



Universidade Católica do Salvador

Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação

Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania

DENÍZIA MARIA XAVIER SANTOS

**CONCILIAÇÃO COMO MÉTODO ALTERNATIVO À
JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS SOCIAIS: A EFETIVAÇÃO
DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE**

SALVADOR

2018

DENÍZIA MARIA XAVIER SANTOS

**CONCILIAÇÃO COMO MÉTODO ALTERNATIVO À
JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS SOCIAIS: A EFETIVAÇÃO
DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE**

Dissertação apresentada ao Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania da Universidade Católica do Salvador – UCSAL como requisito parcial para a obtenção do Grau de Mestre.

Área de Concentração: Políticas Sociais e Cidadania.

Orientador: Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior.

SALVADOR

2018

Ficha Catalográfica. UCSal. Sistema de Bibliotecas

S237 Santos, Denízia Maria Xavier

Conciliação como método alternativo à judicialização das políticas sociais: a efetivação do direito fundamental à saúde/ Denízia Maria Xavier Santos. – Salvador, 2018.

150 f.

Orientador: Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica do Salvador. Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação. Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania.

1. Judicialização 2. Conciliação 3. Políticas Sociais 4. Neoconstitucionalismo 5. Direitos Fundamentais I. Cunha Júnior, Dirley da – Orientador II. Universidade Católica do Salvador. Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação III. Título.

CDU 342.7:614(81)

TERMO DE APROVAÇÃO

DENÍZIA MARIA XAVIER SANTOS

CONCILIAÇÃO COMO MÉTODO ALTERNATIVO À JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS SOCIAIS: a efetivação do direito fundamental à saúde.

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Políticas Sociais e Cidadania da Universidade Católica do Salvador.

Salvador, 23 de novembro de 2018.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Dirley Cunha Júnior (orientador).

Prof. Dr. André Alves Portella – UCSAL.

Prof. Dr. Augusto de Oliveira Monteiro – UNIFACS.

AGRADECIMENTOS

Tanto a agradecer àqueles que me ajudaram, neste árduo caminho na construção do conhecimento. As palavras de gratidão não conseguirão expressar o valor inenarrável da imensa ajuda recebida, durante minha viagem. Infinitos foram os valores agregados, com a ajuda de todos. Tinha tudo para ser mais uma viagem, simples, comum, sem muitos achados.

Não foi fácil o percurso. Entretanto, os benefícios foram infinitos e permanentes. Aprendi com os tropeços e as vitórias. Extraí a essência de cada paisagem, de cada passageiro, de cada experiência e, principalmente, de cada ensinamento.

Inicialmente, Deus autorizou o meu projeto de vida. Seu filho, Jesus, juntamente com a nossa Mãe Maria, validaram e abençoaram meu projeto e me proveram de todos os subsídios para a realização dos meus sonhos. Vários anjos se uniram em prol do meu projeto. Tudo foi, milimetricamente, planejado e calculado. Projeto e roteiros prontos.

O desafio seria grande, para uma adolescente que sonhava em sair para estudar, do interior da Bahia, região do polígono da seca e da região da Caatinga, com poucos recursos e escassas possibilidades e oportunidades. Mas, o percurso foi possível, dentro do método, do projeto e do roteiro.

Perante minha determinação e insistentes pedidos, minha mãe, Diana Maria Barberino Santos, intensificou o labor, seja como professora do ensino primário ou complementando a renda doméstica. As oportunidades e habilidades foram utilizadas para agregar recursos, através da culinária, bordados e manicure. Quanta honra e força fomos juntas, adquirindo. Cada experiência nos fortalecia, não somente o físico e o financeiro; mas, principalmente, o espírito e a dignidade. Gratidão eterna, a minha mãe e a minha irmã, Carolina Lomes. Aos meus sogros, verdadeiros pais, André Luz dos Santos e Margarida Maria Silva Santos meus eternos agradecimentos.

Ao longo do tempo, tive a ajuda de familiares e amigos diversos, que ofereceram o necessário e o fundamental para subsidiar minha caminhada, nesta viagem. Meu eterno agradecimento a todos. Que Deus, em sua infinita sabedoria, os retribua, cada um em suas necessidades.

Muito obrigada à minha avó materna, Isaltina Barberino Santos. Agradeço aos meus tios, pela grande ajuda e carinho doados, desde o meu nascimento até a presente data:

João Barberino Santos, Suzane Zottoli, Maria Conceição Barberino, Maria Vânia Leal e José Clarindo Barberino.

Não poderia deixar de agradecer à Mirian Oliveira, que tanto me ajudou e me adotou como filha. Serei eternamente grata por tudo. Mãe Maria lhe cubra de bênçãos. Assim como tantos amigos e familiares, que contribuíram, cada um à sua maneira, significativamente para meu crescimento. Gratidão por tudo, amigos, aqui representados por Dalva e Nolane.

Em Miguel Calmon/BA, iniciei a minha viagem. O primeiro vagão foi na Escola Sossego da Mamãe, passando pela Escola Estadual Gustavo de Andrade, Escola Estadual Rômulo Galvão e Escola Estadual Polivalente. Ganhei, na minha viagem, muitos amigos queridos e mestres. Não teria condições de citar o nome de todos, para não esquecer algum e ser injusta.

Finalmente, o salto para outra estação, em Salvador/BA: agradeço à Dra. Círia Santana e família, que lá me acolheram, para estudar, sem nada receber. Minha eterna gratidão a todos. Ganhei outra família. Quantos presentes ganhei ao longo da minha viagem!

Neste ínterim, Deus agregou André Luís ao meu projeto de vida, para viajarmos juntos, lado a lado, construindo uma história linda de realizações e bênçãos. Juntos fomos driblando os obstáculos do caminho. A partir do nosso encontro, seríamos mais tarde contemplados com o imensurável tesouro Divino, nosso filho, André Neto. Filho amado, inteligente e carinhoso. Ele sempre nos surpreende, com sua luz e inteligência.

Em Salvador/BA, iniciei meus estudos no Colégio Águia/Piedade e, em seguida, com o preparatório para o vestibular no Curso Apoio. Agradeço os ensinamentos compartilhado pelos mestres, colegas e amigos.

Ingresso na Universidade Federal da Bahia/UFBA, em 1995, no Curso de Bacharel em Enfermagem, iniciando os primeiros passos de uma carreira na Enfermagem, no cuidar de pessoas. Agradeço todo o conhecimento agregado, fruto dos ensinamentos das minhas mestras da Escola de Enfermagem da UFBA/EEUFBA e do Programa Especial de Pesquisa/PET, do qual fui uma das bolsistas. Nesse percurso da viagem, quantas emoções e neblinas enfrentamos...

Vivenciei experiências, como enfermeira, em várias Instituições de Saúde. Dentre elas o Complexo Hospitalar Professor Edgard Santos/UFBA, como enfermeira assistencial e, posteriormente, como Auditora em Saúde no Controle e das Políticas de Saúde e do Sistema Único de Saúde, pelo Componente Estadual de Auditoria/SUS-BA.

Segue a viagem! Ingressei no Curso de Bacharel em Direito, na Faculdade Batista Brasileira. Foi uma experiência ímpar, que me permitiu agregar conhecimentos da Enfermagem ao Direito. Percebi o quanto eram ricos os campos que despontavam nessa viagem. Sempre com o apoio incondicional de meu esposo e filho, meus portos seguros.

Quantas vezes pensei em desistir... mas meu esposo e filho me ajudaram e me fortaleceram. Conte com a ajuda de tantos amigos e pessoas queridas, que viajaram no mesmo vagão. Algumas passageiras, mas tão importantes quanto as outras, que permaneceram cuidando de nós.

Neste percurso, veio a Pós-graduação em Enfermagem em Terapia Intensiva/Faculdade São Camilo, Enfermagem do Trabalho/ Faculdade Gama Filho, Gestão Hospitalar e Serviços de Saúde/UFBA e Direito do Trabalho e Processo do Trabalho/Faculdade Damásio. Então, busquei além: resolvi ingressar no Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania da Universidade Católica de Salvador/UCSAL, com o grande incentivo dos meus Andrés.

Agradeço ao meu orientador e exemplo profissional, Professor Dr. Dirley Cunha Junior, que me ensinou tanto. Eu, um grão de mostarda, perante sua sabedoria. Muito obrigada por ser meu guia, nesta grande viagem. E, principalmente, pela paciência por subsidiar meu crescimento profissional, compartilhando seu saber. Gratidão eterna, por me conduzir nesse grande desafio e compreender minhas infinitas limitações.

Agradeço aos mestres que me iluminaram com seus saberes e experiências de vida. Aos Mestres Dr. André Alves Portella e Dr. Ricardo Maurício Freire Soares, que aceitaram compor a minha banca de qualificação e aos mestres Dr. Augusto de Oliveira Monteiro e Dr. André Alves Portella, que compuseram a banca de defesa. MUITO OBRIGADA, pelos saberes e experiências compartilhados e as análises significativas ao meu crescimento profissional.

Não poderia deixar de agradecer à Câmara de Conciliação de Saúde, ao Núcleo de Judicialização de Saúde da Secretaria de Saúde do Estado da Bahia e a todas as Superintendências de Saúde da Secretaria de Saúde do Estado da Bahia. Vocês foram maravilhosos! Agradeço aos colegas do mestrado e aos funcionários da UCSAL, que me apoiaram muito, neste período. Muito obrigada por toda a ajuda e generosidade.

Não foi fácil conciliar todo o roteiro do projeto de minha viagem: trabalhos pelo interior da Bahia, plantões, estudo, família, o ser mulher e a saúde. Neste percurso, fui surpreendida com algumas fuligens e poeira agregada durante a minha viagem. Não estava no

esboço do meu projeto de vida. Ou estava e eu não percebi? Somente Deus e Nossa Senhora saberão.

Então, corri para o meu porto seguro. Nos braços de meu filho e meu marido, me alinhei, encontrei o calor do amor e a certeza de que tudo era micro. Com a família e amigos, encontrei apoio para carregar esta bagagem. E, em Deus, em Jesus e em Mãe Maria, a certeza de que nada é por acaso.

Com todos vocês divido essa vitória, alegrias e lembranças vividas no decorrer dessa viagem. MUITO OBRIGADA, por fazerem parte de minha história de vida existencial e profissional.

**“Quando não souberes para onde ir, olha para trás e sabe pelo menos de onde vens”
(Provérbio africano).¹**

¹ GONÇALVES, Ana Maria. *Um Defeito de Cor*. Disponível em: < <https://listadelivros-doney.blogspot.com/2014/04/um-defeito-de-cor-ana-maria-goncalves.html> > (Acesso em 27 Agosto 2018).

“Que darei eu ao Senhor, por todos os benefícios que me tem feito? ” (Salmos 116.12).

“Talvez não tenha conseguido fazer o melhor, mas lutei para que o melhor fosse feito. Não sou o que deveria ser, mas Graças a Deus, não sou o que era antes” (Marthin Luther King).

RESUMO

Este estudo teve como objetivo descrever a experiência de trabalho de uma Câmara de Conciliação de Saúde, em um Estado Brasileiro, como alternativa à judicialização ao direito social fundamental à saúde. Para tanto utilizará como questão norteadora: a conciliação é uma alternativa jurisdicional à judicialização do acesso ao direito fundamental à saúde no Estado da Bahia? Trata-se de uma pesquisa documental com caráter exploratório e descritivo, a ser desenvolvida com uma abordagem metodológica qualitativa sobre o uso da conciliação como método alternativo à judicialização da saúde pública na garantia do acesso ao direito à saúde. O campo utilizado por esta pesquisa foi a base de dados da Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia, Secretaria de Saúde do Estado da Bahia e Secretaria Municipal de Saúde de Salvador/BA. Esta pesquisa teve a pretensão de buscar elementos que venham a subsidiar novas pesquisas sobre a temática e a estabelecer possíveis elementos de ampliação da conciliação de saúde no Estado da Bahia, com a adesão de outros entes públicos no que concerne à intersetorialidade e à garantia dos direitos sociais pelas políticas públicas de saúde de forma integral e imediata. Desta forma, trazer benefícios tais como a redução das iniquidades sociais e a garantia da cidadania na efetivação das políticas públicas, assim como, contribuir para a produção científica no campo de formulação e avaliação das políticas sociais e dos métodos autocompositivos no acesso ao direito à saúde, objetivando reduzir a judicialização da saúde. Tem-se como teoria balizadora, deste estudo, a Teoria dos Princípios Fundamentais e o Neoconstitucionalismo. Quanto às políticas sociais, são ações estratégicas do Estado, que visam atender as necessidades humanas básicas e fundamentais, constitucionalmente garantidas. No momento em que o Estado falha enquanto garantidor das políticas sociais, cabe ao Poder Judiciário, em detrimento do cidadão e da sua função de controle no sistema de freios e contrapesos, intervir como colaborador, de maneira criativa, na efetivação destes direitos, limitando-se à luz da Constituição e dos Princípios Fundamentais. A relevância em analisar os direitos fundamentais, que são direitos do homem positivados em uma Carta Magna com eficácia imediata, encontra-se na sua aplicabilidade sem qualquer óbice em face dos interesses do Estado. E, na presença das lacunas jurídicas, interpretar à luz dos Princípios Constitucionais e, principalmente, do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

PALAVRAS-CHAVES: judicialização; conciliação; políticas sociais; neoconstitucionalismo; direitos fundamentais.

ABSTRACT

This study aimed to describe the work experience of a Health Conciliation Chamber, in a Brazilian State, as an alternative to the judicialization of the fundamental social right to health. For this purpose will it be used as a guiding question: is conciliation a judicial alternative to the judicialization of access to the fundamental right to health in the State of Bahia? This is an exploratory and descriptive documentary research to be developed with a qualitative methodological approach on the use of conciliation as an alternative method to the judicialization of public health in guaranteeing access to the right to health. The field used by this research was the database of the Health Conciliation Chamber of the State of Bahia, Health Secretariat of the State of Bahia and the Municipal Health Secretariat of Salvador / BA. This research had the intention to seek elements that will subsidize new research on the subject and to establish possible elements of expansion of the health conciliation in the State of Bahia, with the adhesion of other public entities regarding the intersectoriality and the guarantee of the rights health policies in an integral and immediate way. In this way, to bring benefits such as the reduction of social inequities and the guarantee of citizenship in the effectiveness of public policies, as well as contribute to the scientific production in the field of formulation and evaluation of social policies and self-consumption methods in access to the right to health , aiming to reduce the judicialization of health. The theory of the Fundamental Principles and the Neo-constitutionalism is based on this theory. As for social policies, are strategic actions of the State, which aim to meet the basic and fundamental human needs, constitutionally guaranteed. At the moment when the State fails as guarantor of social policies, it is for the Judiciary, to the detriment of the citizen and his control function in the system of checks and balances, to intervene as a collaborator, in a creative way, in the realization of these rights, limiting in the light of the Constitution and the Fundamental Principles. The relevance of analyzing fundamental rights, which are human rights enshrined in a Magna Carta with immediate effectiveness, lies in its applicability without any obstacle to the interests of the State. And, in the presence of legal gaps, interpret in the light of the Constitutional Principles and, above all, the Principle of the Dignity of the Human Person.

KEYWORDS: judicialization, conciliation, social policies, neo-constitutionalism and fundamental rights.

LISTA DE TABELAS E GRÁFICOS

TABELA 01 – Total de Cidadãos Cadastrados com Perfil da Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia, Segundo Sexo.

TABELA 02 – Fármacos Solicitados com Maior Frequência na Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia, Segundo Tipo.

TABELA 03 – Relatório do Quantitativo de Atendimento pelo Resultado do Parecer.

GRÁFICO N. ° 01 – Total de Cidadãos Cadastrados na Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia, segundo o Perfil

GRÁFICO N. ° 02 – Total de Fármacos Deferidos pela Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia, Segundo Faixa Etária

GRÁFICO N. ° 03 – Pirâmide Etária do Brasil e da Cidade de Salvador/BA, segundo dados do IBGE/Projeção 2018.

GRÁFICO N. ° 04 – Fármacos Deferidos pela Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia, segundo o Tipo de Fármaco.

GRÁFICO N. ° 05 – Percentual de Pareceres favoráveis ao Acesso ao Direito Fundamental à Saúde, pela da Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia.

