40 bilhões (site www.mj.gov.br comunicado de 30/05/2007). (CAMPOS, 2008, p. 186)

Veja que, embora o autor traga uma visão bem pessimista sobre os processos licitatórios no Brasil, ele mesmo nos mostra que algumas modificações têm gerado bons resultados para a diminuição do desperdício de dinheiro público, no entanto esses avanços ainda são pontuais e ineficazes para a maioria dos casos.

Um bom exemplo disso encontra-se no relatório da Controladoria Geral da União nº 201701036 oriundo de uma fiscalização feita no Município de Itaperuna no Rio de Janeiro. Segundo esse relatório das ações de compras fiscalizadas naquela ação, todas apresentaram irregularidades que iam, desde desclassificação de empresas com justificativas ilegais até sobrepreços de até cem por cento dos valores das compras, conforme cito abaixo:

No âmbito da Ação 10.303.2015.20AE.0001 – Promoção da Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos na Atenção Básica em Saúde para o Município de Itaperuna/RJ identificou-se que os recursos da Atenção Básica em Saúde repassados pelo Fundo Nacional de Saúde para o Município de Itaperuna foram geridos pela Secretaria Municipal de Saúde. Durante os trabalhos de fiscalização, constataram-se a existência de cláusulas restritivas no edital do Pregão Presencial n.º 040/2014 destinado à aquisição de medicamentos, resultando em Sobrepreço de R\$ 2.927.675,16 na Ata de Registro de Preços n.º 07/2015 e em Prejuízo de R\$ 330.848,32 em processos de pagamento analisados; sobrepreço de R\$ 239.498,16 no Pregão Presencial n.º 040/2014, que resultou na Ata de Registro de Preços n.º 07/2015, em razão de preços registrados em valores superiores aos limites definidos pela Anvisa para venda de medicamentos à Administração Pública; sobrepreço de R\$ 131.285,96 no Pregão Presencial n.º 004/2016, que resultou na Ata de Registro de Preços n.º 12/2016, em razão de preços registrados em valores superiores aos limites definidos pela Anvisa para venda de medicamentos à Administração Pública; Restrição à

competitividade no Pregão Presencial n.º 004/2016, em razão da exigência de Certificado de Boas Práticas de Distribuição e Armazenagem (CBPDA); e não recebimento de R\$ 443.714,96 referentes à contrapartida estadual para o Componente Básico da Assistência Farmacêutica, no período de janeiro de 2015 a abril de 2017, bem como ausência de aplicação da contrapartida municipal para o Componente Básico da Assistência Farmacêutica, no valor de R\$ 547.660,03, no período de janeiro de 2015 a abril de 2017. (MT e CGU, 2017, p. 3-4)

Nesse sentido, a eficiência da política pública quando analisada sob o ponto de vista da sua eficácia, em tese, não pode ser questionada já que o Município comprou os medicamentos para suprir as necessidades da população daquele lugar. O problema é que nessa compra, os valores empenhados seriam suficientes para dobrar a aquisição, ou, até mesmo, implantar outras ações da mesma monta.

Deve-se atentar, ainda, para o fato de que o mesmo relatório mostra que o Município deveria ter empenhado um certo montante de recursos próprios como forma de contrapartida, mas não fez. Se os sistemas de controle Federal, Estadual e Municipal tivessem a obrigatoriedade de se comunicarem de forma eficiente, tais problemas poderiam ter sido evitados, contudo a autonomia federativa acaba por proporcionar tais desvirtuamentos.

Um dado interessante a esse respeito desse mesmo município para o ano em que foram efetuadas essas compras é o de que em pesquisa feita no site do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em 16 de janeiro de 2020, com os termos “medicamentos Itaperuna”, delimitada para o ano de 2017, foram encontrados 91 resultados de ações judiciais que pedem desde exame de endoscopia à medicação para diabetes, conforme ementas abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL 0003402-45.2014.8.19.0018. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. MUNICÍPIO DE ITAPERUNA. DIREITO À SAÚDE E À VIDA. GARANTIA CONSTITUCIONAL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELO DO RÉU. A autora é economicamente hipossuficiente, e necessita realizar exame de endoscopia, conforme prescrição médica. Sentença de procedência que confirmou a antecipação de tutela e condenou o réu a custear o exame. O direito constitucional à saúde é direito público subjetivo e indisponível, sendo dever do Estado proporcioná-lo aos cidadãos, conforme assegurado nos artigos 6º e 196 da Carta Magna e no artigo 2º da lei 8.080/90. O custeio de exame aos hipossuficientes é responsabilidade constitucional da União, Estados e Municípios, de forma solidária, nos termos do Enunciado nº 65 da Súmula do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Atribuição municipal estabelecida no artigo 30 da Constituição da República. Garantia constitucional que não pode ser limitada por legislação infraconstitucional. Aplicação das normas relativas à saúde, artigos 1º, III; 6º e 196 da Constituição Federal e verbetes nº 65 e 180 da Súmula deste Tribunal.