LISTA DE SIGLAS

SESAB - Secretaria de Saúde do Estado da Bahia.
SMS – Secretaria Municipal de Saúde
SUS – Sistema Único de Saúde
BA – Bahia
NAJS – Núcleo de Atendimento à Judicialização da Saúde
CCS – Câmara de Conciliação de Saúde
DRU – Desvinculação de Receita da União
PIB – Produto Interno Bruto
TCU – Tribunal de Contas da União
TJ/BA – Tribunal de Justiça da Bahia
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária
RENAME – Relação Nacional de Medicamentos Essenciais
CEBES – Centro Brasileiro de Estudos da Saúde
ABRASCO – Associação Brasileira de Saúde Coletiva
LC – Lei Complementar
LF – Lei Federal
PPA – Plano Plurianual
LDO – Lei de Diretrizes Orçamentária
SEI – Superintendência de Estudos Econômicos e Sociais da Bahia
IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
SIOPS – Sistema de Informação sobre Orçamento Público em Saúde
FNS – Fundo Nacional de Saúde
FES – Fundo Estadual de Saúde
FMS – Fundo Municipal de Saúde
DATASUS – Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde do Brasil
GM – Gabinete do Ministro
MS – Ministério da Saúde
PT – Portaria
EC – Emenda Constitucional
RE – Recurso Extraordinário
CNJ – Conselho Nacional de Justiça
SAC – Serviço de Atendimento ao Cidadão
CPF – Cadastro de Pessoa Física
RG – Registro Geral
UCSAL – Universidade Católica de Salvador
UFBA – Universidade Federal da Bahia
SAIS – Superintendência de Atenção Integral à Saúde
SAFTEC – Superintendência de Assistência Farmacêutica, Ciência de Tecnologia

SUREGS – Superintendência de Gestão dos Sistemas de Regulação da Atenção à Saúde
DPE – Defensoria Pública Estadual
DPU – Defensoria Pública da União
MPE – Ministério Público Estadual
MPF – Ministério Público Federal
TRF – Tribunal Regional Federal
PGE – Procuradoria Geral do Estado
PGM – Procuradoria Geral do Município
CID – Código Internacional de Doenças
LME – Laudo de Solicitação, Avaliação e Autorização de Medicamentos do componente Especial
TER – Termo de Esclarecimento e Responsabilidade
CNS – Carteira Nacional de Saúde
TCNP – Termo de Ciência de Documentos Pendentes
CESAU – Centro de Apoio Operacional de Defesa da Saúde

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. O NEOCONSTITUCIONALISMO E A TEORIA DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS COMO NOVOS PARADIGMAS NA EXEGESE DO DIREITO CONSTITUCIONAL	20
1.1. A fundamentação do direito constitucional à saúde e sua efetividade	34
1.2. Delimitações e características dos direitos fundamentais	36
1.3. O princípio da dignidade da pessoa humana	47
1.4. As contradições da teoria do mínimo existencial e da reserva do possível	53
2. AS POLÍTICAS SOCIAIS COMO MEDIDAS PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	60
2.1. Processo de formação do Sistema Único de Saúde/SUS e suas nuances	64
2.2. Processo de financiamento do Sistema Único de Saúde/SUS e sua sustentabilidade em face da crise do capital	70
2.3. A intersetorialidade dos saberes na gestão do Sistema Único de Saúde/SUS	83
3. A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA SOCIAL	87
3.1 Críticas à judicialização e ao ativismo judicial em face do princípio da divisão dos poderes	92
3.2 Argumentos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal	96
4. A FUNDAMENTAÇÃO DO CONFLITO AUTOCOMPOSITIVO	99
4.1. Métodos extrajudiciais como instrumentos de garantia ao direito à saúde	102
4.2. Impacto da Judicialização nas Políticas Públicas de Saúde na Secretaria de Saúde do Estado da Bahia	112
4.3. A Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia e o Processo de Trabalho	116
4.4. O Direito Fundamental à Saúde na Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia	123
CONSIDERAÇÕES FINAIS	139
REFERÊNCIAS	146

INTRODUÇÃO

A judicialização das políticas sociais é uma alternativa na garantia dos direitos fundamentais à saúde, quando não há efetivação estatal. As políticas sociais são efetivadas, pelo Estado, através de ações estratégicas, que visam a atender ao direito posto na Constituição Federal. Para a implementação das ações planejadas, o Estado depende da disponibilidade de verbas previstas no orçamento público.

Ao iniciar uma análise contemporânea sobre as políticas sociais no Brasil, mister se faz compreender as necessidades humanas básicas do sujeito, as quais objetivam reduzir as desigualdades sociais e cumprir o dever-ser do Estado. Além disso, é importante compreender que estas ações são uma forma de democratização dos direitos sociais para serem integrais, universais, descentralizadas, hierarquizadas e igualitárias.

Com a modernidade dos meios de produção, a sobrevivência do homem deixou de ser satisfeita através da extração livre da natureza. Passando pelo meio de escambo para se tornar uma forma de acúmulo de capital, com regras agressivas, quiçá violentas, objetivando manter vivas as regras do capitalismo – que vislumbra, na globalização, não uma forma de satisfazer as políticas sociais, mas buscar terrenos propícios aos lucros com baixos custos.

Dada certa limitação de poder perante o mercado global e de unidade política, o Estado se depara com variados conflitos, frente às necessidades básicas do sujeito e à garantia das políticas sociais, na busca pela redução das iniquidades sociais.

Nessa distorção perversa da modernidade capitalista, as necessidades humanas do sujeito são ditadas pelo avanço tecnológico e pelo fetichismo do consumo, deixando de ser universais e objetivas, no provimento da vida e na manutenção da sociedade. Elas passam, então, a requerer, para sua satisfação, vultosas quantias para a aquisição de mercadorias impostas pela coação do capital e do mercado produtor. Assim, ocorre na saúde a busca pelo fetichismo do mercado consumidor.

O Estado como garantidor de políticas sociais não consegue regular o mercado e nem ditar as regras, visto que necessita do capital gerado pelo meio produtor, e, com isso, agravam-se as desigualdades sociais. Em busca de solução, a população, que tem acesso à justiça, requer guarida ao Poder Judiciário, para fazer prevalecer o que está garantido na Carta Magna. O que acaba gerando mais um desequilíbrio na universalidade e na igualdade das políticas sociais.

Outrossim, no intuito de delegar obrigações e responsabilidades aos demais governos locais, o poder central utiliza-se da descentralização como solução para atender às políticas sociais e garantir a cidadania. A descentralização decisória e obrigacional da União para os demais entes federados, Estados e Municípios, dependerá do previsto na Constituição Federal, assim como os modos de controle, os repasses financeiros e a execução das políticas sociais. O impacto produzido por esta nova forma de gestão do poder dependerá das diferenças regionais e da capacidade administrativa e financeira de cada região.

Nesse diapasão, a intersectorialidade buscará unir as diversas áreas do conhecimento e setores para subsidiar a gestão na implementação das políticas sociais, em um país com recursos financeiros mal distribuídos. Reunirá necessidades e competências, para que, juntos, os entes federativos possam trilhar um caminho próspero, em prol do coletivo e do fortalecimento do Estado Democrático de Direito e da garantia da cidadania. Também, a participação popular será de suma importância para fazer prevalecer a democracia participativa, em busca da “boa vida” aristotélica (meio termo), ou seja, aquela capaz de atender às necessidades básicas de toda a sociedade, de forma equânime.

Nesses termos, o Neoconstitucionalismo, que teve início na Europa, após a metade do século XX e, no Brasil, com os movimentos sociais após a ditadura militar, fundamentou-se a partir dos sentimentos de justiça, segurança e liberdade, em respostas às barbáries destas duas épocas. Esse novo paradigma trouxe uma nova forma de compreender o direito constitucional, contrapondo a exegese brutal do direito positivado da era da ditadura da Segunda Guerra Mundial. Isso permitiu a positivação das garantias sociais.

O direito fundamental, alicerçado pela Teoria dos Princípios, efetiva-se por meio de um conjunto de normas e princípios positivados na Constituição, que preveem ações positivas e efetivas do Estado na elaboração de políticas públicas e nas prestações de ações e serviços, ao exemplo da promoção, da prevenção e da reabilitação da saúde.

Desse modo, compreende-se saúde como sendo um direito capaz de proporcionar ao indivíduo o bem da vida, que se materializará através de um estado pleno de bem-estar físico, psíquico e espiritual, que se encontra tutelado, enquanto direito fundamental de caráter, eminentemente social, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A judicialização do direito social à saúde é expressão que se refere ao conjunto de demandas judiciais que objetivam requerer, ao poder Judiciário, um direito que está garantido na Constituição Federal como sendo universal, integral e igualitário e que, pela omissão do Estado, não foi efetivado pelas políticas sociais.

Entretanto, em atenção ao movimento neoconstitucionalista, a cooperação técnica do Judiciário à gestão pública é vislumbrada, por alguns críticos, como um ativismo judicial que interfere na divisão dos poderes e, principalmente, no planejamento público. Para outros, a judicialização na área da saúde seria uma estratégia da intersectorialidade dos poderes, na concretização das políticas sociais. A judicialização das políticas sociais de saúde tornou-se comum entre os cidadãos que, perante suas necessidades mínimas para a manutenção da vida e na falta de acesso aos serviços e insumos, buscam a efetivação desses direitos na justiça.

Destarte, os métodos autocompositivos, meios alternativos de resolução de conflitos, mediante decisão consensual com a presença ou não da interferência de um terceiro, chamado mediador, podem ser utilizados no acesso ao direito à saúde. Dentre estes métodos, tem-se a mediação e a conciliação, que são métodos de negociação entre as partes conflitantes em busca de uma solução, intermediada por um terceiro neutro, ou seja, que poderá ou não interferir na decisão dos mediados, neste caso, entes federados e usuários.

Com a Resolução n.º 125, aprovada em 29 de novembro de 2010, pelo Conselho Nacional de Justiça e, a seguir, com a Lei Federal n.º 13.105/2015, que criou o Novo Código de Processo Civil, pretendeu-se divulgar, estimular e consolidar o uso destes métodos negociais, no Brasil. Tais métodos propiciam benefícios, a exemplo da celeridade do processo de resolução de conflitos, redução de gastos, redução dos processos na ceara judicial.

Segundo o *site* do Tribunal de Contas da União², em 23 de agosto de 2017, no âmbito federal, os gastos para atender aos processos judiciais na área da saúde, passou de 70 milhões, no ano de 2008, para R\$ 1 bilhão de reais, no ano de 2015, sendo que o fornecimento de medicamentos correspondeu a 80%, destas ações judiciais.

Esta matéria, no *site* do TCU, faz referência a um estudo que abrangeu União, Estados e Municípios, a partir de relatórios de auditoria deste Órgão de controle. O estudo detectou que os gastos da União com processos judiciais referentes à saúde, na competência de 2015, teve como maior impacto o fornecimento de medicamentos sem registro na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) do Sistema Único de Saúde e Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), correspondendo a 80% destas ações. Demonstrou, ainda, a existência de fraudes para a obtenção de benefícios indevidos, além de ações para reduzirem a judicialização nas três esferas de governo.

² Aumentam os Gastos Públicos com Judicialização da Saúde. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>> (Acesso em 12 dezembro 2017).

A preocupação com essa temática surgiu em 2007, quando, na condição de enfermeira, surgiu a oportunidade de estudar temas e aspectos relevantes da saúde, sob a ótica da gestão como, por exemplo, o uso racional dos recursos e a importância do planejamento estratégico como instrumento de gestão da saúde. A partir de 2009, como auditora em saúde pública e, a seguir, como advogada, foram vivenciadas experiências na fiscalização e controle do Sistema Único de Saúde – SUS, averiguando a aplicabilidade dos princípios constitucionais e do SUS.

Contudo, constata-se que, embora esteja positivado no ordenamento jurídico brasileiro, há ineficiência na efetivação desse direito fundamental, por parte do poder público. Em especial, quando se considera a determinação constitucional da universalidade, integralidade e igualdade.

Dessa forma, ao decidir pela temática, além do prazer em estudá-la, busca-se compreendê-la, a partir do cotidiano profissional, em polos distintos: como cidadã, auditora em saúde pública, além de advogada e enfermeira. Portanto, pretende-se, com o presente projeto, estudar o uso dos métodos autocompositivos como alternativa à judicialização, na efetivação dos direitos fundamentais à saúde. Há também o intento de contribuir com o fortalecimento das políticas públicas e da cidadania do usuário do SUS, na minimização das iniquidades sociais.

Através da vivência profissional e de notícias veiculada na mídia, constatamos o uso da judicialização como meio de acesso ao direito fundamental à saúde, em duplo movimento: seja no que concerne ao disposto na Constituição Federal de 1988, que garante a saúde a todos ou, ainda, por pleitos sem fundamentação científica, mas que se tornam legítimos ao utilizarem tais diretrizes como fundamento jurídico.

Acredita-se que existem alternativas para minimizar a judicialização do acesso ao direito fundamental à saúde no Estado da Bahia, sem comprometer as políticas sociais que têm o condão de reduzir os riscos de doenças e agravos, além das desigualdades sociais. Portanto, esse estudo parte da hipótese de que a judicialização não é o único meio para a tutelar o direito fundamental à saúde, em face da ineficiência estatal em atender o cidadão de forma universal, integral e igualitária.

Entende-se que o método autocompositivo da conciliação pode ser uma ferramenta mais célere, menos custosa e mais eficiente do que a judicialização, na resolução dos conflitos entre usuários do SUS e o poder estatal. Diante desse cenário, surge o seguinte

questionamento: a conciliação é uma alternativa jurisdicional efetiva à judicialização do acesso ao direito fundamental à saúde?

O presente estudo é uma abordagem metodológica qualitativa sobre o uso da conciliação como método alternativo à judicialização da saúde pública, na garantia do direito social fundamental da saúde, no que se refere às Políticas de Atenção à Assistência Farmacêutica. Esta análise será realizada a partir de dados referentes ao atendimento da Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia, aos municípios de Salvador/BA, na conciliação dos pedidos do usuário do Sistema Único de Saúde, segundo as necessidades no acesso aos medicamentos, dispensados pela Secretaria de Saúde do Estado da Bahia e Secretaria de Saúde do Município de Salvador/BA.

Objetivando responder à questão norteadora da pesquisa, definiu-se como objetivo geral descrever a experiência de trabalho de uma Câmara de Conciliação de Saúde de um Estado Brasileiro, como alternativa a judicialização ao direito social fundamental à saúde.

Quanto aos objetivos secundários, estabeleceu-se: identificar as políticas públicas da saúde envolvidas nos conflitos acolhidos pela Câmara de Conciliação do Estado da Bahia e os demandados pela judicialização à Secretaria de Saúde do Estado da Bahia; descrever as atividades desenvolvidas pela Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia; descrever as características dos processos conciliados pela Câmara de Conciliação quanto ao perfil do usuário do SUS que busca o serviço: principais objetos de conflito e tempo médio de resposta à resolução do conflito; identificar percentual de casos onde a Câmara de Conciliação de Saúde não facilitou o acesso ao direito fundamental à saúde e identificar o percentual de casos onde a Câmara de Conciliação facilitou o acesso ao direito fundamental à saúde.

A relevância em pesquisar a experiência da Câmara de Conciliação de Saúde, como intermediador na garantia do acesso à saúde, tem respaldo no fato de que tal expediente é uma alternativa jurisdicional à judicialização na garantia do acesso ao direito social fundamental à saúde do usuário do SUS. Pretende-se, através de um estudo qualitativo, analisar os dados da Câmara de Conciliação de Saúde, à luz do referencial teórico.

Resta salientar, ainda, que o processo de conciliação poderá sugerir novos caminhos para a efetivação das políticas sociais na redução das desigualdades sociais. Definir alternativas de acesso à saúde, para todos, de forma integral e equânime, e com efeitos mínimos na gestão destas políticas públicas, além da consolidação da cidadania como elemento fundamental na efetivação das políticas públicas de saúde, como minimizador das iniquidades sociais.

O caráter eminentemente qualitativo da pesquisa não poderá desprezar os aspectos quantitativos nela envolvidos, tendo em vista atingir o cerne do problema, para alcançar os objetivos propostos. A combinação de dados quantitativos com dados oriundos de metodologias qualitativas pode vir a enriquecer a compreensão de eventos, fatos e processos, assim como o impacto que a judicialização causa nas políticas públicas de saúde.

Trabalha-se sob a hipótese de que a conciliação é uma alternativa eficiente para solucionar as situações concretas de conflito que envolvem a garantia ao direito fundamental à saúde. A efetividade de que se trata possui parâmetros claros e objetivamente mensuráveis: a garantia do acesso a saúde à população residente no Município de Salvador/BA, no que tange às Políticas de Atenção à Assistência Farmacêutica, com a intermediação da Câmara de Conciliação de Saúde e posterior encaminhamento para as unidades dispensadoras das respectivas Secretarias de Saúde do Estado da Bahia e do Município de Salvador/BA.

A partir do conhecimento do percentual de casos atendidos e não atendidos no processo de conciliação em saúde pela Câmara de Conciliação de Saúde; da diminuição do tempo necessário para o atendimento dos direitos demandados pelo usuário do Sistema Único de Saúde; e da emissão do parecer favorável em face dos pedidos atendidos com o processo de conciliação, pretendeu-se inferir se a conciliação é alternativa a judicialização da saúde.

Antes mesmo de tratar das questões operacionais para levar a cabo o trabalho de campo, o processo de pesquisa começou com a fase exploratória e descritiva, etapa em que se dedica a interrogar sobre o objeto, seus pressupostos, os autores e as teorias pertinentes – como parte da revisão da literatura –, bem como os aspectos teórico-metodológicos mais apropriados para o tratamento da questão.

O trabalho de campo, fase que consiste no recorte empírico da construção teórica elaborada, ao longo do estudo, dá continuidade à etapa exploratória da pesquisa, e previu métodos de análise documental. Trata-se de experimento científico crucial, que pressupõe o planejamento cuidadoso da observação direta, bem como a execução, a contextualização e a produção de relatórios. O estudo de campo consistiu no levantamento dos documentos digitais, gerados pelo sistema operacional eletrônico da Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia, assim como os relatórios em arquivo Excel, fornecidos pela Secretaria de Saúde do Estado da Bahia.

Além do levantamento dos documentos específicos, atinentes ao problema e ao recorte espaço-temporal eleito, procedeu-se ao tratamento do material recolhido no campo, dando-lhe organização e classificação, para posterior análise e teorização, levando-se em

conta os seguintes quesitos: o percentual de resolatividade das demandas; perfil do usuário, segundo sexo e faixa etária; e tipo de fármaco demandado. O tratamento dos documentos possibilitou o confronto entre a abordagem teórica anterior e o que a investigação no campo aportou de contribuição singular à questão formulada. Em outras palavras, a análise documental elimina, em parte, a dimensão da influência do pesquisador sobre o sujeito.

Para a obtenção dos dados primários, que ajudaram a responder ao problema desta pesquisa, foram utilizados como campo de pesquisa a base de dados da Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia e da Secretaria de Saúde do Estado da Bahia. A Secretaria de Saúde foi escolhida pela facilidade de acesso aos dados pretendidos, sobre o impacto da judicialização nas Políticas Públicas de Saúde no Estado da Bahia, e por ser responsável (além daquelas de responsabilidade da Secretaria Municipal de Saúde/SSA-BA) por algumas unidades dispensadoras de medicamentos, demandados pelos usuários do Sistema Único de Saúde/SUS, assistidos pela Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia.

Quanto aos sujeitos da pesquisa, foram os usuários do Sistema Único de Saúde/SUS, especificamente aqueles que não tiveram acesso ao direito social fundamental à saúde e que pleitearam uma ação positiva estatal em relação à assistência à saúde, ingressando com pedido na Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia. Os usuários do SUS participaram de forma indireta no estudo, e a escolha deu-se com fundamento no critério de inclusão: ter ingressado com processo extrajudicial na Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia.

A pesquisa pretendeu conhecer o fenômeno social como ele se apresentava no mundo real, através dos documentos gerados na busca do acesso à saúde, daqueles que vivenciam o fenômeno social, para subsidiar os objetivos ora delineados, a fim de responder ao problema, inicialmente, definido. Desta forma, entende-se que a construção do objeto da pesquisa qualitativa nas ciências sociais é uma ação de interpretação dessas manifestações individuais ou coletivas demonstradas pelo usuário do SUS, nos processos judiciais ou de conciliação.

Quanto aos critérios de inclusão, foram inseridos no estudo os documentos gerados no período de 01 de novembro de 2016 a 31 de maio de 2018, tendo em vista a data da inauguração da Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia/CCS ter sido em 26 de novembro de 2016. Mas, por questão de segurança, a pesquisa considerou os Relatórios gerados, no sistema eletrônico da CCS, a partir de 01 de novembro de 2016. Entretanto, os

dados referentes ao período da pesquisa, ano de 2017 e 2018, mostraram-se significativos para analisar o fenômeno social, que é o acesso ao direito social fundamental à saúde por meio dos métodos autocompositivos como alternativa à judicialização.

Outrossim, foram incluídos no estudo os dados referentes à judicialização da saúde no período de 2015 e 2016, por compreender que a série histórica sobre a judicialização da saúde da Secretaria de Saúde do Estado da Bahia oferece uma análise da problemática sobre a judicialização no Estado da Bahia e sobre quais Políticas Públicas de Saúde são objetos de ações judiciais. Estes dados secundários foram fornecidos pelo Núcleo de Atendimento à Judicialização da Saúde/NAJS e pelas Superintendências das Políticas de Saúde, da Secretaria da Saúde do Estado da Bahia/SESAB, a respeito do impacto da judicialização da saúde nas políticas públicas de saúde, geridas por esta Secretaria de Saúde.

Foi estabelecido, inicialmente, um contato com a Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia/CCS e com a Secretaria de Saúde do Estado da Bahia/SESAB, para apresentação informal da presente pesquisa. Esse contato permitiu conhecer as atividades dos referidos órgãos, no que tange ao atendimento às demandas dos usuários do Sistema Único de Saúde/SUS, quanto ao acesso ao direito à saúde nas Políticas Farmacêutica no Estado da Bahia, dos municípios de Salvador/BA.

As informações pertinentes à pesquisa foram disponibilizadas a partir de planilhas e Relatórios Gerenciais do Programa Eletrônico de Atendimento ao usuário do SUS, da Câmara de Conciliação de Saúde. É válido ressaltar que o processo de coleta não interferiu na rotina de trabalho dos funcionários e obedeceu ao cronograma acordado com os respectivos órgãos. Foram mapeados os tipos de pedidos dos usuários do SUS, alvo de judicialização, conforme a política de saúde pública, demandados à Secretaria de Saúde do Estado da Bahia/SESAB e à Câmara de Conciliação de Saúde.

A partir desse primeiro desenho processual, foi identificada a política pública da saúde envolvida nos conflitos acolhidos pela Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia e as políticas públicas mais demandadas pela judicialização à Secretaria de Saúde do Estado da Bahia. Por fim, a análise das variáveis qualitativas, bem como do percentual de casos atendidos e não atendidos pela Câmara de Conciliação de Saúde, pretendeu identificar se o acesso ao direito fundamental à saúde foi facilitado, pelo método autocompositivo, aos usuários do SUS – respondendo, portanto, à questão norteadora da pesquisa.

Em atendimento aos princípios éticos, esse estudo foi submetido à apreciação do Comitê de Ética em Pesquisa da Universidade Católica de Salvador/BA, em coparticipação

com o Comitê de Ética da Secretaria de Saúde do Estado da Bahia, conforme preconiza a Resolução n.º 466/12 do Conselho Nacional de Saúde (BRASIL, 2012). O desenvolvimento da pesquisa esteve subordinado à emissão do parecer favorável do Comitê de Ética da Universidade Católica do Salvador para sua realização, emitido pela Plataforma Brasil.

A participação dos setores funcionais na pesquisa se processou após autorização voluntária, com apresentação de uma carta de anuência, autorizando a coleta de dados, após a devida formalização, no que tange à apresentação da pesquisa, submetida pela pesquisadora e seu orientador aos campos de pesquisa pela Universidade Católica de Salvador/UCSAL.

Conforme regulamentação do Conselho Nacional de Saúde, foi garantido o respeito aos direitos individuais, sem oferecer riscos aos participantes indiretos e ao campo da pesquisa. Foi, também, assegurado que a coleta poderia ser suspensa a qualquer momento, pelos campos de pesquisa, sem necessidade de explicações, além do que poderiam solicitar informações extras à pesquisadora, sempre que necessário. Pressupôs-se que a temática do presente estudo não suscitaria situações de sofrimento e riscos aos envolvidos, não sendo necessário estabelecer ações de contingências a riscos gerados em pesquisa.

Os dados brutos, reunidos durante o estudo, serão armazenados durante 05 anos (cinco anos). Quanto aos resultados da pesquisa, serão divulgados através de artigos científicos, boletins sociais, relatórios e reuniões técnicas com as instituições e profissionais envolvidos.

Quanto aos custos demandados pelo estudo, foram razoáveis e cobertos pela própria autora, não sendo demandado qualquer ônus aos campos de pesquisa e participantes indiretos. Embora não resulte em benefício direto para seus participantes, os resultados desse estudo poderão contribuir para auxiliar no delineamento de ações que visem à efetivação do acesso ao direito fundamental da saúde e trazer possíveis subsídios para ampliar os métodos alternativos de conciliação de saúde no Estado da Bahia.

Este trabalho se apresenta em partes. No primeiro capítulo, são abordadas a teoria Neoconstitucionalista e a Teoria dos Princípios Fundamentais, como um novo olhar para a exegese do Direito Constitucional. Tornando-se necessário um passeio pelo conceito, fundamentos e marco teórico. Além disso, faz uma análise de suas dimensões, críticas e tratamento constitucional.

No segundo capítulo, aborda-se sobre as políticas sociais como medida de efetivação do direito fundamental à saúde, apresentando o processo de formação do Sistema Único de Saúde e seu processo de financiamento, perante a crise do capital. Neste capítulo,

considera a intersetorialidade como forma de unir capacidades, em prol de um único objetivo, que é a garantia dos direitos fundamentais à saúde.

Enquanto no terceiro capítulo, descreve a judicialização das políticas públicas de saúde em face das críticas da divisão dos poderes, assim como delinea a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

No quarto capítulo, ponto fulcral da dissertação, qual seja, a fundamentação do conflito e o uso dos métodos autocompositivos como alternativa a garantia dos direitos fundamentais à saúde. Nesta parte do trabalho, apresentou-se, além dos conceitos e fundamentos dos métodos extrajudiciais, como também, apresentou os resultados da pesquisa de campo à luz dos objetivos propostos. Expõe, o impacto da judicialização nas políticas públicas de saúde, a partir de dados fornecidos por uma Secretaria Estadual de Saúde, assim como descreve o processo de trabalho de uma Câmara de Conciliação de Saúde e seus respectivos resultados na garantia do direito social. A seguir, em arremate, apresenta-se as considerações finais do estudo.

1. O NEOCONSTITUCIONALISMO E A TEORIA DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS COMO NOVOS PARADIGMAS NA EXEGESE DO DIREITO CONSTITUCIONAL

O homem deixa de ter deveres e servir, apenas, para ser titular de direitos. Com o jusnaturalismo, passa da condição de mero cumpridor de tarefas e de coisa para ter direitos universais, independentemente de sua vontade ou de outrem, mas pela sua condição humana. Esses direitos se consolidam e se formalizam com o positivismo, através de normas, leis, princípios e regras, que se diferenciam por região ou época, mas com um núcleo comum: a dignidade da pessoa humana e a manutenção da vida. Aduz Bobbio (2004, p. 15-16) registra: “creio que não se possa propor a busca do fundamento absoluto dos direitos do homem”; “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”.

Com o afastamento dos dogmas divinos, o direito passa a ser reconhecido como ciência a regular a vida em sociedade. Assim, através das normas escritas, surge o Estado Legislativo de Direito, subordinando todos à lei. Segundo Bobbio (2004, p. 33), os direitos do homem surgiram, “a partir do final da guerra, essencialmente em duas direções: na direção de

sua universalização e naquela de sua multiplicação”, divergindo entre a prática e a teoria. Nesse diapasão, em meados do século XX, inicia-se um novo paradigma, que reconhece a supremacia da Constituição com um conteúdo normativo, fundamentado na dignidade da pessoa humana, e estabelece parâmetros para toda a sociedade e, principalmente, para o Estado.

Assim, implanta-se o Estado Constitucional de Direito, com um poder axiológico e com força vinculante. É uma nova forma de interpretar e aplicar o direito, por intermédio do neoconstitucionalismo. Incorporam-se, em todo o ordenamento jurídico, valores e direcionamentos políticos fundamentais, dotados de supremacia, com eficácia expansiva e imediata, condicionando o ordenamento jurídico e subordinando o direito infraconstitucional ao texto Constitucional.

O neoconstitucionalismo é uma nova forma de interpretação do direito constitucional, impulsionada pela necessidade da sociedade moderna. Segundo Barroso (2017, p. 2-4), esse novo direito seria uma “visão positiva e construtiva” do direito constitucional e teve três marcos fundamentais, o histórico, o filosófico e o teórico. Quanto ao marco histórico, originou-se na Europa continental, no pós-guerra, e, no Brasil, com a Constituição de 1988. Teve, também, como marco histórico europeu a Lei Fundamental de Bonn, em 1949, e a criação do Tribunal Constitucional Federal (1951), além da Constituição Italiana com a Corte Constitucional, conforme conclui o autor.

Cunha Júnior (2007, p. 71) diz ter surgido, entre os europeus, “um novo pensamento constitucional voltado a reconhecer a supremacia material e axiológica da Constituição”, cujo conteúdo, “dotado de força normativa e expansiva, passou a condicionar a validade e a compreensão de todo o Direito”, além de determinar deveres aos órgãos políticos. No Brasil, esse novo modelo constitucional inicia-se com a Constituição Cidadã, após um regime autoritário, intolerante e violento, além de observada a criação do Supremo Tribunal Federal como órgão de proteção dos direitos constitucionais (CUNHA JÚNIOR, 2007, p. 7).

Quanto ao marco teórico, Barroso (2017, p. 5) cita o pós-positivismo, que teria a influência dos pensamentos jusnaturalistas e dos positivistas modernos. O primeiro, segundo o autor, “aproximou a lei da razão e transformou a filosofia natural em direito”, fundamentado nos princípios de justiça. Enquanto que o positivismo “equiparou o direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça”, o que alimentou as atrocidades da segunda guerra mundial, o qual reduziu o ser humano a objeto, sob a tirania de um poder e de uma filosofia.

O neoconstitucionalismo, como manifestação do pós-positivismo jurídico no Direito Constitucional, abarca um conjunto amplo de mudanças ocorridas no Estado Democrático de Direito, reaproximando as Constituições do substrato ético dos valores sociais e, ao mesmo tempo, abrindo espaço para o reconhecimento da força normativa da Constituição e de uma nova interpretação constitucional de base principiológica, baseada na centralidade da dignidade da pessoa humana (SOARES, 2013, p. 181).

Nessa nova concepção do neoconstitucionalismo, o positivismo, através da junção do direito posto e escrito, apresenta-se de outra forma, segundo Barroso (2017, p. 5), baseado em normas positivadas que integraram, em sua composição, a moral, a justiça e a valorização dos princípios e regras.

O neoconstitucionalismo, como manifestação do pós-positivismo jurídico no Direito Constitucional, abarca um conjunto amplo de mudanças ocorridas no Estado Democrático de Direito, reaproximando as Constituições do substrato ético dos valores sociais e, ao mesmo tempo, abrindo espaço para o reconhecimento da força normativa da Constituição e de uma nova interpretação constitucional de base principiológica, baseada na centralidade da dignidade da pessoa humana (SOARES, 2013, p. 181).

Segundo Soares (2010, p. 209), a consolidação de um novo paradigma pós-positivista despertou a compreensão de um novo direito justo, válido e legitimado como o ordenamento jurídico, com a valorização dos princípios constitucionais, ao exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana. O neoconstitucionalismo para Soares (2010, p. 209) que vem para recompor a solução de continuidade entre a legalidade e a legitimidade, norma e valor, democracia e constitucionalismo.

As diversas concepções neoconstitucionalistas convergem para o entendimento de que Direito é um constructo axiológico e teleológico, que impõe a compreensão e aplicação de princípios jurídicos, especialmente aqueles de natureza constitucional, de modo a potencializar a realização da justiça, o que se manifesta plenamente com a aplicação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (SOARES, 2010, p. 210).

Soares (2010, p. 210) ressalta que o neoconstitucionalismo requer uma “constituição mais programática para operar como uma normatividade jurídica com eficácia direta e imediata, além de incorporar conteúdos materiais que adotam a forma de princípios, dotado de amplo grau de indeterminação e de forte carga axiológica”, além de unir o direito e a moral em uma positivação jurídica de pautas axiológicas de conteúdo ético.

Ainda, segundo a fundamentação do neoconstitucionalismo de Barroso (2017, p. 6), no marco filosófico, três transformações ocorreram no direito constitucional tradicional: “o

reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional”. A partir do século XX, na Europa, e no Brasil, a partir de 1988, a constituição assume “*status* de norma jurídica”, com imperatividade *erga omnis* e coação aos infratores, não apenas como simples documento político.

Em que pese a expansão da jurisdição constitucional, cada país tem órgãos e métodos de controle de constitucionalidade. Segundo Cunha Júnior (2007, p. 71), até a Segunda Guerra Mundial, a teoria jurídica era influenciada pelo Estado Legislativo de Direito, onde prevalecia a Lei e o Princípio da Legalidade como únicas fontes de direito, em que uma norma era válida não pelo teor de justiça que pudesse expressar, mas por ter sido positivada pelo poder vigente.

No caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal exerce o controle concentrado-principal, através das ações de sua jurisdição, e os demais juízos e tribunais desempenham o controle difuso-incidental, conforme aduz Cunha Júnior (2010, p. 295). O autor citado ressalta, ainda, que a “supremacia da Constituição é a base de sustentação do próprio Estado Democrático de Direito, seja porque assegura o respeito à ordem jurídica, seja porque proporciona a efetivação dos valores sociais” (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 262).

Barroso (2017, p. 10) compreende, ainda, um marco teórico para essa nova exegese, que decorre da força normativa constitucional e dos critérios tradicionais de solução de conflitos, os quais são compostos pelos critérios hierárquico, temporal e especial, associados aos princípios como “pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais”. O autor afirma que a supremacia da Constituição e a presunção de constitucionalidade das normas leva a uma nova forma de interpretar os atos do poder público e a unidade política, subordinando-os aos Princípios Constitucionais, quais sejam: da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade, efetividade, dentre outros; e ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humanada e todos os demais princípios que venham a auxiliar essa nova forma de interpretar o direito.

Nesse sentido, com a expansão social e suas necessidades básicas tendo que ser atendidas pelo Estado, o sistema tradicional de interpretação dos textos normativos sofre mudanças significativas, levando em consideração os fatos sociais e o direito. Então:

As premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta

constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se coparticipante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis. (BARROSO, 2017, p. 12).

Dessa forma, os intérpretes das normas jurídicas passam a integrar o fato social, a norma e seus sistemas principiológicos e valorativos, dentro e fora do texto escrito com base constitucional, assim como assevera Barroso (2017, p. 15). O neoconstitucionalismo, ou novo direito constitucional, “na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional”. Assim:

Fruto desse processo, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance. A constitucionalização, o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais (BARROSO, 2017, p. 52).

Em contraponto, a tese de Ferdinand Lassalle afirma que a Constituição expressa as relações de poder entre vários segmentos da sociedade e, portanto, é política e, não, jurídica. Por outro lado, Hesse (1991, p. 24-25) aduz que a Constituição é jurídica e tem força normativa, apesar de “estar condicionada à realidade histórica” e, em caso de conflito, deve ser considerada como “força de lei capaz de proteger o fato e a vida do Estado contra os arbítrios”. Quanto à sua eficácia, Hesse (1991, p. 24-25) leva em conta a norma que “ordena e conforma a realidade política e social”, limitada pelo dever-ser da força normativa da Constituição.