Imperiosa a condenação do ente público municipal ao pagamento da taxa judiciária, em razão de ter sucumbido na demanda, conforme dispõe o verbete nº 145 da Súmula desta Corte e o Enunciado nº 42 do Fundo Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Matéria de ordem pública. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO, na forma do artigo 932, IV do Código de Processo Civil/2015. REFORMA DA SENTENÇA, DE OFÍCIO, para condenar o ente municipal ao pagamento da taxa judiciária, conforme a súmula nº 161, desta Corte. Des(a). CEZAR AUGUSTO RODRIGUES COSTA - Julgamento: 07/12/2017 - OITAVA CÂMARA CÍVEL/TJRJ.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0008599-20.2015.8.19.0026. DIREITO À SAÚDE. MUNICÍPIO DE ITAPERUNA. AUTORA PORTADOR DE DOENÇAS CRÔNICAS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA CONTINUIDADE DE TRATAMENTO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. CONFIRMAÇÃO DA DECISÃO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. MANUTENÇÃO. - Ausência de requisitos a ensejar a suspensão da tramitação processual na exata forma do REsp nº 1.657.156, haja vista o caráter urgente da medida postulada. - Autora portadora de doenças crônicas, restando comprovado a necessidade do fornecimento dos medicamentos indicados por seu médico assistente. - Procedência da pretensão autoral, com a confirmação da tutela antecipada concedida. - Obrigação solidária dos entes federativos, como preceituado no artigo 23, inciso II, da Carta Magna, assim como na Lei 8.080/90, que instituiu o Sistema Único de Saúde. Inteligência do verbete sumular nº 65, do TJERJ. - O direito à saúde se encontra inserida no campo dos direitos fundamentais, constituindo dever do estado, lato sensu, prover, gratuitamente, os tratamentos e medicamentos àqueles que deles necessitem. Aplicação dos artigos 6º, 196 e 198 da Constituição da República. - Tese de afronta ao Princípios da Separação de Poderes e da Reserva do Possível que não merece acolhida, conforme súmulas nº 180 e 241, TJERJ. - A responsabilidade pelo fornecimento dos medicamentos independe de previsão orçamentária e não tem o condão de gerar desequilíbrio às finanças públicas da municipalidade, face à compensação de verbas e repasse de recursos pelo SUS. - Matéria versada, in casu, que deve ser orientada pelo Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, que não há de ser sobrepujado ou vulnerado por questões burocráticas e de ordem orçamentária, tão comumente suscitadas pelos entes públicos no intuito de se esquivarem de suas obrigações constitucionais. - Possibilidade de condenação do Município ao pagamento de honorários advocatícios. - Verba honorária que merece redução. Aplicação das Súmulas 182 e 221, TJRJ. RECURSO PROVIDO, EM PARTE, APENAS PARA REDUZIR O VALOR DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. Des(a). MARIA HELENA PINTO MACHADO - Julgamento: 06/12/2017 - QUARTA CÂMARA CÍVEL/TJRJ
APELAÇÃO CÍVEL Nº 0011889-14.2013.8.19.0026. SAÚDE PÚBLICA. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. MUNICÍPIO DE ITAPERUNA. PRESERVAÇÃO DA VIDA. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FÁRMACO PRESCRITO POR MÉDICO INTEGRANTE DO SUS. AVALIAÇÃO PERIÓDICA. NECESSIDADE.

[...]

Por certo, se, por um lado, a competência da União não exclui a dos Estados e a dos Municípios, como estampado no inciso II, do art. 23, da Constituição de 1988, por outro, o sistema único de saúde – SUS impõe aos Municípios o dever jurídico de assistência aos doentes necessitados, como disposto na Lei nº 8.088/90.

Conseqüentemente, cabe aos Municípios, com a cooperação técnica e financeira da União e dos Estados, prestar os serviços de atendimento à saúde da população (arts. 196, 198 e 30, inciso VII, da Constituição Federal), promovendo as ações e serviços para manutenção da saúde dos cidadãos, prestando todos estes, solidariamente, a necessária assistência, mediante

políticas sociais e econômicas, com o objetivo de garantir o acesso universal e igualitário a todos, sem qualquer exceção.

Irrelevante, pois, o **argumento centrado na ausência de previsão orçamentária** para atendimento aos desamparados. Relator: Des. MALDONADO DE CARVALHO. Julgamento: 29/08/2017 - OITAVA CÂMARA CÍVEL/TJRJ.

Constata-se da maioria das decisões analisadas, incluindo as aqui citadas, que o argumento do município para a negativa estava centrado na sua incapacidade financeira, contudo vê-se das políticas implementadas com sobrepreço, conforme visto, que parte dessa insuficiência poderia, certamente, ser atribuída a esses pagamentos superfaturados.

Além outro argumento muito encontrado nas defesas do Município de Itaperuna é o de que os medicamentos solicitados não eram de competência do provisional daquele Ente, mas do Estado ou da União, argumento não aceito pelos Tribunais pátrios, conforme já falamos em capítulos anteriores.

Fato é que o sistema federativo brasileiro abre esse tipo de precedente, mas a mais grave ingerência desse modelo de Estado nas políticas públicas encontra-se no campo da coordenação e da implementação dessas ações. O tamanho geopolítico do Brasil, com 26 estados, um Distrito Federal e mais de 5000 Municípios, todos com autonomia política e orçamentária, tornou-se um ambiente altamente propício às duplicidades de políticas públicas, além de criar sérias dificuldades para a responsabilização desses entes, sobretudo nas suas omissões.

Um bom exemplo das dificuldades geradas por essa enorme estrutura geopolítica do Brasil para a coordenação de políticas públicas pode ser encontrado no acórdão 280 de 2020 do Tribunal de Contas da União quando chamado a auditar a política pública de combate as drogas, adotada no país entre os anos de 2010 e 2018. Dentre as várias conclusões a que chegou aquele tribunal, a mais grave delas foi a de que durante todo aquele período o país teve duas políticas de combate as drogas coordenadas por órgãos diferentes e com resultados questionáveis.

O segundo achado relata a existência de duas políticas nacionais sobre drogas em vigor (Decreto 4.345/2002 e Resolução 3/2005/GSIPR/CONAD/2005) no período de abrangência da auditoria (2010 a 2018), o que prejudicou o direcionamento das ações em face da presença de duas diretrizes distintas. (TCU, ACÓRDÃO 280/2020)

Ressalte-se que, neste caso, estamos falando de órgãos de um mesmo Poder (SENAD e SENAPRED) que coordenavam duas políticas públicas versando sobre o mesmo tema sem tomarem conhecimento das ações uns dos outros. Saliente-se ainda que ambas as ações eram ineficazes e custeadas com dinheiro do contribuinte.

Depreende-se dessa constatação que, se é possível esse descontrole dentro de um mesmo poder de um mesmo ente federativo, imaginem o que não acontece quando falamos de políticas públicas que envolvem Estados, Municípios e a própria União.

4.1.2 A ineficiência na avaliação, na compra e estocagem e na distribuição

Um bom exemplo da ineficiência na avaliação e na compra nas ações governamentais é o caso que ficou conhecido como “A Máfia das Próteses”, ocorrido no Distrito Federal, no ano de 2015. No caso em comento, uma auditoria do Tribunal de Contas do Distrito Federal, naquele mesmo ano, na Secretaria de Saúde daquela unidade federativa, descobriu-se, dentre outras irregularidades, uma quantidade de próteses, órteses e material para artroscopia que supririam aquela Secretária por cerca de 50 anos.

Ressalte-se, no entanto, que a compra desse material, por si só, não se caracterizaria como um problema, tendo em vista a necessidade efetiva de tal política pública. Cirurgias de artroscopia são muito comuns em grandes centros urbanos devido à grande quantidade de acidentes e lesões que pedem tais procedimentos. Segundo o Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER – as solicitações de próteses e órteses estão em segundo lugar nos processos judiciais, conforme se vê abaixo:

Imagem 4 - Nas decisões, prevalecem demandas por medicamentos e produtos



Uma decisão em segunda instância, chamada de acórdão, pode deliberar sobre mais de um tema, razão pela qual os números não somam 100%.