Para Hesse (1991, p. 27), “a materialização plena da força normativa ocorre quando são envidados esforços para que a constituição não se torne uma relação de poder”. O direito constitucional, para o autor, deve especificar “condições sob as quais as normas constitucionais podem adquirir a maior eficácia possível, propiciando o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional”.

Hesse (1991, p. 27) assevera, ainda, que a maior garantia dessa força está em preservar a vontade do constituinte, que é fundamental, global e singular, para a práxis de seu conteúdo. Mas, a força normativa da constituição jurídica “somente logra atuar se procura

construir o futuro com base na natureza singular do presente”. Portanto, ela orientará condutas e ações na “compreensão da ‘necessidade’ e do ‘valor’ de uma ‘ordem normativa inquebrável’, que proteja a todos da vontade do poder”. Para o autor, o neoconstitucionalismo opera, portanto:

a partir (1) da compreensão da Constituição como norma jurídica fundamental, dotada de supremacia, (2) da incorporação nos textos constitucionais contemporâneos de valores e opções políticas fundamentais, notadamente associados à promoção da dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais e do bem-estar social, assim como de diversos temas do direito infraconstitucional e (3) da eficácia expansiva dos valores constitucionais que se irradiam por todo o sistema jurídico, condicionando a interpretação e aplicação do direito infraconstitucional à realização e concretização dos programas constitucionais necessários a garantir as condições de existência mínima e digna das pessoas (CUNHA JÚNIOR, 2007, p. 72).

O neoconstitucionalismo, conforme conceitua Cunha Júnior (2007, p. 1), é uma teoria jurídica que proporcionou o florescimento de um novo paradigma, que traz em seu bojo a valoração do Princípio da Dignidade Humana como núcleo essencial das normas e, principalmente, dos direitos fundamentais, constitucionalizados na Carta Magna de 1988, a exemplo do Art. 5.º e seus parágrafos, revestindo-os como cláusula pétrea, segundo o Art. 60, § 4.º, inciso IV.

Assim, todos os atos do poder público estão vinculados aos direitos constitucionais com aplicação imediata, sem limitações e subterfúgios. Cita Sarmiento (2017, p. 2-3) que “os direitos fundamentais valiam apenas na medida em que fossem protegidos pelas leis, e não envolviam, em geral, garantias contra o arbítrio ou descaso das maiorias políticas instaladas nos parlamentos”.

Em consonância com o que defende Sarmiento (2017, p. 3), o neoconstitucionalismo discute métodos e argumentos que permitem a racionalidade e a “intersubjetividade controlável”, a fim de aproximar o ideal do razoável, limitando o poder e protegendo os hipossuficientes, além de introduzir ao direito uma carga valorativa e ensejar o debate moral em conexão com esse direito.

Sarmiento (2017, p. 11) descreve, no entanto, algumas objeções ao neoconstitucionalismo, a exemplo da “judiciocracia antidemocrática” e a fragilidade em optar por princípios e ponderações, o que pode causar uma “panconstitucionalização” do direito, em detrimento da autonomia pública do cidadão e privada do indivíduo. Explica o autor que a antidemocratização dessa concepção estaria presente no momento que os juízes decidem pelo

povo, quando não são seus representantes legais pelo sufrágio, havendo uma interferência na divisão dos poderes; ou seja, seria um poder de governabilidade dos juízes.

Sarmiento (2017, p. 12) discorre sobre o mesmo assunto, alertando que, ao atribuir aos juízes um poder constituinte permanente, isso permite que aqueles moldem a Constituição de acordo com as suas preferências políticas e valorativas. Defende o autor que o legislador, ao contrário, não está livre do interesse pessoal e político, enquanto o juízo está limitado à legalidade do direito e dos princípios, fazendo com que sua atuação frente à omissão dos demais poderes se dê através do *Checks and Balances*, ou seja, do Sistema de Freios e Contrapesos, previsto legalmente.

Quanto à “panconstitucionalização”, assevera Sarmiento (2017, p. 18-19) que há um “entrenchamento” das concepções do constituinte originário ou derivado, apenas com interesses corporativos e momentâneos. Menciona que o neoconstitucionalismo “poderia converter-se num pretexto para o exercício de um paternalismo antiliberal”, na ilusão de estar seguindo ideias “politicamente corretas”, com apoio na Constituição.

Contudo, eu assumo o rótulo, sem constrangimentos, se o neoconstitucionalismo for pensado como uma teoria constitucional que, sem descartar a importância das regras e da subsunção, abra também espaço para os princípios e para a ponderação, tentando racionalizar o seu uso. Se for visto como uma concepção que, sem desprezar o papel protagonista das instâncias democráticas na definição do Direito, reconheça e valorize a irradiação dos valores constitucionais pelo ordenamento, bem como a atuação firme e construtiva do Judiciário para proteção e promoção dos direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia. E, acima de tudo, se for concebido como uma visão que conecte o Direito com exigências de justiça e moralidade crítica, sem enveredar pelas categorias metafísicas do jusnaturalismo (SARMENTO, 2017, p. 19).

A Constituição de 1988 traz, em seu cerne, os princípios fundamentais, que são normas jurídicas. Cunha Júnior (2010, p. 505) assevera que as normas constitucionais são operantes e vinculantes, e que todos os órgãos encarregados de criar e aplicar o direito têm a Carta Magna como referência, seja na exegese constitucional ou na aplicação das normas infraconstitucionais.

Dentre os princípios fundamentais, têm-se os definidores da forma de governo, do regime político, da titularidade do poder, da articulação dos poderes, dos fundamentos do Estado, dos objetivos fundamentais do Estado, dentre outros. Cunha Júnior (2010, p. 505) *apud* Canotilho aduz que os “princípios constitucionais são politicamente conformadores do Estado, que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte”,

considerando, portanto, a Constituição como carta política e normativa, em consonância com a concepção de Hesse.

Assim, a partir do Estado Constitucional de Direito, conforme assevera Cunha Júnior (2007, p. 73), a Constituição apresenta uma concepção de norma jurídica fundamental, dotada de supremacia e eficácia jurídica. Portanto, as normas de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, conforme expressa o § 1.º do Art. 5.º da Constituição Federal. Diz, ainda, que “essas normas têm eficácia plena, não sendo dependentes de qualquer interposição do legislador para lograrem a efetividade ou eficácia social”.

Dessa forma, Cunha Júnior (2007, p. 73) infere que as normas fundamentais não se apresentam funcionais, normativamente, e com mesma “carga eficaz”, dificultando estabelecer uma atenção uniforme da matéria. Isso decorre do fato de que elas assumem “feições distintas, seja de referência às funções que desempenham no ordenamento jurídico-constitucional, seja no tocante às técnicas de sua positivação”. Mesmo apresentando tais distinções e características, Cunha Júnior (2007, p. 74) defende que as normas de direito fundamental, sejam de defesa ou de prestação, devem ter aplicação imediata, em consonância com a Constituição.

Assim, afirmar que a norma do art. 5.º, § 1.º, da Constituição Federal, tão-somente encerra um mandado de otimização, que impõe aos órgãos estatais a obrigação de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais, gerando uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas que definem direitos, sustentando, porém, que o alcance do princípio dependerá do exame da hipótese em concreto da norma definidora do direito em pauta, é limitar o significado desse princípio garantidor da efetividade dos direitos fundamentais e voltar ao passado, em que o gozo dos direitos fundamentais ficava à mercê do capricho do legislador ordinário, numa inadmissível inversão de valores, hoje incompatível com uma moderna dogmática constitucional transformadora. Hodiernamente, assiste-se, sem dúvida, “à deslocação da doutrina dos *direitos fundamentais dentro da reserva de lei* para a doutrina da *reserva de lei dentro dos direitos fundamentais*”. E isso tem propiciado uma mudança paradigmática, que envolve a ideia de que os direitos fundamentais não precisam de regulamentação para serem desfrutados e incidirem, podendo ser imediatamente invocados por seus titulares, ainda que haja falta ou deficiência da lei (CUNHA JÚNIOR, 2007, p. 83).

Contudo, sem uma devida efetivação dos direitos fundamentais e perante tais dificuldades, em que pese o Art. 5.º, § 1.º da Carta Magna, surge a necessidade de uma postura diferenciada e proativa do Judiciário, para garantir o direito e a força normativa constitucional, buscando interpretar as normas em conjunto ao fato social.

Assim, quando uma norma entra em conflito perante um fato social, a interpretação, ao resolver esta querela, usufrui do modelo de peso ou sopesamento de Robert

Alexy, segundo a Teoria dos Direitos Fundamentais. Tal teoria preconiza, no caso de haver colisão de regras e princípios, a devida ponderação à luz dos Princípios Fundamentais colidentes, considerando-se que regras são mandamentos definitivos, atendidos em sua plenitude, e os princípios são mandamentos de otimização, com característica *prima facie*.

Segundo a Teoria dos Princípios Fundamentais de Robert Alexy, quando há conflito entre regras, este é resolvido com a inclusão de cláusula de exceção e, em que pesem as colisões entre princípios, são atendidas com a fórmula de balanceamento, que atribui pesos distintos para cada princípio, segundo o caso concreto, e determina para a sua análise o método do direito colidente à luz do fato social, a fim de determinar qual regra ou princípio precederá em relação ao outro, em caso de colisão.

Assim, o método de sopesamento e ponderação em presença de colisão de princípios e regras é delineado por Robert Alexy (2015, p. 85), ao afirmar que princípios e regras são normas jurídicas distintas. Denomina-as de a “coluna-mestra” do ordenamento jurídico, ou seja, a “base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e a chave para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”. Ambas são de espécies diferentes de normas e constituem juízos concretos para o dever-ser do direito. Dentre as distinções descritas pelo teórico, têm-se as diferenças qualitativas e a generalidade das regras em relação aos princípios.

Segundo a Teoria dos Princípios Fundamentais de Robert Alexy (2015, p. 85), princípios são mandamentos de otimização *prima facie* e regras são comandos de determinação, no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas – e devem ser ou não satisfeitas, conforme o conteúdo essencial normativo.

No estudo sobre “O Lugar da ponderação Alexyana na Doutrina Brasileira: por uma reinterpretção à luz da Crítica Hermenêutica do Direito”, Neves (2014, p. 113-114) declara que há uma carência, na doutrina brasileira, da problematização em relação a menção da jurisprudência dos valores e dos fatores que marcaram a utilização da técnica de ponderação, como também existe carência de conceitos que se coadunam com a formulação criada por Robert Alexy à ponderação dos princípios e das regras. A autora atribui este fato ao neoconstitucionalismo e ao ativismo que padecem apostando na “discricionariedade do intérprete e no protagonismo judicial como elementos de solução dos casos difíceis”.

Dessa forma, Neves (2014, p. 114-117) conclui que a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy confere um rigor metodológico e procedimental à técnica de ponderação já utilizada pelo Tribunal Alemão, ao distinguir regras e princípios,

proporcionalidade, sopesamento ou ponderação. Objetiva contribuir com uma dogmática dos direitos fundamentais, para a racionalidade da argumentação jurídica das decisões. Assim, a teoria de Alexy emerge da jurisprudência dos valores e se concentra no problema da aplicação do direito pelo órgão julgante. Apesar de Alexy afastar o positivismo da teoria, aborda um conceito semântico de norma, a partir de Kelsen (positivista), e deixa a cargo da discricionariedade do intérprete soluções de casos difíceis. A supervalorização da ponderação dos princípios surge em um contexto de conferir à Constituição uma força normativa e torná-la efetiva, incorporando conceitos incompatíveis com a originalidade da teoria alexyana, tais como ponderação preventiva, ponderação de regras e princípio da ponderação.

Ainda segundo as conclusões de Neves (2014, p. 117), ao introduzir novos conceitos incompatíveis com a teoria alexyana e fragilizar o rigor metodológico e procedimental defendido por Robert Alexy, isso esvazia a teoria em sua essência. Outro ponto que a autora critica é a discricionariedade, uma vez que o intérprete estará imerso em um mundo histórico e culturalmente determinado, e não poderá ser a ponderação tratada como um método a ser utilizado na interpretação dos direitos fundamentais. Neves (2014, p 118-119) defende, também, o pensamento de que não existe um “marco zero” de sentido pressuposto pelos procedimentos que estruturam a compreensão da ponderação, o que os faz perder o caráter metodológico, passando a ter uma característica hermenêutica e filosófica na interpretação política destes mesmos direitos.

Portanto, sugere Neves (2014, p. 120-121) a compreensão e a aplicação dos direitos fundamentais coadunadas com a Constituição, livres de discricionariedade, relatividade e vontade política do intérprete, mas nos moldes da vontade constituinte e dos pressupostos democráticos de direito.

Para Glasenapp (2018, p. 4), o neoconstitucionalismo é “uma categoria teórica, prática e política que procura explicar as constantes mudanças na teoria do Direito Constitucional, sobretudo, pela constitucionalização dos direitos fundamentais”. Determina, na prática, a supremacia das normas constitucionais, em especial as garantias de direitos fundamentais. No que tange às questões políticas, ocorre quando aquilo que deveria ser decidido no âmbito do Executivo e Legislativo não acontece, e o Judiciário é requerido para fazer a devida intervenção.

Glasenapp (2018, p. 5) acredita que a “nova interpretação constitucional e o novo constitucionalismo podem representar um aperfeiçoamento do Estado de Direito Constitucional”:

O neoconstitucionalismo oferece uma proposta teórica que estimula uma nova teoria ao direito constitucional, defendendo uma maior interpretação dos princípios do que as regras, uma maior ponderação dos princípios do que a subsunção, mais análise individual e concreta do que análise abstrata, mais poder judiciário e menor poder executivo e legislativo, mais aplicação dos dispositivos constitucionais do que aplicação de leis ordinárias, e por fim, coexistência de uma constelação de plural de valores (GLASENAPP, 2018, p. 5).

Conforme asseveram Lins Júnior e Silva Júnior (2016, p. 1), existem diversos conceitos para o neoconstitucionalismo, o que causa, na concepção dos autores, um “caos terminológico” e diversas críticas à doutrina entre os teóricos. Dentre esses críticos do neoconstitucionalismo, está Humberto Ávila, que aponta diversas inconsistências desse novo paradigma, como as contradições encontradas nos fundamentos normativos, metodológicos, axiológicos e organizacionais da análise e aplicação do direito.

Lins Júnior e Silva Júnior (2016, p. 9) compreendem o neoconstitucionalismo como um movimento que “muda o estudo do Direito, inclusive no Brasil”, passando a reconhecer a força normativa dos princípios jurídicos e sua relevância na aplicação do direito, além da “rejeição ao formalismo” e do uso mais frequente da ponderação, da tópica e das teorias argumentativas. Segundo os autores, a “constitucionalização do direito com a irradiação das normas e valores constitucionais”, principalmente, as normas de garantias fundamentais, para todo o ordenamento jurídico, “reaproxima o direito a moral” e a “judicialização da política e das relações sociais, deslocando o poder da esfera legislativa e executiva para o poder judiciário”.

Dado o exposto por Lins Júnior e Silva Júnior (2016, p. 21), percebe-se que os autores consideram que o neoconstitucionalismo é o resultado da junção de fatores sociais, políticos e jurídicos, que levaram o cidadão a buscar o Judiciário como única alternativa para satisfazer suas necessidades. Concluem seu raciocínio afirmando que, perante a ineficiência dos poderes no exercício das suas funções para a garantia dos direitos fundamentais, as críticas ao neoconstitucionalismo perdem o sentido, sendo ensejada a plenitude das ações do Judiciário na concretização da justiça social. Ressaltam que, cumprindo-se a harmonia, prevista na Constituição Federal de 1988, isso “aniquilará a alegada e criticada sede ativista dos neoconstitucionalistas”.

Para Ávila (2009, p. 2-3), existem diversas concepções de neoconstitucionalismo, de acordo com os elementos que permeiam essa teoria, apontando em seu artigo que essa nova forma de interpretar o direito constitucional está fundamentada em quatro

entendimentos, a saber: o normativo, que parte da valorização da regra ao princípio; o metodológico, que utiliza na interpretação do direito mais a ponderação e menos a subsunção; o axiológico, em que predomina a justiça particular em face da geral; e, por fim, o organizacional, que preconiza uma maior participação do poder Judiciário junto aos demais poderes.

Portanto, o fundamento normativo, para Ávila (2009, p. 3), “estaria na instituição, exclusiva ou preferencial, dos princípios nas Constituições do pós-guerra, de que seria exemplo a Constituição Brasileira de 1988”. Ressalta que a Carta Magna é regulatória e analítica, composta não só por regras, mas também por princípios, e que ambos os expedientes possuem “funções e eficácias diferentes e complementares”.

Entretanto, quando em conflito, Ávila (2009, p. 5) afirma que “os princípios não têm o condão de afastar as regras imediatamente aplicáveis situadas no mesmo plano”, pois as regras têm a função autoritária, pelo legislador constituinte, de resolver um problema em detrimento dos princípios, com suas funções contributivas. Por essa linha de análise, o autor ratifica que uma regra constitucional “elimina a ponderação horizontal de um princípio pela existência de uma solução legislativa prévia destinada a eliminar ou diminuir os conflitos de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder”.