Quase 70% dos acórdãos envolvem disputa por medicamentos. Órteses e próteses, também muito exigidas, surgem em 63% das decisões.

O problema, no caso específico da Secretária de Saúde do Distrito Federal, desta forma, não parece estar na escolha feita pelo gestor, já que a pesquisa divulgada pelo próprio INSPER mostra que o material para artroscopia, as próteses e órteses estão no topo das necessidades em matéria de saúde pública. Ocorre que o mesmo relatório da Corte de Contas do DF mostrava que, em que pese a compra suprir o Distrito Federal pelos próximos 50 anos, todo o material tinha validade máxima de 2 anos. TCDF (2015; p. 2)

Para agravar ainda mais essa situação, que já era bem difícil, era possível verificar a existência de várias ações judiciais em curso naquele ano, onde eram solicitados procedimentos de artroscopia que estavam sendo negados pelo Estado sob a alegação de que o sistema estadual de saúde não possuía os insumos para essas intervenções cirúrgicas.

Em simples pesquisa feita no site do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, delimitada entre 01 de janeiro de 2013 e 31 de dezembro de 2015, utilizando-se a palavra “artroscopia”, obteve-se como resultado 32 acórdãos, sendo 06 desses em 2015 e 12 decisões monocráticas, sendo 06 em 2015, todas solicitando cirurgia de artroscopia, para a qual a Secretária de Saúde alegava falta de material, mesmo com seus galpões lotados desses instrumentos cirúrgicos.

REEXAME NECESSÁRIO N. Processo: 20140110103108RMO (0001768-47.2014.8.07.0018). Autor(s): MARIA LÚCIA RODRIGUES NERE. Réu(s): DISTRITO FEDERAL. Relator: Desembargador ARNOLDO CAMANHO. Acórdão N.: 852093

EMENTA

REMESSA OFICIAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. CIRURGIA DE ARTROSCOPIA DE OMBRO. PACIENTE COM CONDIÇÕES FINANCEIRAS INSUFICIENTES. DEVER DO ESTADO DE CUSTEAR A CIRURGIA E OS TRATAMENTOS COADJUVANTES.

1. Segundo o art. 196, da CF/88: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".
2. Independentemente de o Estado ter ou não dotação orçamentária para assegurar, satisfatoriamente, os direitos sociais previstos na Constituição Federal, é dever do Poder Judiciário garantir a aplicabilidade imediata e a máxima eficácia das normas constitucionais que conferem ao jurisdicionado o direito a um sistema de saúde eficiente.
3. Comprovada a necessidade de a autora ser submetida à cirurgia de artroscopia de ombro, incumbe ao Estado providenciar, às suas expensas, os recursos necessários para a recuperação da paciente.
4. Remessa oficial improvida.

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS – Relator

Maria Lúcia Rodrigues Nere ajuizou ação de conhecimento com pedido de antecipação de tutela em desfavor do Distrito Federal, objetivando a realização da cirurgia de artroscopia de ombro e a aquisição, por parte do réu, do material necessário para a efetuação da mesma. A antecipação de tutela foi concedida às fls. 25/26.

O douto juiz singular julgou procedente o pedido, condenando o requerido a realizar a cirurgia, inclusive com todos os materiais e suporte de internação necessários ao procedimento.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição.

A douta Procuradoria de Justiça oficiou pelo não provimento da Remessa Oficial.

É o relatório.

Vê-se pelo relatado na ação em epígrafe que, possivelmente, o Estado estava alegando falta de dotação orçamentaria para dar provimento à solicitação feita no processo, contudo, como já demonstrada, tal situação não deveria nem ter chegado ao Poder Judiciário, pois a Secretaria de Saúde possuía o material judicializado, mas não sabia onde ele estava armazenado.

Detalhando um pouco mais a auditoria feita pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal, logo no início de seu relatório, em seu resumo executivo, os auditores buscam esclarecer quais eram os objetivos daquela auditoria que se resumia a responder a três questões básicas, a saber, “1. A aquisição de OPMEs observa a legislação atinente às contratações públicas? 2. Há controle no financiamento e na distribuição de OPMEs? 3. A SES/DF efetua o controle e o levantamento das necessidades da população em OPMEs? ”. (TCDF, 2015, p. 2)

Nesse sentido, percebe-se das questões formuladas que o instrumento fiscalizatório tinha por premissa analisar três requisitos básicos para o sucesso na implementação de uma política pública que, em apertada síntese, seria a verificação de sua adequação à legislação vigente, os critérios de seu financiamento juntamente com o controle dos recursos e do material e, por último, mas não menos importante, qual a real necessidade da sociedade em relação à ação que foi ou será implementada.

Ocorre que ao responder a esses questionamentos aquela Corte de Contas chegou à conclusão de que nenhuma dessas questões podia ser respondida de forma positiva, conforme se vê abaixo:

No tocante à primeira questão, foi constatado que a Gerência de Órtese e Prótese – GEOP da SES/DF não observa a legislação atinente às contratações públicas para aquisição de OPMEs. A ausência de justificativas

para os quantitativos incluídos em atas de registro de preço, verificada na maioria dos processos analisados, viabiliza aquisições excessivas de determinadas OPMEs e insuficientes de outras.

Apurou-se a ocorrência de frustração e fraude do caráter competitivo de procedimentos licitatórios, o que traz consigo o risco de contratações menos vantajosas para a Administração Pública. Constatou-se, ainda, que servidores da SES/DF não tomam providências em face de licitantes que não honram suas propostas em pregões eletrônicos.

As execuções das atas de registro de preços das OPMEs, por sua vez, são realizadas sem vinculação com o consumo médio registrado, o que causa deficiências no atendimento à população, dentre outras consequências.

Ademais, foram diagnosticadas falhas na realização de pesquisa de preços, para a qual não é utilizado um procedimento uniforme, tendo como efeito o risco de aquisições de OPMEs com preços superiores ao do mercado. Foram encontradas, ainda, irregularidades na adesão à ata de registro de preços nº 002/2012 da Secretaria de Estado de Saúde do Rio de Janeiro, dentre elas, falhas na pesquisa de preços e consequente ausência de comprovação da vantajosidade da adesão, injustificada dilação de prazo para entrega de materiais alegadamente urgentes e ausência de comprovação de adequação dos quantitativos adquiridos ao consumo estimado. (TCDF, 2015, p. 3)

Nesse ponto, faz necessário nos atermos um pouco à referência que os auditores fazem no último parágrafo à questão da adesão da Secretária de Saúde do Distrito Federal à ata de registro de preços nº 002 de 2012 do Rio de Janeiro. Esse modelo de licitação, também conhecido pela doutrina como “licitação carona”, tem por objetivo permitir a um Estado ou ente público aderir a um processo de compra de um outro. Dentre os vários requisitos para essa adesão está a obrigatoriedade de que tal procedimento seja mais vantajoso para o ente aderente.