Outrossim, Ávila (2009, p. 6) aduz que “os princípios constitucionais servem para interpretar, bloquear e integrar as regras infraconstitucionais”. No entanto, esta função ocorre, segundo o autor, quando há incompatibilidade com a Constituição e, não simplesmente, em virtude da não concordância com os efeitos das regras infraconstitucionais. Conclui, no que tange ao fundamento normativo, que “não se pode afirmar que os princípios são quantitativamente ou qualitativamente mais expressivos que as regras no ordenamento jurídico brasileiro”.

Ávila (2009, p. 7) explica, ainda, que ao se considerar a Constituição apenas principiológica e “confundir preponderância com funcionalidade”, tal procedimento revela “uma sobreposição de enunciados doutrinários ao próprio ordenamento jurídico e, então, a ciência passa a interpretar o direito equivocadamente, tornando o ‘Direito da Ciência’ ao invés da ‘Ciência do Direito’”. Com isso, o neoconstitucionalismo se tornaria uma ideologia ou movimento de retórica e vago, deixando de ser uma teoria jurídica ou método a ser seguido.

No que tange à fundamentação metodológica de sua tese, Ávila (2009, p. 7) afirma que a “ponderação não pode ser aceita como critério geral de aplicação do

ordenamento jurídico”. Sempre que uma norma infraconstitucional não condisser com os interesses do intérprete, esse buscará um princípio constitucional que melhor lhe convenha, a fim de realizar uma ponderação entre os princípios colidentes.

Para Ávila (2009, p. 8), a interpretação deverá lançar mão do “escalamento da ordem jurídica”, obedecendo os níveis hierárquicos de concretização normativa (constituição e normas infraconstitucionais), utilizando-se dos princípios apenas quando for necessário, para fundamentar uma decisão. Assim, demais normas assumirão seu papel no que lhes couber, no contexto do caso concreto.

Nesse caso, a ponderação assumiria, na concepção do autor, uma constitucionalização da ordem jurídica e, para tanto, Ávila (2009, p. 8) defende:

a eficácia das regras frente aos princípios, na separação dos poderes e no controle franco de proporcionalidade como mecanismo de salvaguardar a liberdade de configuração do poder legislativo (ÁVILA, 2009, p. 8).

Desta forma, Ávila (2009, p. 9) aduz que a “ponderação conduz a um subjetivismo” e a uma limitação do direito. E um mandamento que se traduz nas regras tem que cumprir seu dever-ser, enquanto os princípios são apenas direcionamentos ou “conselhos”, que podem ou não ser seguidos, na sua totalidade ou parcialmente. Porém, o autor admite que a aceitação da ponderação dos princípios como deveres *prima facie* é possível, para fundamentar uma dada decisão, mas perderá substancialmente a normatividade típica do direito.

Além disso, Ávila (2009, p. 10) sugere que a ponderação deve seguir critérios controláveis e compatíveis com a divisão de poderes, tais como: verificar se há regra constitucional imediatamente aplicável, cabendo-lhe o uso dos “princípios constitucionais axiologicamente subjacentes”, para decodificar as regras dentro do limite semântico e funcional.

Recomenda Ávila (2009, p. 11), ainda, que, na ausência de regras constitucionais aplicáveis ao caso concreto, deverá o aplicador averiguar “a existência de regras que regulem a atribuição, o exercício ou a delimitação de uma competência”. O autor alude a que as interpretações das regras sejam feitas conforme os princípios constitucionais que melhor se adequem “às eficácias interpretativas, bloqueadoras e integrativas dos princípios” e de acordo com a finalidade da “regra legal com base no postulado da razoabilidade”.

Ávila (2009, p. 11) sugere, ademais, que, não existindo regras compatíveis ou que limitem a aplicabilidade dos princípios, esses devem ser analisados conforme uma ponderação, a qual deverá seguir alguns critérios, tais como: indicar “os princípios objeto da ponderação, efetuar a ponderação e fundamentar a ponderação feita”. No que tange à fundamentação, ratifica Ávila (2009, p. 11) que ela deverá contemplar a “razão da utilização de determinado princípio em detrimento de outro, os critérios empregados para definir o peso e a prevalência de um princípio sobre o outro e a relação existente entre eles”.

Além disso, segundo Ávila (2009, p. 11-12), deverá o aplicador da ponderação apresentar o procedimento e o método que embasaram o grau de promoção e restrição dos princípios em ponderação, além de indicar a “comensurabilidade dos princípios cotejados e o método utilizado para fundamentar essa comparabilidade e quais os fatos do caso que foram considerados relevantes para a ponderação”. Deverá, igualmente, expressar na fundamentação o que foi considerado relevante juridicamente, para a análise dos princípios colidentes. Sem tais critérios controladores e caminhos a percorrer, Ávila (2009, p. 12) considera a ponderação um subjetivismo vazio ou um “intuicionismo moral”.

Outro fundamento para o neoconstitucionalismo, citado por Ávila (2009, p. 12), é o seu teor axiológico. Nesse aspecto, o autor adverte que, ao utilizar-se um modelo de ponderação sem critérios regulatórios, o modelo judicial se transformaria em um paradigma individual, particular e com normas posteriores e concretas, ao invés de observar os critérios da justiça geral, abstrata e anterior.

Entretanto, sugere Ávila (2009, p. 13-14) que o aplicador avaliará o caso concreto e decidirá por aplicar ou afastar a regra, segundo a razoabilidade, proporcionalidade e equidade, e na prevalência da justiça. Essa decisão ocorrerá tendo em vista o fato de as regras não conseguirem contemplar todos os casos oriundos da realidade, levando o intérprete a esse manejo responsável das regras e princípios e considerando os critérios e fundamentos, ora sugeridos pelo autor. Além disso, o autor ressalta a “imprescindibilidade dos mecanismos de justiça geral numa sociedade complexa e pluralista”, bem como a importância da efetividade das regras.

Se a regra não for, em alguma medida, rígida relativamente à subjetividade do aplicador, as funções que ela desempenha ficam prejudicadas. E como os aplicadores têm concepções diferentes a respeito de como devem ser resolvidos os conflitos morais, bem como são dotados de variável capacitação técnica e inconstante rigidez moral, não só cresce a chance de incerteza, quanto aumenta o grau de arbitrariedade (ÁVILA, 2009, p. 15).

Para Ávila (2009, p. 15), a existência das regras, em uma sociedade complexa e plural, estabiliza os conflitos morais e reduz as inseguranças e as arbitrariedades, impedindo que o aplicador faça o que lhe aprouver. Assim, o uso das regras e princípios, com seus elementos valorativos, tem pontos positivos e negativos, e cabe ao aplicador ser imparcial e fiel aos critérios de equilíbrio e segurança jurídica.

Quanto ao último fundamento do neoconstitucionalismo, delimitado por Ávila (2009, p. 16), o organizacional, ele consiste na preponderância do poder Judiciário em virtude da necessidade da preponderância da Constituição, em detrimento da legislação. Reside, ainda, na necessidade da ponderação frente à avaliação dos aspectos individuais e concretos das normas.

Entretanto, para Ávila (2009, p. 16), “o poder judiciário não deve assumir, em qualquer matéria e em qualquer intensidade, a prevalência na determinação da solução entre conflitos morais”. Justifica o autor que, em um Estado Democrático de Direito, vigente numa sociedade complexa e plural, existem regras gerais destinadas a minimizar as incertezas e a arbitrariedade, decorrentes da inexistência ou desconsideração das normas jurídicas. Cabe ao poder Legislativo editá-las e ao Judiciário aplicá-las, adequando a generalidade das regras e a valorização dos princípios à individualização dos casos concretos, evitando-se, assim, o ativismo judicial.

Portanto, Ávila (2009, p. 19) critica a teorização e a aplicação do Direito constitucional, quando baseado em um modelo normativo que exclui as regras em favor dos princípios; quando preconiza o uso indiscriminado da ponderação em face da subsunção; ou quando prefere o uso da justiça particular, ao invés da geral e abstrata. Também questiona a desconsideração da importância da competência do poder Legislativo na criação das normas e da função do poder Judiciário em interpretá-las, de forma criteriosa, à luz do caso concreto, sem invencionismo e subjetividade. Dessa forma, para o autor, a teoria neoconstitucionalista deverá ultrapassar aquilo que se coloca como uma “invencível contradição performática: é defender a primazia da Constituição, violando-a”.

1.1. A fundamentação do direito constitucional à saúde e sua efetividade

Quanto aos direitos fundamentais, estes são os direitos do homem positivados em normas com supremacia constitucional, tendo em vista a importância do seu conteúdo e influência na vida humana. Apresentam critérios materiais e formais, acumulados por

gerações evolutivas, e apresentam funções diversas, tais quais de defesa, prestação, proteção ou de não discriminação. Compreender a efetividade dos direitos fundamentais como postulado da justiça social é torná-los inescusáveis e à sua aplicabilidade imediata, sem qualquer subterfúgio, com fulcro no § 1.º do Art. 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O direito à saúde é uma garantia constitucionalizada, essencial para a manutenção da vida e produto da vontade e soberania popular, influenciada pela Declaração Universal de Direitos Humanos. Assim, trata-se de um direito fundamental da pessoa humana. Para Marinoni (2008, p. 68), “os direitos seriam fundamentais porque repercutem sobre a estrutura básica do estado e da sociedade, quando se diz que tem uma fundamentação material”, mantendo-se a mesma concepção estrutural e concepcionista dos demais autores em comento.

À luz do pensamento de Robert Alexy, não há uma hierarquização dos princípios na teoria dos direitos fundamentais, mas uma ordem de prioridades *prima facie*. Alexy (2008, p. 442) afirma que os direitos fundamentais sociais “são considerados direitos à prestação por excelência, há um feixe de posições que dizem respeito em parte a prestações fáticas (reais) e em parte a prestações normativas”. O autor, portanto, entende os direitos fundamentais como sendo direito à prestação e, não, direito de defesa – que seria a omissão de uma ação, contrapondo-se, neste aspecto, ao pensamento de Canotilho. Explicita o direito social como elemento subjetivo que está em uma relação “triádica entre um titular do direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva”. Explica, ainda, que, se um indivíduo tem um direito, o Estado tem o dever de garanti-lo.

Silva (2010, p. 181) chama a atenção sobre a influência do jusnaturalismo na criação dos direitos fundamentais, que “promana a tese de que tais direitos são inatos, absolutos, invioláveis (intransferíveis) e imprescritíveis”, considerando-os inalienáveis, indisponíveis e irrenunciáveis pelos homens e pelo Estado. Classifica os direitos fundamentais, previstos na Carta Magna, segundo o bem jurídico protegido e o objeto de tutela. Dessa forma, os direitos fundamentais sociais são, para o autor, prestações positivas e imediatas executadas pelo Estado, visando a melhorias nas condições de vida e à redução das desigualdades.

A eficácia e a aplicabilidade destas normas são, segundo a classificação de Silva (2010, p. 180), aquelas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais, e devem ser de eficácia contida e de aplicabilidade imediata. Por outro lado, as normas que definem os direitos econômicos e sociais são de eficácia limitada. Moraes (2010,

p. 32) complementa, ainda, que a garantia desses direitos fundamentais “encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou da convivência das liberdades públicas)”. Tais limites estão previstos na *Declaração Universal dos Direitos Humanos* das Nações Unidas, que declara que as liberdades serão “limitadas por leis com a finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades da coletividade, além de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar da sociedade democrática”.

O direito à saúde está instituído no art. 6.º da Carta Magna de 1988 como sendo um direito social relativo à seguridade social, garantido a todos os cidadãos pelo Estado, através de políticas públicas, regulamentadas por leis complementares, a exemplo da Lei Federal n.º 8.080 de 1990, tendo em vista ser uma norma limitada. Para Moraes (2010, p. 30), apoiado na concepção de Canotilho, os direitos fundamentais são “direitos de defesa dos cidadãos no plano jurídico-objetivo e no plano jurídico-subjetivo”.

1.2. Delimitações e características dos direitos fundamentais

A partir do positivismo jurídico, surge o Estado Legislativo de Direito, o qual restringe as condutas da sociedade às normas escritas, com fulcro no Princípio da Legalidade, para exegese restrita do texto de lei. Conforme preleciona Cunha Júnior (2007, p. 1), a partir de meados do século XX, nasce um novo paradigma, que é a constitucionalização do direito, o qual subordina o poder estatal, o ordenamento jurídico e a sociedade, em face da Constituição e dos Princípios Constitucionais. Dessa forma, o Estado Legislativo de Direito afasta para a periferia as leis infraconstitucionais e centraliza, com força normativa, axiológica e vinculante, o Direito Constitucional, iniciando uma nova era do Estado Constitucional de Direito – ou Neoconstitucionalismo.

No Estado Constitucional de Direito opera-se a subordinação da própria legalidade à Constituição, de modo que as condições de validade das leis e demais normas jurídicas depende não só da forma de sua produção como também da compatibilidade de seus conteúdos com os princípios e regras constitucionais (CUNHA JÚNIOR, 2007, p. 1).

Para tanto, a interpretação das normas constitucionais dar-se-á a partir da subsunção do caso concreto aos princípios fundamentais e constitucionais, com o devido sopesamento, conforme interpreta Robert Alexy, e não fundamentado em concepções

políticas e pessoais do juízo, mas conforme o caso concreto e o direito, prevalecendo a justiça, dentro dos limites legais.

Como resultado de todo sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido. Nesse sentido, mesmo que todas as normas de direitos fundamentais diretamente estabelecidas tivessem a estrutura de princípios – o que, como ainda será demonstrado, não ocorre –, ainda assim haveria normas de direitos fundamentais com a estrutura de princípios e normas de direitos fundamentais com a estrutura de regras (ALEXY, 2015, p. 102).

Assim, com a concretização do Estado Democrático de Direito, o qual tornou a Constituição norma fundamental, dotada de supremacia, eficácia jurídica e com carga eficaz diversa, aproxima-se o direito aos valores éticos e morais. Em consonância ao grau de normatividade dos dispositivos constitucionais, os direitos e garantias fundamentais têm, conforme determina o Princípio da Aplicabilidade Imediata eficácia imediata plena, sem interposição de qualquer elemento, intra ou extra Constituição, para sua efetividade social. Este Princípio encontra esteira no dispositivo legal, parágrafo 1.º do Art. 5.º da Carta Magna de 1988.

Firmamos nossa posição em favor da direta e imediata aplicação de todas as normas definidoras de direitos fundamentais, independentemente de qualquer *interpositio legislatoris*, que é até desnecessária. Isso significa que a norma-princípio do art. 5.º, § 1.º, da Constituição Federal, tem por finalidade irrecusável propiciar a aplicação imediata de todos os direitos fundamentais, sem necessidade de qualquer interconexão concretizadora, assegurando, em última instância, a *plena justiciabilidade* destes direitos, no sentido de sua imediata exigibilidade em juízo, quando omitida qualquer providência voltada à sua efetivação (CUNHA JÚNIOR, 2007, p. 09).

Outrossim, na omissão ou descumprimento do poder público na efetivação dos direitos e garantias fundamentais, ou mesmo na presença de lacunas legislativas, cabe ao poder Judiciário, com base em seu dever-poder de controle dos demais poderes constitucionais, aplicar imediatamente o direito e dirimir qualquer dano ao indivíduo ou sociedade. Preleciona Cunha Júnior (2007, p. 10), sobre o assunto, que se deve aplicar diretamente “o preceito definidor do direito em questão, emprestando ao direito fundamental desfrute imediato, independentemente de qualquer providência de natureza legislativa ou administrativa”.

Portanto, Cunha Júnior (2007, p. 11) assevera que jamais a ausência de concretização das garantias fundamentais podem ser óbice para a imediata aplicabilidade dos

direitos fundamentais. Daí a necessária criação do direito em subsunção ao caso concreto, nos limites constitucionais, conforme a analogia, costumes e princípios gerais do direito. Assim, o Judiciário é considerado um “autêntico *law-maker*”, segundo o ensinamento de Cunha Júnior (2007, p. 11), com a determinação do cumprimento efetivo das Políticas Públicas, não se considera haver qualquer lesão ao princípio da separação dos poderes, mas a concretização do verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Os direitos inerentes ao homem, pela sua condição humana, apresentam diversas denominações. Consideram-se direitos do homem aqueles oriundos do jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII. Doutra parte, direitos fundamentais são aqueles que foram normatizados no direito constitucional ou interno de um determinado Estado. E os direitos humanos seriam os que encontram guarida no direito internacional. Segundo Sarlet (2012, p. 18), considerar que os termos direitos humanos e direitos naturais são expressões equiparadas não é correto, tendo em vista que os direitos humanos, em sua evolução histórica, se desprenderam, em alguns momentos, do direito natural.

Quanto aos termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, Sarlet (2012, p. 18) afirma que, apesar de serem comentados utilizados como sinônimos, há distinção entre eles, no que concerne ao seu *locus*. Os direitos humanos estão relacionados aos documentos de direito internacional, que reconhece o indivíduo como ser humano, independentemente da posição jurídica a que pertença. Tem validade universal, “para todos os povos e tempos”, e “revelam um inequívoco caráter supranacional”. Já os direitos fundamentais se aplicam ao direito interno de garantias, sendo reconhecidos, positivados no ordenamento jurídico e protegidos pelo direito constitucional de um Estado.

Portanto, o nascedouro dos direitos fundamentais são as Constituições, e eles se desenvolvem a partir de suas respectivas Cartas Magnas.

Os direitos humanos (como direitos inerentes à própria condição e dignidade Humana) acabam sendo transformados em direitos fundamentais pelo modelo positivista, incorporando-os ao sistema de direito positivo como elementos essenciais, visto que apenas mediante um processo de “fundamentalização” (precisamente pela incorporação às constituições) os direitos naturais e inalienáveis da pessoa adquirem a hierarquia jurídica e seu caráter vinculante em relação a todos os poderes constituídos no âmbito de um Estado Constitucional (SARLET, 2012, p. 20).

As determinações terminológicas e conceituais dos direitos fundamentais, mediante o universo de expressões, segundo Cunha Júnior (2010, p. 534-537), é a mais adequada e, constitucionalmente, moldada por questões técnicas. Segundo o autor, o termo

“liberdades públicas” estaria relacionado ao *status negativus* e, por meio delas, se “busca defender o indivíduo contra a ingerência estatal”. Os direitos individuais estão ligados à individualização do ser, “indicativa de direitos civis apartados do político”, e os direitos subjetivos seriam as prerrogativas conferidas ao indivíduo, em consonância ao ordenamento jurídico.

Assim, Cunha Júnior (2010, p. 534-537), afirma que, em relação aos direitos públicos subjetivos, esses restringem o direito fundamental a uma atuação positiva do poder público, enquanto a terminologia “direitos humanos” designa “todas as prerrogativas e instituições que conferem a todos, universalmente, o poder de existência digna, livre e igual”. Com isso, o autor aduz que a terminologia “direitos e garantias fundamentais” se alinha à Constituição Federal de 1988.

Preliminarmente, é preciso esclarecer que os direitos fundamentais não passam de direitos humanos positivados nas Constituições estatais. Nessa perspectiva, há forte tendência doutrinária, à qual aderimos, em reserva a expressão “direitos fundamentais” para designar os direitos humanos positivados em nível interno, enquanto a concerne a “direitos humanos” no plano das declarações e convenções internacionais. De conseguinte, os direitos fundamentais são direitos assentes na ordem jurídica. São direitos que, embora radiquem no direito natural, não se esgotam nele e não se reduzem a direitos impostos pelo direito natural, pois há direitos fundamentais conferidos a instituições, grupos ou pessoas coletivas (direitos das famílias, das associações, dos sindicatos, dos partidos, das empresas etc.) e muitos deles são direitos pura e simplesmente criados pelo legislador positivo, de harmonia com as suas legítimas opções e com os condicionamentos do respectivo Estado (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 538-539).

Segundo Cunha Júnior (2010, p. 540), o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser utilizado como critério basilar para a formação do conceito de direitos fundamentais. O autor considera o termo fundamental, por ser essencial à realização e a existência humanas, e traz como conceito:

Os direitos fundamentais como aquelas posições jurídicas que investem o ser humano de um conjunto de prerrogativas, faculdades e instituições imprescindíveis a assegurar uma existência digna, livre, igual e fraterna de todas as pessoas (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 540).

Portanto, os direitos fundamentais têm como núcleo essencial a dignidade da pessoa humana, regulando toda a existência e satisfação humanas e permeando sua relação consigo mesma e em sociedade. Dessa forma, servem como parâmetro das políticas e do ordenamento jurídico, que decidem e regulam os direitos fundamentais e tudo que concerne à seara das garantias fundamentais.

Ressalte-se que a terminologia dos direitos e garantias fundamentais apresentam distinções, em sentido formal e em sentido material. Em relação ao sentido formal, leciona Cunha Júnior (2010, p. 542) que este encontra guarida no texto constitucional do Estado origem; e, em sentido material, considera o conteúdo e a relevância que estão assentados no direito infraconstitucional. Então, os direitos fundamentais têm força de direito constitucional e possuem como núcleo basilar o princípio da dignidade da pessoa humana e a condição para a vida:

Desse modo, no sentido estritamente formal, os direitos fundamentais são aquelas posições jurídicas reconhecidas às pessoas por decisão expressa do legislador constituinte. Já no sentido material, os direitos fundamentais são aqueles que, embora fora do catálogo exposto da Constituição formal, podem ser equiparados, em razão de seu conteúdo e importância, aos direitos formalmente fundamentais (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 542).

Os direitos fundamentais, dentre inúmeras funções na sociedade e no ordenamento jurídico, têm, segundo sua origem geracional ou segundo sua dimensão, o condão de direito de liberdade, igualdade, solidariedade, globalização política, direito à paz ou direito à cibernética, quiçá direito à felicidade, que são, respectivamente, direito de primeira, segunda, terceira, quarta, quinta ou sexta dimensão. Segundo a Teoria Geracional dos Status de Georg Jellinek, conforme Cunha Júnior (2010, p. 544), podem ser de defesa, prestação, proteção perante terceiros e não discriminação, de acordo com a função que exercem.

A teoria dos direitos fundamentais tem como alicerce os quatro Status de Jellinek, que, segundo Cunha Júnior (2010, p. 544-545), são situações jurídicas ou *status* que colocam o ser em relação com o Estado, ora como sujeito de direitos ou como titular de deveres: “*status subjectionis* ou *status passivo*, *status negativus* ou *status libertatis*, *status civitatis* ou *status positivo* e *status activus*”. No *status passivo/subjectionis*, o sujeito estaria sob o jugo dos poderes estatais e de deveres, através de ordens e proibições. No *status negativus/libertatis*, “ao indivíduo é reconhecido, por ser dotado de personalidade, uma esfera individual de liberdade imune à intervenção estatal”.

Quanto ao *status positivus/civitatis*, ensina Cunha Júnior (2010, p. 545) que “ao indivíduo são franqueadas as instituições estatais para exigir do próprio Estado determinadas prestações positivas que possibilitem a satisfação de certas necessidades”; enquanto o *status activus* “assegura ao indivíduo a possibilidade de participar ativamente de formação da vontade política estatal”.

Dessa forma, Cunha Júnior observa que os *status* ou situações jurídicas se complementam no todo, conferindo ao indivíduo direito de defesa em face das investidas do Estado e de terceiros. Assim, exige direitos e prestações positivas do poder público, bem como participação ativa na política e na vida em sociedade.

Mas a Teoria do Status de Jellinek sofre diversas críticas, dentre as quais a que cita Cunha Júnior (2010, p. 546), segundo o qual não houve a valorização material dos direitos fundamentais, assim como ela não permitiu aferir uma “dimensão procedimental e organizacional dos direitos fundamentais, dentro de uma perspectiva objetiva destes direitos”.

Assim, os direitos fundamentais, em sua função de defesa ou de liberdade, criam um óbice na esfera jurídica em face das ações estatais, originando direitos subjetivos ao indivíduo para que este exerça seus direitos livremente; e, ainda, criam possibilidades de exigência da omissão do Estado, no limite constitucional, a fim de evitar lesões ou prejuízos. Assevera Cunha Júnior (2010, p. 547) que se trata de um direito à não afetação dos bens protegidos, à não afetação de propriedades e situações ou à não eliminação de posições jurídicas.

Quanto aos direitos de prestação, trata-se daqueles em que o poder estatal tem obrigação de assegurar garantias jurídicas e materiais, através de serviços e ações para a efetivação dos direitos sociais à saúde, à educação, ao lazer, à moradia, ao trabalho, à habitação, à cultura e a outros. Conforme Cunha Júnior (2010, p. 548), “os direitos a prestações ou direitos de crédito impõem uma atuação positiva do Estado”, seja material ou jurídica. Os indivíduos são munidos de condições de exigir, imediatamente, do poder nação condições de acesso aos direitos de prestação ou sociais, através de políticas públicas efetivas e eficientes com acesso igualitário para todos, conforme determina a Constituição Federal de 1988.

Esses direitos correspondem aos típicos direitos sociais, que pressupõem, não propriamente uma regulação legislativa, embora alguns demandem uma normatização prévia, mas uma atuação positiva material do estado, criando serviços, instituições ou fornecendo bens, o que leva uma considerável parte da doutrina a negar a sua condição de verdadeiros direitos. A efetividade desses direitos sociais depende, portanto, da existência de condições econômicas favoráveis. Daí dizer-se que os direitos sociais são efetivados na medida do possível, ou seja, dentro de uma reserva do possível, para significar a sua dependência à existência de recursos econômicos. Todavia, havendo a disponibilidade desses recursos, ainda que em decorrência de remanejamento, defendemos que tais direitos habilitam o indivíduo a satisfazer-se, até judicialmente, das prestações de que necessita. O fato de dependerem da condição material da reserva do possível, por outro lado, não reduz a efetivação dos direitos sociais a um simples apelo ao legislador, pois há uma verdadeira imposição constitucional legitimadora, entre outras coisas, de

transformações econômicas e sociais, na medida em que estas forem necessárias para a efetivação desses direitos (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 549).

Dessa forma, não poderão os direitos sociais ou à prestação dependerem de condições econômicas e materiais para sua concretude e eficiência, tendo em vista o Art. 5º e parágrafos da Carta Magna de 1988. Quando há falhas na efetivação dos direitos sociais, evidencia-se que o poder estatal falhou, seja no planejamento econômico ou estratégico, que deverão estar fundamentados nos indicadores sociais, demográficos, epidemiológicos e financeiros para definir as políticas sociais na garantia dos direitos fundamentais à prestação. Para tanto, fazem-se necessários planejamentos adequados para a utilização eficiente dos recursos disponíveis, sejam financeiros ou materiais, para a efetividade dos direitos sociais.

Quanto aos antecedentes históricos e evolutivos dos direitos fundamentais, assevera Cunha Júnior (2010, p. 554), estes deram-se por meio da constitucionalização do direito a partir do século XVIII com a inserção no mundo jurídico dos valores, da ética e dos princípios, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, com a modernização humana e a adaptação da norma ao caso concreto, ou seja, a vida social, agregaram-se e aperfeiçoaram-se os direitos e garantias, a exemplo do direito à paz, à cibernética e à felicidade.

Cunha Júnior (2010, p. 554) enfatiza que essa evolução dos direitos do homem, seguida de sua formalização na Constituição, é “acompanhada por um fenômeno de crise das liberdades”. Portanto, está carregada de lutas sociais e das interferências políticas, tanto quanto “do progresso científico, técnico e econômico”.

Outrossim, foi com as Declarações dos Direitos que estas garantias ganhavam relevância internacional e jurídica. Cunha Júnior (2010, p. 559-560) ressalta que a *Magna Charta Libertatum*, no século XIII, que estabeleceu o pacto entre o rei João sem Terra e os Bispos e Barões ingleses, auferindo privilégios feudais aos nobres ingleses, foi o marco dos direitos fundamentais. Mesmo auferindo garantias para uma parcela da população, houve o reconhecimento de direitos e liberdades, tais como os de locomoção, de propriedade, e até o reconhecimento do direito ao devido processo legal.

Em seguida, Cunha Júnior (2010, p. 560) aponta outros marcos históricos dos direitos fundamentais, tais como “as Declarações inglesas do século XVII, a *Petition of Rights*, de 1628, firmada por Carlos I; o *Habeas Corpus Act*, de 1679, por Carlos II e o *Bill of Rights*, de 1689, promulgada pelo Parlamento”.

E, no século XVIII, Cunha Júnior (2010, p. 582) cita a *Declaração do Bom Povo da Virgínia*, em 1776, que torna independentes as colônias inglesas na América do Norte, e a *Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão*, em 1789, a qual influenciou as constituições criadas a partir dessa data. Em 1948, a *Declaração Universal dos Direitos Humanos* consolida as garantias e direitos fundamentais internacionalmente, passando a influenciar de maneira mais significativa as Constituições dos Estados e protegendo o homem de qualquer violação a direitos, por terceiros ou pelo próprio poder estatal.

A partir desses marcos históricos e de lutas sociais, os direitos fundamentais evoluem, conforme a realidade histórica vivenciada pela humanidade, incorporando valores e garantias, de acordo com as necessidades:

As gerações dos direitos revelam a ordem cronológica do reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais, que se proclamam gradualmente na proporção das carências do ser humano, nascidas em função da mudança das condições sociais. A dizer, o desenvolvimento da técnica, a transformação das condições econômicas e sociais, a ampliação dos reconhecimentos e a intensificação dos meios de comunicação poderão causar substanciais alterações na organização da vida humana e das relações sociais a propiciar o surgimento de novas carências, suscitando novas reivindicações de liberdade e de poder (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 582).

Dessa forma, segundo Cunha Júnior (2010, p. 584-594), os direitos fundamentais de primeira dimensão, que são os direitos civis e políticos, foram reconhecidos no século XVIII pelas Constituições escritas, correspondendo ao *status negativus* da Teoria de Jellinek, “fazendo ressaltar na ordem dos valores políticos, a nítida separação entre o Estado e a Sociedade”. Os direitos fundamentais de segunda dimensão, os direitos sociais, econômicos e culturais, segundo a Teoria de Jellinek, seriam o *status positivus*, cujas condições de promoção decorrem do poder estatal.

Os direitos de terceira dimensão, na concepção de Cunha Júnior (2010, p. 584 - 594), seriam os direitos de solidariedade, que atribuem direitos difusos à coletividade, conforme os princípios da solidariedade e fraternidade, a exemplo do direito ao meio ambiente equilibrado, direito à paz e à autodeterminação dos povos, enquanto os direitos de quarta dimensão são os direitos à democracia e os direitos à biotecnologia. Além disso, o autor afirma a possibilidade do surgimento de outras dimensões e, conseqüentemente, outros direitos, a exemplo do direito à felicidade.

Leciona Cunha Júnior (2010, p. 596) que são inúmeros os fundamentos dos direitos fundamentais, ao longo da evolução histórica, dentre eles o jusnaturalismo, que entende que “os direitos do homem são imperativos do direito natural, inatos ao ser humano,

anteriores e superiores ao Estado”, enquanto o positivismo compreende que estes direitos são “franquias previstas e concebidas por lei”, assim como citam os idealistas, que têm a visão de direitos colhidos ao longo da evolução histórica.

Ainda, segundo Cunha Júnior (2010, p. 596), têm-se como fundamentos destes direitos e garantias as concepções realistas, que tratam estes direitos como resultado da experiência concreta das lutas políticas, econômicas e sociais. Por outro lado, as concepções objetivistas “encaram os direitos como realidades em si mesmas, ou como valores objetivos, ou em decorrências de valores”. Em oposição às concepções subjetivistas, os objetivistas entendem os direitos fundamentais como originários da vontade humana e de sua autonomia, dentre outros fundamentos.

Outrossim, o neoconstitucionalismo trata estes direitos como inerentes à condição humana, com força normativa e vinculante em todo o ordenamento jurídico, tomando o texto constitucional como centro e determinante de condutas e direitos. Mas, para o professor Cunha Júnior (2010, p. 596), o nó crítico não está na fundamentalização dos direitos fundamentais, e sim na sua efetivação, tendo em vista a fluidez da expressão e fundamentação dos direitos do homem. Ao longo do tempo, a heterogeneidade dos direitos e a necessidade de manter um conceito e fundamentos dinâmicos, conforme as necessidades evolutivas e sociais, tornam-se incompatíveis com fundamentos e conceitos absolutos e engessados, conclui o autor.

Os direitos humanos fundamentais não são, porém, apenas um conjunto de princípios morais que devem informar a organização da sociedade e a criação do direito. Enumerados em diversos tratados internacionais e constitucionais, asseguram direitos aos indivíduos e coletividade e estabelecem obrigações jurídicas concretas aos Estados. Compõem-se de uma série de normas jurídicas claras e precisas, voltadas a proteger os interesses mais fundamentais da pessoa humana. São normas cogentes que obrigam e vinculam os Estados no plano interno e externo (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 599).

Dessa forma, leciona Cunha Júnior (2010, p. 603) que a primeira Constituição a recepcionar os direitos fundamentais foi a Constituição Brasileira, de 1824, e não a Constituição Belga de 1831, conforme defende a doutrina. A partir desse marco, as demais Constituições tiveram em seu bojo os direitos fundamentais, mas somente na Carta Magna de 1988 obteria maior expressão.

No que concerne às características dos direitos fundamentais, para que ocorra a efetivação no mundo social, têm-se as seguintes, conforme assevera Cunha Júnior (2010, p. 603 - 608): a historicidade, “na medida que emergem progressivamente das lutas que o

homem trava por sua própria emancipação”; a universalidade, “por serem imprescindíveis à convivência e existência digna, livre e igual da pessoa humana, destinam-se a todos os seres humanos”; a inalienabilidade, por serem “intransferíveis e inegociáveis, já que não se encontram à disposição de seu titular”; e a imprescritibilidade, pois “não se perdem com o tempo, ou seja, não prescrevem, porque são sempre exigíveis”.

Ainda segundo Cunha Júnior (2010, p. 603-608), têm-se como características dos direitos fundamentais: a irrenunciabilidade, em que “seu titular deles não pode dispor”; a limitabilidade, pois “não há direitos fundamentais absolutos”, já que são direitos relativos e, portanto, limitáveis; a concorrência, por permitir que os direitos fundamentais possam ser exercidos cumulativamente; a característica de proibição de retrocessos, “marcada por lutas e conquistas em prol da afirmação de posições jurídicas concretizadora da dignidade da pessoa humana, uma vez reconhecidos, não podem ser suprimidos, ou abolidos, ou enfraquecidos”.

Por fim, Cunha Júnior (2010, p. 603-608) cita como característica dos direitos fundamentais a constitucionalização, ao dizer que estes direitos “são anteriores e superiores ao Estado e, conseqüentemente, anteriores e superiores a qualquer positivação que a eles se intente, pelo simples fato de que são inerentes à condição humana”, sob a proteção da Constituição.