Ocorre que, nesse caso em específico, o próprio TCDF declara em seu relatório de auditoria que não foram encontradas nenhuma comprovação de vantagem para o Governo do Distrito Federal. Ressalte-se ainda que no ano de 2016 uma operação conjunta do Ministério Público Federal e da Polícia Federal, denominada de “Operação Fratura Exposta”, desarticulou um esquema fraudulento de compras no Estado do Rio de Janeiro que envolvia essa mesma ata de registro de preços aderida pelo Distrito Federal. No relatório feito pelo MPF/RJ a respeito desta operação vê-se a seguinte declaração:

Em abril de 2016, dando prosseguimento às investigações foi deflagrada a Operação Fratura Exposta que expôs como o sistema criminoso funcionava dentro da Secretaria de Saúde do Rio de Janeiro e como o empresário MIGUEL ISKIN, com o auxílio de seu operador financeiro GUSTAVO ESTELLITA, ambos sócios administradores das empresas OSCAR ISKIN & CIA LTDA. e SHERIFF SERVIÇOS E PARTICIPAÇÕES pagaram, ao menos, R\$ 16.260.000,00 ao ex-governador SÉRGIO CABRAL e seu então Secretário de Saúde SÉRGIO CÔRTEZ por meio dos operadores financeiros, CARLOS MIRANDA, LUIZ CARLOS BEZERRA e CEZAR ROMERO. (MPF/RJ, 2016, p. 2)

Extraí-se do texto citado texto que a implementação da política pública de compra das próteses e órteses pelo Distrito Federal foi uma sucessão de erros de gestão que já vinham de um processo licitatório altamente problemático de um outro Estado.

Em que pese ser possível adequar o objeto da política pública à teoria das ações baseadas em evidências, já que as próteses e órteses eram de fato necessárias, todo o restante da ação estatal estava em perfeito contraste com qualquer boa evidência. A compra é tão desastrosa que sequer possui uma avaliação do montante que deveria ser comprado, fato que poderia ser feito com uma simples análise de compras passadas e um relatório de consumo. No entanto, como o próprio relatório diz, esses dados sequer existiam. (TCDF, 2015, p. 3)

Para se efetuar as compras de forma menos burocrática e mais rápida, alegou-se a urgência para a aquisição do material, mas, depois da compra, dilata-se o prazo para a entrega e nada se faz com as empresas que atrasam suas remessas. Em continuidade ao relatório, os auditores do Tribunal de Contas do Distrito Federal, ao avaliarem o processo de gestão e estocagem do material comprado chegam a conclusão de que:

[...] a SES/DF não consegue atender ou mesmo quantificar a demanda de OPMEs na Rede de Saúde. A concentração de atribuições na figura do Coordenador de área dificulta o controle. Ademais, a ausência de um planejamento formal, o volume de judicializações, a não utilização de itens adquiridos por determinação judicial, a falta de interação entre os sistemas informatizados, dentre outros, demonstram a deficiência na gestão governamental quanto à política de fornecimento de OPMEs. (TCDF, 2015, p. 4)

Infere-se da informação dada acima que, além de todo o material comprado no processo licitatório analisado, havia material comprado a partir de ordens judiciais que também não era utilizado, o que significava ainda mais prejuízos aos cofres públicos. Isso significa dizer que o cidadão estava judicializando o que já existia na Secretaria de Saúde e, pior que isso, não se usava o que se comprava em decorrência da decisão judicial.

Na busca para entender o porquê de todo esse material em estoque estar sem uso, os auditores visitaram alguns hospitais da rede de saúde e as alegações foram as mais diversas: de próteses incompletas à material de baixa qualidade que quebrava

depois de implantado, tudo foi usado para justificar os altos estoques não utilizados, contudo, segundo o próprio relatório, não havia nenhuma notificação de tais incidentes a qualquer órgão fiscalizador, conforme transcrição abaixo:

[...] convém mencionar a existência do Notivisa – Sistema Nacional de Notificações para a Vigilância Sanitária, sistema informatizado desenvolvido para receber notificações de incidentes, eventos adversos e queixas técnicas relacionadas ao uso de produtos e de serviços sob vigilância sanitária. Considerando que é dever do Poder Público tomar todas as medidas a seu alcance para promover a saúde da população e evitar danos a esta e que não se tem conhecimento de que a SES/DF tenha cadastrado incidentes [...]. (TCDF, 2015, p. 91)

De qualquer forma, continua o relatório,

[...] passados dois anos da assinatura da ata, ainda existem quantidades de material estocado sem uso ou previsão de uso. Se a aquisição das OPMEs houvesse sido feita com base em demanda efetiva e planejamento adequado, ou seja, sem violar o art. 15, § 7º, II, da Lei de Licitações, não haveria, a esta altura, estoque dos produtos desses materiais. (TCDF, 2015, p. 91)

Portanto, há uma sucessão de erros que ferem de morte toda e qualquer técnica de ou modelo de implementação de políticas públicas, e só avaliamos até aqui uma política pública, levando em consideração apenas as ações mais voltadas para a avaliação, a compra e a estocagem. No geral, serve-nos como um bom resumo de toda essa política pública, um pequeno trecho do relatório do TCDF que nos explica que:

Ausência de planejamento nas aquisições da SES/DF. Concentração de funções na figura do Coordenador de área. Ausência de solicitação de amostra dos produtos ou mecanismo de qualificação prévia dos materiais. Ausência de controles efetivos sobre os procedimentos de contratação pela SES/DF. (TCDF, 2015, p. 91)

Esse é o quadro apresentado por várias outras políticas públicas no Brasil inteiro. Falta de coordenação, concentração de poderes, falta de comunicação entre os atores envolvidos em todas as etapas do processo, dentre outras questões.

Embora já tenhamos visto um pouco sobre os problemas enfrentados na estocagem das compras oriundas de políticas públicas na área da saúde, esse é um problema tão comum nessa área que acaba por se apresentar em quase todas as ações do Estado de diversas unidades diferentes da federação.

Um bom exemplo dessa ineficiência em um ente federativo diferente do Distrito Federal, citada nos parágrafos anteriores, encontra-se no relatório nº 201408225 da

CGU, que denuncia que só no Estado de Pernambuco, no ano de 2014, foram jogados fora quase 16 milhões de reais em remédios vencidos que não foram distribuídos por falhas de gestão, mesmo existindo pessoas necessitando deles nas filas de espera.

Segundo o relato encontrado no documento da CGU as irregularidades encontradas no Estado de Pernambuco, à época, iam de dispensação de medicamentos sem recibos à medicamentos estocados de forma irregular, mas, essa não era uma realidade só do Estado de Pernambuco, como veremos aqui.

No caso específico de Pernambuco, em um trecho do relatório, os auditores da Corregedoria Geral da União mostram que em um só posto fiscalizado dos 15 lotes de medicamentos fiscalizados 4 estavam perdidos por expiração de prazo de validade ou avaria, conforme se vê abaixo:

A equipe de fiscalização da CGU/PE realizou, em 22/9/2014, visita ao Centro de Distribuição, localizado na Rodovia Empresário João Filho, Muribeca - Jaboatão dos Guararapes/PE, Condomínio Industrial AJAM, Bloco D, no qual realizou a inspeção física de 15 lotes de medicamentos.

Após a inspeção física, a equipe de fiscalização verificou que em 3 lotes houve o descarte de medicamentos por estarem vencidos e 1 por avaria, são eles:

| MEDICAMENTO | LOTE | MOTIVO DO DESCARTE | QUANTIDADE |
|---|-------|--------------------|------------|
| Travoprostá – 0,04 MG/ML, Frasco 2,5 ml | 45532 | Vencido | 85 |
| Bimatoprostá – 0,3 MG/ML, Frasco | 21095 | Vencido | 204 |
| Bimatoprostá – 0,3 MG/ML, Frasco | 24561 | Vencido | 1609 |
| Galantamina, Bromidrato – 8MG, Capsula de Liberação | 45011 | Avaria | 3 |

(MT e CGU, 2014, p. 12)

O fato a ser considerado aqui é que para os casos de medicamentos que se encontrem próximos de sua data de vencimento a Lei nº 13.065 de julho de 2006 estabelece em seu artigo 2º, parágrafo 1º que:

“Art. 2º As farmácias drogarias e postos de medicamentos informarão, por escrito, à indústria farmacêutica ou distribuidor que forneceu o medicamento ou insumo, a lista de produtos, e suas respectivas quantidades, com a identificação do respectivo lote de Fabricação e origem, até, vinte antes do vencimento dos medicamentos.

§1º A indústria farmacêutica ou distribuidor providenciará o recolhimento dos produtos no prazo máximo de quinze dias, depois de recebida a informação, dando-lhes a destinação determinada pela legislação federal pertinente, devendo, ainda, substituí-los por outros idênticos e em condições de uso.

Portanto, por mais que se queira justificar a perda desses medicamentos, não existe plausibilidade em quaisquer que sejam as histórias envolvendo tamanho desperdício, e, isso considerando apenas os vencidos, pois como visto, um dos lotes estava perdido por avaria, ou seja, problemas no transporte, nesse caso não deveria sequer serem recebidos, ou erro de estocagem.

Ocorre que ao final da referida auditoria chegou-se a um montante de cerca de R\$ 16.000.000,00 (dezesesseis milhões de reais) jogados no lixo e a conclusão dos auditores de que “com base nos exames realizados, conclui-se que a aplicação dos recursos federais não está adequada e exige providências de regularização por parte dos gestores federais”. (MT e CGU, 2014, p. 19)

Voltando ao Estado de Pernambuco, no relatório da CGU nº 21700958, nas páginas 289 e seguintes os auditores da CGU chegaram a praticamente todas as conclusões descritas no relatório de 2014, com algumas exceções, posto não estarem no objeto desta última fiscalização. Embora tratar-se de municípios diferentes as constatações só mostram que a fragilidade do sistema federativo, pois estamos falando de um mesmo Estado, já fiscalizado em 2014, mas que em 2017 apresenta as mesmas fragilidades.

Em trecho da conclusão do relatório de 2017 os auditores comentam que:

Nas visitas pôde ser evidenciada a precária estrutura de trabalho da equipe da CAF, uma vez que se trata de casa improvisada para tal finalidade. Além do espaço limitado para o trabalho de conferência dos volumes de medicamentos entregues pelos fornecedores contratados, verificou-se a presença de estoques brutos de medicamentos nas caixas, da forma como deram entrada na Central, no mesmo espaço em que se encontram os medicamentos separados em volumes menores para dispensação para os postos de saúde, os quais são acondicionados nas prateleiras.

[...]

Diante de todo o exposto, a Coordenação de Assistência Farmacêutica foi instada formalmente a apresentar as providências que vêm sendo adotadas ou que se pretende implementar, tendo em vista a busca de condições adequadas de trabalho para a equipe da CAF; de instrumentos automatizados de controle de estoques; de meios para promoção da segurança das informações acerca das bases de dados referentes às informações sobre os estoques; e para que se assegure a segregação de funções no âmbito da CAF, de maneira que se possam individualizar e separar as tarefas com os membros da equipe; além da limitação da Central à dispensação de medicamentos controlados, passando a função de distribuição dos demais fármacos às Unidades de Saúde da Família (USF). (MT e CGU, 2017, p. 309)

Portanto, três anos depois e ainda era possível verificar que existiam problemas na estocagem, no controle de distribuição e no próprio processo de compra dos medicamentos.

Deve-se ressaltar que essas situações se reproduzem por todo o país e os processos fiscalizatórios só chegam, em regra, quando essas políticas já estão se mostrando ineficazes e, em muitos casos já judicializadas.

Portanto a desorganização no controle de estocagem e de entradas e saídas de medicamentos oriundos de políticas públicas, geram vários transtornos e podem levar a judicializações, uma vez que não se tem um controle efetivo dos estoques o que pode gerar fraudes, compras desnecessárias, ou até mesmo falta de aquisições de medicamentos que estão com estoques baixos.