Leciona Cunha Júnior (2010, p. 608) que os direitos fundamentais, segundo uma teoria moderna, apresentam duas dimensões, a subjetiva e a objetiva. Na perspectiva subjetiva, esses direitos se constituem de garantias e proteção individual, enquanto, na dimensão objetiva, estão em “conformação com o Estado Constitucional Democrático de Direito”, além das diretrizes básicas desse Estado e do ordenamento jurídico.

Assim, a dimensão subjetiva confere proteção do indivíduo perante a comunidade ou sociedade, sem que haja a perda do núcleo basilar dos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana e o detrimento do coletivo sobre o individual, visto que afetaria, segundo Cunha Júnior (2010, p. 608), a essência destes direitos, que é a proteção frente ao Estado e a terceiros.

Desse modo, a dimensão objetiva exprime uma eficácia dirigente que obriga o poder estatal a manter, permanentemente, a concretização e a realização dos direitos fundamentais em harmonia com os preceitos constitucionais. Nessa perspectiva axiológica e vinculante, Cunha Júnior (2010, p. 612) aduz que os direitos fundamentais apresentam uma eficácia irradiante, que “os identifica como diretrizes ou vetores para a interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais”. Em consequência, ocorre a eficácia horizontal dos

direitos fundamentais, que é a proteção da pessoa na relação privada, com fundamento no art. 5º, § 1º da Constituição Federal.

Ocorre-nos apontar ainda que essa dimensão objetiva dos direitos fundamentais dá ensejo a um dever de proteção do Estado, ao qual incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela defesa daqueles direitos contra agressões providas, não só dos próprios órgãos públicos, mas também dos particulares, ou de outros Estados, devendo o poder público adotar, para bem desempenhar esse dever, medidas positivas das mais variadas ordens (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 612).

Essa proteção na relação privada, ou eficácia horizontal, abrange as lesões ou riscos de grupos, terceiros, organizações ou associações privadas contra o indivíduo. Cunha Júnior (2010, p. 614 - 615) descreve três teorias nessa vertente, que são: a teoria negativa, em que “os direitos fundamentais só vinculam o poder público, nunca os particulares”; a teoria da eficácia indireta ou mediata, que aceita a aplicação desses direitos nas relações privadas, porém, condiciona o legislador infraconstitucional “a confrontar as relações privadas às normas constitucionais definidoras de direitos”.

Enquanto isso, Barroso (2017, p. 81) conceitua eficácia jurídica como sendo o “respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou exequibilidade da norma”. Para o autor, a efetividade seria a eficácia social da norma, que difere da eficácia jurídica, pois seria a capacidade de produzir efeitos no mundo real e sua aplicabilidade. Aduz Barroso (2017, p. 82), ainda, que “a efetividade significa, portanto, a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social. Representa a materialização, no mundo dos fatos”, o “dever-ser normativo e o ser da realidade social”.

O Juiz, no Estado Social da sociedade de massas, deve assumir novas responsabilidades e aceitar a nova missão de interventor e criador das soluções reclamadas pelas novas demandas sociais, tornando-se corresponsável pela promoção de interesses finalizados por objetivos socioeconômicos. Do contrário, mostrando-se incapaz de garantir a efetividade dos direitos fundamentais, máxime dos direitos sociais, na prática acaba sendo conivente com sua sistemática violação. Nós não precisamos de Juízes assim (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 11).

A teoria da eficácia direta ou imediata, ressalta Barroso (2017, p. 3), é a mais difundida no Brasil, pois “os direitos fundamentais têm aplicação direta e imediata sobre as relações privadas, independente de prévia atividade legislativa”. Portanto, abarca as duas esferas, a privada e a pública, com fulcro no Art. 5.º e parágrafo 1.º da Carta de 1988. Quando não ocorre essa efetivação imediata, dá-se a judicialização e o ativismo judicial, diz o autor.

1.3. O princípio da dignidade da pessoa humana

Com a força normativa do direito constitucional, a partir do Estado Democrático de Direito e do neoconstitucionalismo sustentável, conforme leciona Ávila (2009), minimizando as incertezas e as arbitrariedades, ressaltam-se os direitos fundamentais e a vinculação entre o princípio da dignidade da pessoa humana.

Conforme aduz Soares (2010, p. 149), com o neoconstitucionalismo ocidental, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana se afigura como um importante pilar do conhecimento jurídico, influenciando a forma de interpretar os direitos fundamentais dos indivíduos. Tal concepção, baseada no princípio da dignidade no ápice do ordenamento jurídico, traz as estimativas e finalidades a serem alcançadas pelo Estado e pela sociedade civil, de acordo com os direitos positivos, não apenas individuais, mas numa perspectiva objetiva que leva em conta normas, valores e fins superiores da ordem jurídica, “impondo ingerência ou a abstenção de órgãos estatais e mesmo de agentes privados”.

Nesse diapasão, Soares (2010, p. 150) acredita que a carga axiológica direcionará a interpretação e a aplicação dos direitos fundamentais pátrios, potencializando um direito justo, a partir da aplicação imediata dos direitos fundamentais. Essa conformação jurídica fará ressaltar: a relevância dos direitos sociais prestacionais; a inadequação das concepções da reserva do possível no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente, no direito constitucional; o reconhecimento da vedação do retrocesso em relação aos direitos fundamentais e a “recusa à hipertrofia da função simbólica dos direitos fundamentais”.

Explica Soares (2010, p. 160) que é primordial afastar a concepção simbólica dos direitos fundamentais, contribuição do positivismo funcionalista. Tal concepção teria apenas a intenção de exprimir uma ideia de justiça e de estabilidade do sistema jurídico. Ressalta que por nova concepção de justiça, apesar das diversas decisões, dos inúmeros procedimentos e das “irritações do meio social”, o sistema jurídico consegue a estabilidade de coexistência.

Os crescimentos desmesurados da função simbólica das normas referentes aos direitos fundamentais geram, frequentemente, a falsa sensação de realização de um direito justo, como se a dignidade da pessoa humana estivesse sendo assegurada concretamente pelo sistema jurídico, ainda que, no plano real das interações sociais, se verifique o desrespeito constante à existência digna dos cidadãos (SOARES, 2010, p. 161).

Considerar uma hipertrofia deste simbolismo normativo, para Soares (2010, p. 161), “pode ocultar o grave problema da discrepância entre o mundo do *dever-ser* (esfera normativa) e o mundo do *ser* (esfera da realidade), o que compromete a efetividade dos direitos fundamentais dos cidadãos”. Ele entende que isto cria uma atmosfera ilusória e aparente em face da realidade constitucional, criando uma realidade ideal ou retórica de uma realização possível, sob condições sociais totalmente diversas da que está posta: “Contrapondo-se um texto constitucional simbolicamente incluyente e uma realidade constitucional excluyente” (Soares, 2010, p. 162).

Assevera Soares (2013, p. 182) que o pensamento jurídico contemporâneo não deve residir nos fundamentos metafísicos do cosmos, mas em fundamentos jurídicos. Ressalta que esse novo modelo de reflexão do conhecimento jurídico estreita laços entre a Moral e o Direito, assim como com o fenômeno jurídico da realidade social. O neoconstitucionalismo, para Soares (2013, p. 183), é o “reconhecimento de uma Teoria Constitucional substancialista, ancorada numa prévia ontologia cultural”, visto que não existia na metade do século XX e foi construído pelas novas concepções culturais.

Assim, Soares (2013, p. 185) compreende a Teoria Constitucional como uma “inovação em face das posturas positivistas passadas e presentes, pois toda Constituição funda em valores que se exprimem em princípios constitucionais, sobretudo a dignidade da pessoa humana”. A partir desse entendimento, o autor confere à Teoria Constitucional um misto de teleologia e axiologia, mas com caráter normativo. Complementa Soares (2013, p. 187) que o “neoconstitucionalismo pressupõe a positivação jurídica de princípios, pautas axiológicas de conteúdo indubitavelmente ético”.

O movimento neoconstitucionalista, com a internalização dos valores consubstanciados pelos princípios jurídicos, revela-se favorável à ideia de uma aceitação moral do Direito, resultando na adoção de perspectivas interna e externa de compreensão do fenômeno jurídico. A legitimação do sistema jurídico passa pela busca de um equilíbrio entre os pontos de vista de crítica interna, cujo parâmetro é a Constituição, e de crítica externa, cujo parâmetro é o substrato axiológico da moralidade social (SOARES, 2013, p. 188).

Nesse diapasão axiológico, Soares (2013, p. 190) afirma que a *ratio essendi* de um Direito justo é o próprio homem, em sua essencial dignidade, como “um ser que encerra um fim em si mesmo, cujo valor ético intrínseco impede qualquer forma de degradação”.

O princípio ético-jurídico da dignidade da pessoa humana importa o reconhecimento e tutela de um espaço de integridade físico-moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua existência ontológica no mundo, relacionando-se tanto com a manutenção das condições materiais de subsistência, quanto com a preservação dos valores espirituais de um indivíduo que sente, pensa e interage com o universo circundante (SOARES, 2013, p. 188).

Assim, aduz Soares (2013, p. 192) que a internalização da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos seguiu fortalecida na teoria neoconstitucionalista, passando a ser direitos fundamentais, após a positivação constitucional, com aplicação imediata na regulação das relações sociais e políticas. Frise-se que o inciso III do Art. 1.º da Constituição Federal de 1988 constitui como fundamento do Estado Democrático de Direito a Dignidade da Pessoa Humana. Defende Soares e Bastos (2015, p. 155) que não se sustenta o argumento da reserva do possível, na garantia dos direitos fundamentais sociais, visto que “a dignidade da pessoa humana não se esgota na individualidade”.

Deve-se recusar a hipertrofia simbólica dos direitos fundamentais, garantindo-lhes a efetividade, cumprindo os mandamentos que se extraem do princípio da dignidade da pessoa humana, o que passa pelo combate ao retrocesso. Colocar os problemas de “caixa” como limitadores à efetivação é frustrar a vontade do constituinte, contribuindo para tornar nossa Carta Magna “letra morta” (SOARES e BASTOS, 2015, p. 167).

Na concepção de Soares (2010, p. 211), o intérprete deve delimitar, à luz do caso concreto, o sentido e o alcance do princípio da dignidade da pessoa humana, objetivando materializar o exercício dos direitos fundamentais. Enfatiza, ainda, que esse princípio se encontra em relação estreita com os do direito à liberdade, à igualdade, à vida e outros que constituem ontologicamente o indivíduo como um todo e enquanto ser humano pertencente a um meio social.

Assevera Soares (2010, p. 211) que os preceitos referentes à dignidade da pessoa humana não podem ser analisados, somente, do ponto de vista individual, em relação à “posição jurídica dos cidadãos diante do estado, mas também devem ser vislumbrados numa perspectiva comunitária, com valores e fins superiores de ordem jurídica em fase da ingerência dos órgãos estatais”. Portanto, faz-se mister reconhecer a relevância do princípio da dignidade da pessoa, para a consolidação do direito justo, sua ampla e plena eficácia negativa, positiva e interpretativa.

O princípio da dignidade da pessoa humana permite reconstruir o modo de compreensão e aplicação dos direitos fundamentais no sistema jurídico brasileiro, potencializando a realização da justiça ao oportunizar: a aceitação da aplicabilidade

dos direitos sociais de cunho prestacional; a inadequação dos conceitos de “reserva do possível” no constitucionalismo brasileiro; a aceitação da ideia de vedação ao retrocesso no campo dos direitos fundamentais; e a recusa à hipertrofia da função simbólica dos direitos fundamentais (SOARES, 201, p. 211).

Portanto, constata-se que o princípio da dignidade da pessoa humana não se resume ao indivíduo e às suas necessidades, mas revelam algo mais amplo, que se traduz na vontade constituinte que resume as lutas sociais, o resgate da essência e a manutenção do seu bem maior: a vida.

Awad (2006, p. 112) conceitua princípios como sendo “proposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado”. Para o autor, isso seria o início do ordenamento jurídico, o seu sustentáculo ou um direcionamento e integração do “dever-ser”. Dessa forma, afirma Awad (2006, p. 113) que “a normatividade dos princípios é a norma-chave de todo o sistema jurídico, cuja relevância consiste, essencialmente, na integração das normas de que são súmulas ou que as desenvolvem, mas têm eficácia plena e aplicabilidade imediata”.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 1.º, III, preceitua, no Título Dos Princípios Fundamental, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituindo um Estado Democrático de Direito. Reconhece, portanto, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como alicerce do Brasil como Estado Democrático de Direito e a preservação da vida com dignidade.

Segundo Awad (2006, p. 114), o Estado dispôs de sua autonomia para garantir a proteção dos interesses e a existência do homem. Quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, afirma Awad (2006, p. 114) que este tem íntima relação com o direito e a existência do homem, nasce com ele e lhe é indissociável. Por extensão, afirma haver certa dificuldade em estabelecer um conceito para esse princípio, considerando a diversidade humana, moral, religiosa, filosófica, cultural etc. De todo o modo, assevera que o princípio da dignidade humana é único, no que tange à garantia da condição de cidadania e da proteção da vida, sendo, portanto, inerente a cada ser humano, e conceituando-o como norma jurídica de eficácia plena e pilar dos direitos fundamentais.

Por sua vez, Alexy (2015, p. 85) conceitua princípios, segundo a Teoria dos direitos Fundamentais, como mandamentos de otimização *prima facie*, que devem ser satisfeitos segundo o conteúdo essencial normativo, enquanto as regras são comandos de

determinação. Dessa forma, Ávila (2009) rechaça a primazia dos princípios em relação às regras, na possibilidade de haver regras que regulem o caso concreto.

[...] há como sustentar que, além da íntima vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, estes, sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, tal qual como consagrado também em nosso direito constitucional positivo vigente (SARLET, 2012, p. 49).

Para Sarlet (2012, p. 57), a existência de direitos fundamentais diversos na Constituição, tanto quanto a “ausência de uma fundamentação direta de todos os direitos fundamentais no princípio da dignidade da pessoa humana”, assim como sua estreita relação com os direitos fundamentais, impedem a existência de um sistema autônomo, fechado, sem lacunas e livres de interpretações diversas.

Aduz Sarlet (2012, p. 57) que não são todos os direitos fundamentais que radicam no princípio da dignidade da pessoa humana, devendo ser interpretado o grau dessa vinculação para considerar este princípio como núcleo essencial dos direitos fundamentais. Entretanto, o autor (2012, p. 73) considera que os direitos sociais radicam tanto no princípio da dignidade da pessoa humana quanto nos princípios do estado Social de Direito.

Importa consignar que a Carta de 1988, em seu Art. 1.º, inciso III, considera como radical e núcleo essencial dos direitos fundamentais do Estado Democrático de Direito o princípio da dignidade da pessoa humana, embora Sarlet (2012, p. 74) cite inúmeros artigos que não se coadunam com tal princípio, tais como os incisos XVIII, XXI e XXV, dentre outros do art. 5.º, assim como os incisos XI, XXVI, XXIX e outros do art. 7.º.

No entanto, Sarlet (2012, p. 74-75) reconhece outros direitos fundamentais que têm como núcleo essencial este princípio, além dos direitos sociais, como o estabelecimento da ordem econômica para assegurar uma existência digna ao indivíduo e à coletividade (Art. 170, CF/88), e à criança e ao adolescente o direito à dignidade, dentre outros tantos artigos da Constituição Federal de 1988. Justifica também que “o valor fundamental da dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecido expressamente nas Constituições, de modo especial após ter sido consagrado pela declaração Universal da ONU de 1948”.

Já Sarlet (2012, p. 77) defende que não é possível precisar claramente o significado e o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, apenas atribuir-lhe noções vagas e imprecisas. Isso ocorre pelas influências filosóficas, teleológicas, biológicas, políticas e jurídicas que compõem esse conteúdo. Ressalta, ainda, que a “dignidade, como

qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado”.

Neste contexto, costuma apontar-se corretamente para a circunstância de que o princípio da dignidade humana constitui uma categoria axiológica aberta, sendo inadequado conceituá-lo de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas. Há que reconhecer, portanto, que também o conteúdo do conceito de dignidade da pessoa humana (a exemplo de inúmeros outros preceitos de contornos vagos e abertos) carece de uma delimitação pela práxis constitucional, tarefa que incumbe a todos os órgãos estatais (SARLET, 2012, p. 77).

Assim, entende-se como relevante destacar as concepções jurídicas do princípio da dignidade da pessoa humana na concepção de Sarlet (2012, p. 82), que considera a premissa de que todas as normas constitucionais, sejam regras ou princípios, possuem uma eficácia jurídica. Partindo desse pressuposto, o autor entende que “toda atividade estatal e todos os órgãos públicos se encontram vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-lhes, neste sentido, um dever de respeito e proteção”, seja na obrigação de fazer ou de abster-se, para garantir a efetividade desse princípio fundamental.

Neste contexto, agrega-se a noção de que a dignidade da pessoa humana integra a assim designada ordem pública dos Estados que a consagram, cuidando-se (notadamente no que diz com o núcleo essencial do princípio da dignidade humana e dos direitos fundamentais que lhe são inerentes) tanto de um fundamento para a limitação de direitos fundamentais (restringem-se direitos em prol da garantia da dignidade) quanto de um limite dos limites, ou seja, de uma barreira contra limitações efetuadas em proveito de outros bens fundamentais (SARLET, 2012, p. 82).