Mais uma vez, para exemplificar essa situação, citaremos o relatório de fiscalização da CGU nº 201701036, feita no Estado do Rio de Janeiro, onde de 64 medicações fiscalizadas 10 possuíam divergências de quantitativo, conforme se vê no quadro abaixo:

IMAGEM 5 – quadro II – Inspeção Física realizada em 22, 24 e 25 de maio de 2001

| Item | Medicamento | Conferência CGU | Sistema ou Ficha de Prateleira | Data | Unidade |
|------|----------------------------------|-----------------|--------------------------------|------------|----------------------|
| 1 | Permetrina Loção 5% 50mg/g | 48 | 50 | 22/05/2017 | Almoxarifado Central |
| 2 | Metronidazol - Comprimido 250 mg | 8.600 | 8.500 | 22/05/2017 | Almoxarifado Central |
| 3 | Diazepan 10 mg | 36.000 | 37.000 | 22/05/2017 | Almoxarifado Central |
| 4 | Fluoxetina 20 mg | 45.010 | 44.990 | 24/05/2017 | Almoxarifado Central |
| 5 | Hidroclorotiazida 25 mg | 39.420 | 40.000 | 24/05/2017 | Almoxarifado Central |
| 6 | Amiodarona 200 mg | 780 | 810 | 25/05/2017 | Farmácia Básica |
| 7 | Insulina NPH 100UI/ml - 10 ml | 23 | 45 | 25/05/2017 | Farmácia Básica |
| 8 | Insulina Regular 10 ml | 8 | 4 | 25/05/2017 | Farmácia Básica |
| 9 | Ácido Fólico 5 mg | 40 | 44 | 25/05/2017 | Jardim Surubi |
| 10 | Azitromicina 500 mg | 86 | 80 | 25/05/2017 | Jardim Surubi |

Fonte: Planilhas de levantamento de estoque decorrente de inspeção física realizada em 22, 24 e 25 de maio de 2017 nas Unidades de Saúde citadas e Almoxarifado Central da Secretaria Municipal de Saúde.

Percebe-se do quadro que a maioria do material divergente possui quantidades menores do que as apresentadas pelo sistema ou inscritas nas prateleiras das unidades fiscalizadas. Ressalte-se ainda que uma dessas medicações é a insulina, uma das substâncias mais judicializadas no Brasil. A diferença entre a quantidade

verificada pelos agentes da CGU e a quantidade apresentada pela farmácia básica é quase 50% a menos.

Evidentemente, essa discrepância vai ter impacto direto na previsão de reposição de estoque, já que a medicação vai acabar bem antes do esperado e, se não houverem estoques de reposição a demora de um novo processo de compra poderá gerar ainda mais judicializações. Portanto, nem sempre o problema está na falta de uma política pública, mas nos erros cometidos no seu processo de execução.

Conclusões

Em que pese não ser a única culpada pelo aumento nos processos de judicialização de políticas públicas, parece-nos muito apropriado dizer que, no mínimo a não contenção ou não diminuição desses processos está diretamente ligada à falta de ações efetivas por parte do Estado para a melhoria dos protocolos utilizados na gestão pública.

A demora na modernização das estruturas do Estado, aliada a uma herança deixada pelos modelos patrimonialista e burocrático são grandes obstáculos que precisam ser superados para que, de fato, se consiga evoluir na construção de políticas públicas mais assertivas e, conseqüentemente, menos judicializadas.

O sistema federativo brasileiro apresenta muitos entraves à formação de uma sociedade mais igualitária, sobretudo no campo político, tendo em vista que a forma de representatividade do Congresso Nacional Brasileiro acaba por favorecer as regiões mais ricas e mais populosas, posto terem estas o poder econômico e numérico para influenciar a formação das maiorias legislativas.

É necessário que se comece a pensar, urgentemente, na criação de um novo pacto federativo que tenha como principal fator de multiplicação, na distribuição dos recursos federais, o alcance de metas pré-estabelecidas em políticas públicas, além de atrelar o recebimento desses dividendos ao cumprimento de ações afirmativas que se caracterizem como verdadeiras políticas de Estado que estejam desvinculadas de ideologias governamentais e, conseqüentemente, desvinculadas dos grupos de interesses que chegam ao poder a cada processo eleitoral.

O gerenciamento das funções estratégicas do Estado, como a saúde pública, não pode estar à mercê de indicações meramente políticas e com a finalidade de garantir a coalizão governamental. É preciso se ter em mente que os governos passam, mas as políticas implementadas pelos setores estratégicos do Estado não podem sofrer com as descontinuidades das mudanças ideológicas.

Em que pese as dificuldades para se ter um corpo totalmente técnico no setor público, tendo em vista o caráter político de determinadas funções do Estado, não se

pode permitir que o gerenciamento de políticas públicas, sobretudo na área da saúde, estejam a mercê de funções gratificadas que não contenham requisitos apropriados para a sua investidura. A valorização e o rigor na escolha dos gestores públicos, sobretudo nas funções de segundo e terceiro escalões, precisam estar previstas em leis que garantam a autonomia desses servidores frente às constantes pressões recebidas.

O sistema leis administrativas do Direito brasileiro é extremamente confuso, com normas que foram criadas para garantir a supremacia do interesse público sobre o privado, mas que já veem se mostrando totalmente ineficientes nesse sentido, criando no particular que se coloca em uma negociação com o Estado uma série de procedimentos de proteção do próprio patrimônio que, embora não sejam ilegais, geram grandes prejuízos ao setor público. Um bom exemplo disto são os processos de licitação onde as garantias de prazos elásticos para o pagamento por parte do Estado, além de outros privilégios, fazem com que os particulares em relação comercial com o Estado, em muitos casos, dobrem os preços de seus produtos para a Administração Pública.

No caso específico da saúde pública, é preciso repensar esse sistema de regulações impostas a partir dos altos escalões governamentais, por vezes não técnicos e temporários, que por não ouvirem as bases envolvidas nos processos de gestão, acabam por gerar sérias inconsistências e inconvenientes que inviabilizam o bom andamento das políticas públicas e, em muitos casos acabam por causar a total interrupção de ações necessárias do Estado.

Nesse sentido a criação de conselhos com o envolvimento da defensoria pública, ministério público, médicos e membros da sociedade, aliado às leis de conciliação, dentre outras, podem trazer bons frutos para a sociedade, contudo essas iniciativas precisam ser mais do que políticas de governo e alcançar o status de verdadeiras políticas de Estado. Para tanto, faz-se necessária a criação de uma estrutura de Estado que seja pensada de forma profissional e profissionalizante.

Parece inconcebível que em um país com um número de legislações tão grande a respeito de temas como mediação e arbitragem, ainda não se tenha conseguido criar, no âmbito de suas instituições, processos de mediação que sejam capazes de

112 evitar a chegada de parte destas reclamações de usuários de serviços públicos ao Poder Judiciário.

Em que pese os avanços na gestão pública moderna, com a aplicação de novas técnicas administrativas, a falta de profissionalização dos gestores, sobretudo nos pequenos municípios brasileiros, ainda é um grande entrave para o sucesso de políticas públicas, principalmente em áreas tão técnicas como a saúde pública.

No caso específico da saúde pública, é preciso trabalhar a simplificação de seu sistema normativo, inclusive com a adequação dos seus processos de compras às verdadeiras necessidades dos Estados e Municípios, com a criação de atribuições e responsabilidades claras para cada ente, além da implementação de regras de controle unificados e informatizados, nos quais seja possível a notificação instantânea das entradas e saídas de insumos e medicamentos distribuídos e/ou utilizados.

O sistema de gerenciamento de pessoal também precisa ser melhorado. É necessário que o controle de todo o pessoal envolvido nas ações de políticas públicas seja feito de forma integrada e com previsões interativas e de capacitações constantes e, sempre que possível, incentivas.

Os sistemas de fiscalização prévia precisam estar prontos para responder às necessidades colocadas e devem possuir o poder necessário para barrar possíveis excessos, e, portanto, não podem estar atrelados a condições políticas de indicação e permanência.

A modernização das formas de gerenciamento dos hospitais públicos precisa ser pensada de uma forma mais séria e menos corporativista. As parcerias entre os poderes público e privado é uma realidade em quase todo o mundo e, nesses tempos de pandemia essa realidade tem se mostrado muito eficiente no Brasil, como, por exemplo no caso do conserto de quase 5000 (cinco mil) respiradores artificiais por instituições do sistema “S”, para o uso no tratamento de doenças respiratórias causados pelo Covide-19.

A modernização constante da Administração Pública, com o enfrentamento de questões ligadas ao sistema de criação de leis, mudanças do processo eleitoral, melhoramentos nos modelos de contratação de pessoal e compras do Estado são

condições *prima facie* para uma efetiva diminuição dos processos de judicialização de políticas públicas. Sem sombras de dúvidas, após todos os levantamentos feitos no decorrer desta pesquisa, fica-nos muito claro que sem repensar os processos de gestão brasileiros, combater a judicialização é mera perda de tempo e de recursos.

REFERÊNCIAS

- ABRANCHES, S. **Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro**. [S.l.]: Dados, v. 31, 1988. 5-38 p.
- AHMED, D.; BULMER, E. **Social and Economic Rights: International IDEA Constitution-Building Primer**. 2. ed. Stockholm: International IDEA, v. 9, 2014.
- AMARAL, G. L. D. et al. **Quantidade de normas editadas no Brasil: 28 anos da Constituição Federal de 1988**. Curitiba: IBPT, 2016. Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2017/06/Normas-editadas-ibpt-30jun2017.pdf>>. Acesso em: 20 janeiro 2020.
- BARBOSA, S. R.; COSTA, C.; RODRIGUEZ, J. R. **Formalismo, dogma jurídica e estado de direito: um debate sobre o direito contemporâneo a partir da obra de Tércio Sampaio Ferraz Jr.** [S.l.]: GV, v. 7, 2010.
- BARCELLOS, A. P. D. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, W. & T. L. B. **Direitos fundamentais - orçamento e "reserva do possível"**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 111-131.
- BARROSO, L. R. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: RUBENS, E. **A Razão do voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso**. Rio de Janeiro: FGV, 2017.
- BARROSO, L. R. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BARROSO, R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuário Iberoamericano de justiça constitucional**, p. 17-32, 2009.
- BECKERT, C. **Ética**. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2012.
- BRAGA, D. G. **Conflitos, eficiência e democracia na gestão pública**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2002.
- BRASIL, F. G.; CAPELLA, A. N. **Os estudos as políticas públicas no Brasil: passado, presente e caminhos futuros da pesquisa sobre análise de políticas**. Revista Política Hoje. mar. 2016. ed. [S.l.]: [s.n.], v. 25, 2016. 71-90 p. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/politica hoje/article/view/3710/3012>>. Acesso em: 10 dezembro 2019.
- BRASIL. CONSTITUIÇÃO (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. [S.l.]: [s.n.], 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 02 janeiro 2019.
- BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Sistema de Legislação da Saúde - SLEGIS**. Brasília: [s.n.], 2020. Disponível em: <<http://saudelegis.saude.gov.br/saudelegis/secure/norma/listPublic.xhtml>>. Acesso em: 26 fevereiro 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Novos diagnósticos do enfrentamento da corrupção**. Brasília: STF, 2012. Acesso em: 2019.

BRASÍLIA, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Segundo Ag.Reg. no Recurso extraordinário com agravo 1.168**. [S.l.]: [s.n.], 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341955987&ext=.pdf>>. Acesso em: 10 dezembro 2019.

BRASÍLIA. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 510.598**. [S.l.]: [s.n.], 2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=674697&num_registro=200300032733&data=20080213&formato=PDF>. Acesso em: 10 janeiro 2019.

BRASÍLIA. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.185474 - SC**. [S.l.]: [s.n.], 2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 22 julho 2018.

BRASÍLIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Petição nº 1246/97**. [S.l.]: [s.n.], 1997. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=173&dataPublicacaoDj=09/09/2002&incidente=3693986&codCapitulo=6&numMateria=128&codMateria=7>>. Acesso em: 28 maio 2018.

BRASÍLIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação de descumprimento de preceito fundamental nº 45**. [S.l.]: [s.n.], 2003. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=84&dataPublicacaoDj=04/05/2004&incidente=3737704&codCapitulo=6&numMateria=61&codMateria=2>>. Acesso em: 17 maio 2018.

BRASÍLIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 580.252**. [S.l.]: [s.n.], 2008. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2600961>>. Acesso em: 10 janeiro 2019.

BRASÍLIA. TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL. **Auditoria de Regularidade nº 3848/2015**. [S.l.]. 2015.

BUCCI, M. P. D.; DUARTE, C. S. **Judicialização da saúde: a visão do poder executivo**. [S.l.]: Saraiva Educação SA, 2017.

CAMARGO, A. **A reforma-mater: os riscos (e os custos) do federalismo incompleto. Parcerias Estratégicas**. [S.l.]: [s.n.], v. 4, n. 6, 1999. 80-109 p. Disponível em: <http://seer.cgee.org.br/index.php/parcerias_estrategicas/article/viewFile/63/55>. Acesso em: 22 novembro 2019.

CANOTILHO, J. J. G. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra, 2000.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. G. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Portugal: Coimbra, 2004.

CARDOSO, R. **O Paradoxo da judicialização das políticas públicas no Brasil: um ponto cego do Direito?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CHIAVENATO, I. **Administração - Teoria, Processo e Prática**. 3ª. ed. São Paulo : Makron Books, 2003.

CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE. **Gestão pública responsável - uma abordagem do sistema CFC/CRCs**. Brasília: CFC, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Analítico Propositivo Justiça e Pesquisa - Judicialização da saúde no Brasil**: Perfil das Demandas, Causas e Propostas de Solução. Brasília: INSPER, 2019. Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2019/03/relatorio-judicializacao-saude-Inspere-CNJ.pdf>>. Acesso em: 26 janeiro 2020.

CRITSINELIS, M. F. A reserva do possível na jurisdição constitucional alemã e sua transposição para o direito público brasileiro. **Revista CEJ**, v. 21, n. 71, 2017.

CUNHA JR, D. D. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2011.

DALLARI, D. D. A. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1988.

DO VALLE, V. R. L. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DRUCKER, P. F. **A prática da administração de empresas**. Tradução de Carlos A. Malferrari. São Paulo: Pioneira Thomson, 2003.

DYE, T. R.; DYE, T. R. **Understanding public policy**. Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall, 1992.

FOUCAULT, M. **Microfísica do Poder**. São Paulo: Graal, 1979.

FOUCAUT, M. **A Ordem do Discuro**. São Paulo: Loyola, 1996.

GAVIÃO FILHO, A. P. O direito fundamental ao ambiente como direito a prestações em sentido amplo. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir**, Porto Alegre, 1, n. 2, 2008.

HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. R. **O custo dos direitos: porque a liberdade depende dos impostos**. Tradução de Marcelo Brandão CIPOLLA. [S.I.]: WWF Martins Fontes, 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Uma análise das condições de de vida da população brasileira 2019**. Brasília: IBGE, v. 40, 2019. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101678.pdf>>. Acesso em: 27 janeiro 2019.

JORNAL FOLHA DE SÃO PAULO. **Pioneira em saúde da família em SP, missionária canadense deixa o Brasil**: Após 25 anos de trabalho na zona leste, irmã Monique Bourget aponta gargalos no SUS, como na oncologia, e avanços. São Paulo: [s.n.], 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/02/pioneira-em-saude-da-familia-em-sp-missionaria-canadense-deixa-o-brasil.shtml?utm_source=mail>. Acesso em: 21 fevereiro 2020.

KRELL, A. J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos: uma visão comparativa. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. nº 44, 1999.

KRELL, J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

LINHARES, P. D. T.; FRAZÃO, C. C. M.; LASSANCE, A. **Federalismo à brasileira**: questões para discussão. Brasília: Ipea, v. 8, 2012.

LISBOA, E. S. Análise Política em Saúde. **Observatório de Análise Política em Saúde**, 2013. Disponível em: <<http://www.analisepoliticaemsaude.org/up/oaps/producao/b16976ddd794a4f3a9d02f7e3373acb3/87ee6d59275b20cb8b6e0519a2e4ed0a/fc35eb0d1e60a11e14dfb882c8b2b218.pdf>>. Acesso em: 18 setembro 2019.

MACHADO, H. D. B. **Direitos fundamentais do contribuinte e a efetividade da jurisdição**. São Paulo: Atlas, 2009.

MACKAAY, E.; ROUSSEAU, S. **Análise econômica do direito**. Tradução de Rachel Sztajn. [S.l.]: [s.n.], v. 2, 2015.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36^a. ed. São Paulo: Malheiros Editora LTDA, 2010.

MENDES, F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. rev. e atual. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENEZES, V. H. M. D. **Direito à saúde e reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2015.

MULLER, P.; SUREL, Y. **A análise da políticas públicas**. Tradução de Agemir Bavaresco e Alceu R. Ferraro. Pelotas: EDUCAT, 2002.

NOVAIS, J. R. **Direitos Fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NUNES JUNIOR, V. S. **A cidadania social na Constituição de 1988 - estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009.

OXMAN, A. D.; LAVIS, J.; LEWIN, S. E. A. **SUPPORT Tools for evidence-informed health Policymaking (STP) 1**: What is evidence-informed policymaking? [S.l.]: Health Res Policy Sys 7, 2009. 01-07 p. Disponível em: <

systems.biomedcentral.com/articles/10.1186/1478-4505-7-S1-S1#citeas>. Acesso em: 22 janeiro 2020.

PASCARELLI FILHO, M. **A nova administração pública: Profissionalização, Eficiência e Governança**. São Paulo: DVS Editora, 2013.

PEREIRA, A. L. P. **Reserva do possível: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional**. Curitiba: Juruá, 2014.

POSNER, R. A. **A economia da justiça**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

RAMOS, M. C.; SILVA, E. N. D. **Como usar a abordagem da Política Informada por Evidência na saúde pública?** Saúde em Debate: [s.n.], v. 42, 2018. 296-306 p. Disponível em: <<https://www.scielo.org/article/sdeb/2018.v42n116/296-306/pt/>>. Acesso em: 15 fevereiro 2020.

RIBEIRO, L. D. A. P. **Ativismo judicial: o papel dos juízes num paradigma constitucionalmente adequado**. Recife: UNICAP, 2008.

RIO DE JANEIRO. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Colaboração Premiada - Operação Fratura Exposta**. [S.l.]: [s.n.], 2018. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/noticias-rj/operacao-fatura-exposta-lava-jato-rj-mira-na-saude-durante-a-gestao-cabral>>. Acesso em: 20 agosto 2018.

RODRIGUES, T. F. **Cidadania, desigualdade social e política sanitária no Brasil**. Curitiba: Appris Editora e Livraria Eireli-ME, 2016.

SANTOS, C. S. D. **Introdução à Gestão Pública**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, I. W. **Os direitos fundamentais, sua dimensão organizatório e procedimental e o direito à saúde: algumas aproximações**. [S.l.]: [s.n.], 2009.

SARLET, I. W. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, I. W.; TIMM, L. B. **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHATTSCHEIDER, E. E. **The semi-sovereign people. A realist's view of democracy in America**. Belmont, CA: Wadsworth Thomson Learning, 1960.

SECCHI, L. **Políticas públicas: Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos**. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

SGARBOSSA, F. **Crítica à teoria dos custos dos direitos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, v. 1, 2010.

VALLE, V. R. L. D. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

VIANNA, M. L. T. W. **A americanização (perversa) da seguridade social no Brasil: estratégias de bem-estar e políticas públicas**. Rio de Janeiro: Revan, 2000.

VIEIRA, F. S.; BENEVIDES, R. P. D. S. E. **O Direito à Saúde no Brasil em Tempos de Crise Econômica, ajuste Fiscal e Reforma Implícita do Estado.** [S.l.]: [s.n.], 2016. Acesso em: 15 dezembro 2019.