Nesse contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana radica os direitos sociais, proporcionando a eles relevância em sua forma normativa, visto estarem expressos em texto constitucional e tratarem de normas de eficácia imediata e integral – conforme dizem o inciso III do Art. 1.º e o parágrafo 1.º do Art. 5.º, ambos da Carta de 1988. No entendimento de Sarlet (2012, p. 82), o princípio da dignidade da pessoa humana vincula os órgãos públicos e as atividades estatais no dever-ser de garantir este direito, seja ao indivíduo ou à coletividade, a exemplo dos direitos sociais.

Para Silva (2010, p. 286), direitos sociais são “prestações positivas proporcionadas pelo estado direta ou indiretamente”, enunciadas em normas constitucionais, “que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a

igualdade”. No exemplo do direito social à saúde, existe uma prestação positiva de bens e serviços e outra negativa, frente ao Estado e a terceiros, que devem se abster de exercer qualquer ato que prejudique à saúde do indivíduo e da sociedade. São, portanto, direitos fundamentais sociais de prestações propositivas.

Os direitos fundamentais sociais são aquelas posições jurídicas que credenciam o indivíduo a *exigir* do Estado uma *postura ativa*, no sentido de que este coloque à disposição daquele prestações de natureza jurídica ou material, consideradas necessárias para implementar as condições fáticas que permitam o efetivo exercício das liberdades fundamentais e que possibilitam realizar a igualização de situações sociais desiguais, proporcionando melhores condições de vida aos desprovidos de recursos materiais (CUNHA JÚNIOR, 2007, p. 88).

Para Cunha Júnior (2010, p. 719-722), os “direitos sociais surgiram na tentativa de resolver uma profunda crise de desigualdade social que se instalou no pós-guerra”. São atribuídas ao Estado prestações positivas ao cidadão, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, “a base de todos os direitos sociais”.

Portanto, os direitos fundamentais, para Cunha Júnior (2010, p. 721-722), “são aquelas posições jurídicas que credenciam o indivíduo a exigir do Estado uma postura ativa” de natureza jurídica e material, necessárias à manutenção da vida em sociedade, a garantia do básico necessário e não do mínimo, na conotação de pequeno ou diminuto.

Deve haver uma permanente ação do Estado, no sentido de garantir tais direitos, através das políticas públicas, com implementações de ações e serviços públicos e prestações materiais, assim como explica Cunha Júnior (2010, p. 721): são “direitos garantidos através do Estado e não contra”. Embora a manutenção de tal prestação positiva dependa do capital, não há impedimento do indivíduo de requerer a sua prestação junto ao Poder Judiciário, quando não atendido, tendo em vista ser este um direito fundamental com força normativa e vinculante.

1.4. As contradições da teoria do mínimo existencial e da reserva do possível

O limite denominado “a reserva do possível” tem origem alemã, num contexto social diverso do Brasil. Cunha Júnior (2007, p. 104-105) aduz que “os institutos jurídico-constitucionais devem ser compreendidos a partir da história e das condições

socioeconômicas do país em que se desenvolveram”, de modo que não deverá ser transposta para outros países sem que seja feita a devida subsunção com o social, o político e o jurídico.

O direito fundamental da saúde foi condicionado à reserva do possível na prestação do mínimo existencial, em face do princípio da dignidade da pessoa humana. A inovação tecnológica e a globalização permitem um grande avanço na ciência e oferecem grandes possibilidades para a prestação desse direito, embora contribuam para a elevação dos custos, em uma realidade de escassos recursos disponíveis para financiamento da saúde e total falta de planejamento estratégico na implementação das políticas e ações de saúde.

Nesse contexto, entendem Machado *et al.* (2012) que a efetivação das políticas públicas encontra limites na “reserva do possível, na medida em que ao Estado cumpre a responsabilidade pela justiça social, dentro de suas limitações e reservas orçamentárias”. A reserva do possível é conceituada pelo autor como “aquilo que o indivíduo pode esperar da sociedade, ou seja, seria a razoabilidade da pretensão pleiteada”.

No entanto, explicitam Machado *et al.* (2012) que a reserva do possível sofreu, no Brasil, uma contradição, pois é utilizada para justificar a disponibilidade de recursos materiais e financeiros na garantia do direito fundamental: “a reserva do possível refuta a interferência judicial porque, na prática, traduz-se na capacidade financeira do Estado de implementar determinada política pública”.

Hachem (2013, p. 95) entende o mínimo existencial a partir do prisma negativo, da defesa do indivíduo contra intervenções estatais que subtraem os meios essenciais para uma existência digna; ou com uma conotação positiva, perante a obrigação do poder público em garantir condições necessárias à sobrevivência com dignidade. Entretanto, reconhece que no Brasil é comum pela doutrina e jurisprudência associar o direito ao mínimo existencial à ciência econômica e financeira, limitando seu caráter social.

Nessa construção conceitual, Hachem (2013, p. 95-96) descreve uma linha histórica desde o Estado Patrimonial, em que a população, inclusive a mais desprovida de recursos, era obrigada a pagar tributos ao Estado; passando pelo estado Fiscal de Direito, em que ocorria a tributação progressiva, “ampliando o mínimo existencial em relação aos impostos” e permitindo a prestação estatal positiva de alguns direitos, tais como educação, assistência médica e outros; e, em seguida, alcançando o Estado Social Fiscal, que o autor relaciona à fase do estado de Bem-Estar Social, em que a proteção deixa de limitar-se ao mínimo existencial e obriga o Estado à proteção paternalista de proteção social.

Cita Sarlet (2012, p. 277) que o primeiro nome ilustre a reconhecer um direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista Otto Bachof, que, no início da década de cinquenta na Alemanha, relacionou o princípio da dignidade da pessoa humana como preceito ao direito de liberdade e ao direito de um mínimo de segurança social, fundamentando que “sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada”. Logo após tal afirmação, o Tribunal Federal alemão reconhece, em sua jurisprudência, o direito ao mínimo necessário para uma existência digna.

Reconhece Hachem (2013, p. 97) que, apesar de a Constituição Alemã ser pioneira no reconhecimento dos Direitos Fundamentais e de incorporar o direito ao mínimo existencial, não possuía, como na Constituição Brasileira, “um rol sistemático de direitos sociais como saúde, educação, assistência social etc., fato que alguns autores reputam à má experiência da Constituição de Weimar de 1919”.

Portanto, o direito ao mínimo existencial, como garantias constitucionais e infraconstitucionais, capazes de promover uma existência digna ao indivíduo e à coletividade, para Hachem (2013, p. 98), está ligado diretamente ao princípio da dignidade da pessoa humana e “impede as investidas do poder público que visem subtrair do indivíduo os meios necessários a assegurar a sua subsistência com dignidade”, além de permitir que os indivíduos busquem a assistência estatal do indispensável à sobrevivência digna.

Hachem (2013, p. 99) compreende que o mínimo existencial é o núcleo do princípio da dignidade da pessoa humana e, na omissão estatal, ocorre uma violação não só ao direito ao mínimo existencial, como também a este princípio. Ressalta que o mínimo existencial “deve compreender não apenas prestações que possibilitem a mera existência, mas também a fruição dos demais direitos fundamentais e o livre desenvolvimento da personalidade do seu titular”, assim como esse direito “não coincide integralmente com o conteúdo do direito à vida, que é dotado de extensão maior”, tanto quanto o princípio da dignidade não se esgota no mínimo existencial.

Hachem (2013, p. 105) considera os direitos ao mínimo existencial como um direito fundamental e sugere que a noção de mínimo existencial “deve ser mais restrita e bem delimitada, para impedir que toda qualquer prestação estatal voltada à satisfação de um direito social possa nele se ver incluída”. Mas, reconhece as dificuldades em delimitar o mínimo em relação à saúde.

Por outro lado, Hachem (2013, p. 109-110) refuta que o mínimo existencial não pode abarcar todas as prestações de forma indiscriminada e para todos, inclusive para a classe média e munida de condições financeiras para reivindicá-la judicialmente ou para custeá-la, pois considera que isso prejudicará o financiamento de políticas públicas e serviços de saúde universais, dirigidos à prevenção e ao tratamento de doenças de cunho coletivo. Acredita-se que, assim, todo e qualquer cidadão brasileiro terá assegurado o direito subjetivo de prestação e o acesso ao direito à saúde.

Diante dessa análise, a teoria da reserva do possível encontra lastro na supremacia do interesse público em garantir aquilo que lhe é possível, em relação a suas reservas e previsões orçamentárias, limitando o direito ao mínimo existencial. Segundo Silva (2010, p. 842), a cláusula da reserva do possível teve origem, em 1972, na doutrina alemã, a partir da decisão paradigmática da Corte Constitucional da Alemanha, no caso conhecido como *numerus clausulus*, em que se discutiam vagas em universidades públicas no curso de medicina e o direito à liberdade de escolha profissional, visto que a Constituição alemã não tinha positivado o direito à educação, além de se questionarem regras da Lei Fundamental Alemã.

Nesse diapasão, foi decidido, conforme explicita Silva (2010, p. 842), que “a prestação exigida do estado deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”. O tribunal alemão entendeu que não seria razoável impor ao Estado a obrigação de acesso a todos os que pretendessem cursar medicina. Constata-se, ainda, que o direito ao acesso à educação e ao curso de medicina não estava positiva, tampouco, para todos de forma universal e integral, como ocorre no Brasil em relação ao direito à saúde.

Em relação ao Brasil, Silva (2010, p. 843) atribui como marco histórico do uso da cláusula de reserva do possível a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental/ADPF n. ° 45/DF, que teve como relator o Ministro Celso de Melo, em que foi questionada a “legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental”.

Outrossim, Silva (2010, p. 844) ressalta as “críticas quanto à transposição do instituto da reserva do possível pelo sistema brasileiro sem fazer as devidas adequações, visto que há grande diferença socioeconômica entre os dois países”. Quanto aos direitos sociais, as alegações, realça o autor, são de cunho econômico financeiro, pela escassez de recursos na prestação desses direitos, a exemplo do acesso ao direito à saúde.

Em outra linha de raciocínio, note-se que as decisões judiciais acerca de tais direitos podem impactar as finanças do Estado, relacionando-se diretamente com a questão orçamentária, visto que resultam em priorização da aplicação de recursos públicos finitos; por isso alguns teóricos apontam a cláusula da reserva do possível com o limite fático à exigibilidade desses direitos perante o Judiciário (SILVA, 2010, p. 846).

Consigna Silva (2010, p. 874) que “há carência de postulados mais consistentes, que ofereçam uma direção mais clara na interpretação das normas que definem os direitos fundamentais sociais”. Ressalta a necessidade de atender as “prioridades constitucionais” que atendam às necessidades das pessoas, no que tange à dignidade da pessoa humana e à inegável escassez de recursos. E acrescenta que, caso algum dos poderes não atenda os pressupostos do Estado Democrático de Direito e a efetivação dos direitos fundamentais, cabe aos demais poderes intervirem.

Realça Bitencourt (2014, p. 241) que uma teoria nasce para ajudar a compreender e aplicar uma realidade e, portanto, não pode ser desvinculada de sua origem e realidade. Cita, inclusive, a influência liberal das Constituições internacionais, que promoveram o afastamento do social das garantias e do direito. Ratifica, ainda, a necessidade de a construção da teoria da reserva do possível ser adequada à realidade brasileira, principalmente, em consonância aos “diferentes conceitos de políticas públicas e direitos sociais, um meio e um fim à realização dos direitos fundamentais”, para concluir que os direitos sociais deverão ser realizados na medida proporcional, mediando os interesses individuais e coletivos.

Aproveitando o escólio de Farias (2010, p. 107), em seus estudos sobre o mínimo existencial para estabelecer um parâmetro para o controle das políticas sociais de saúde, o autor adverte que tal teoria do mínimo existencial remonta à era de Santo Agostinho, segundo o qual “sem um mínimo de bem-estar material não se pode sequer servir a Deus”. E completa dizendo que, com o surgimento do Estado de Direito, após a queda do regime absolutista, acentua-se a concepção do mínimo existencial como direito digno da pessoa humana.

Farias (2010, p. 108-109) ainda ressalta a fragilidade da expressão “mínimo existencial”, no que tange à precisão e à homogeneidade do termo, principalmente na atualidade. Conceitua o mínimo existencial com sendo “tudo aquilo necessário para a existência digna do homem” e ressalta que não é “qualquer direito mínimo que se transforma automaticamente em mínimo existencial”, ressaltando que as condições necessárias e dignas ao indivíduo não poderão retroceder para aquém deste mínimo. Assevera que não há, no

ordenamento Pátrio, a promulgação expressa dos direitos mínimos existenciais, contribuindo para “a sua heterogenia e a falta de precisão terminológica”.

Farias (2010, p. 110) considera que é legítima a relação intrínseca das concepções do mínimo existencial no ordenamento Pátrio, comparando-as ao “núcleo intocável e irrestringível dos direitos fundamentais, constituindo-se em limite para a atuação dos poderes do Estado”. Portanto, o presente estudo compreende que, sendo o núcleo essencial dos direitos fundamentais o princípio da dignidade humana; e se, para que se tenha dignidade é preciso garantir o mínimo existencial; então, o mínimo existencial é núcleo basilar dos direitos fundamentais. Mas, o que seria o mínimo existencial para o legislador constituinte, quando este definiu os direitos sociais fundamentais da saúde? E, para o mercado neoliberalista, o que seria este mínimo existencial?

Muito embora seja uma tarefa difícil a identificação precisa de um conteúdo específico dos mínimos existenciais, é plenamente possível inferir que o seu âmago está umbilicalmente relacionado com os direitos fundamentais, notadamente os de liberdade (também chamados de originários) e os sociais, todos em sua expressão essencial e irreduzível. Vale dizer, o mínimo existencial se confunde com o núcleo essencial dos direitos fundamentais (FARIAS, 2010, p. 111).

Adverte Farias (2010, p. 111) que o mínimo existencial nada tem a ver com o ínfimo, o parco ou o reduzido, mas se coaduna com as necessidades humanas básicas, que constituem o mínimo social. O entendimento dessas necessidades pautará as políticas sociais a serem adotadas, ainda que tais necessidades variem, no tempo e no espaço. Farias (2010, p. 116) entende que, uma vez não satisfeitas as necessidades humanas, o indivíduo fica privado da vida social e de exercer sua cidadania. Além disso, o autor compreende que o estabelecimento do mínimo essencial visa a constituir as políticas públicas e os critérios para a atuação do Poder Judiciário, perante a escassez de recursos (FARIAS, 2010, p. 120).

Pereira (2000, p. 16) afirma que a noção de mínimo existencial, hodiernamente, é heterogênea: dependerá do tipo, da lógica ou do modelo de proteção social adotado, seja residual ou institucional. Pereira (2000, p. 16) aduz que, nos países capitalistas centrais, o mínimo existencial é definido como “recursos mínimos, destinados a pessoas incapazes de prover por meio de seu próprio trabalho a sua subsistência” e advém de fontes orçamentárias e obrigações recíprocas entre o beneficiário, a sociedade e o Estado.

Aduz Pereira (2000, p. 26-27) que, apesar dos termos “mínimo” e “básico” parecerem equivalentes, estes têm conceitos distintos: “mínimo” teria a conotação de reduzido e básico, algo fundamental e primordial. Para a autora, as necessidades básicas seriam “o

exercício da cidadania em acepção mais larga”, já que “o básico requer investimentos sociais de qualidade para preparar o terreno a partir do qual maiores atendimentos podem ser prestados e otimizados”. Ressalta, ainda, que “o básico é mola mestra que impulsiona a satisfação básica de necessidades em direção do ótimo”. Ao tornar o básico essencial, será possível, no entendimento da autora, a concretização dos direitos fundamentais para todos os cidadãos, por meio de políticas sociais. A não concretude destes direitos redundará, assim, no não desenvolvimento da cidadania ativa.

Fundamenta Pereira (2000, p. 28) que a racionalização e a eficácia das políticas sociais só se estabelecerão com a inter-relação ou com os nexos orgânicos, no seu próprio âmbito, e em conjunto com as políticas econômicas. O estudo compreende essa intersetorialidade interna e externa como ferramenta importante na efetivação das políticas públicas, visto que os fenômenos sociais não são estanques nem mesmo ocorrem de forma pontual. Dessa forma, apenas ao englobar o todo, tais políticas sociais conseguirão atender às necessidades comuns dos cidadãos.

Para Pereira (2000, p. 31), a busca pelo “ótimo de Pareto” no “Estado de Economia do Bem-Estar” redundará em “medidas políticas e econômicas, partindo de premissas puramente factuais e utilitárias” – que, em outras palavras, privilegiam os fatos em face do valor e da ética e consideram estarem livre de incertezas e conflitos interpessoais, apesar de se fundamentarem em escolhas ou interesses individuais. A concepção econômica paretiana considera as preferências e as escolhas, independentemente de estarem certas ou erradas, para o fato social; mas, não se registrou uma degradação econômica entre as partes envolvidas no conflito, e sim um equilíbrio de melhorias ou ganhos.

A “ótima de Pareto”, que é um conceito desenvolvido pelo italiano Vilfredo Pareto – que define, através de gráficos matemáticos, a alocação de recursos, apontando em que medida é possível ou não ocorrer tal realocação, para que uma parte seja beneficiada sem piorar a situação da outra parte –, seria a busca do meio-termo aristotélico, para proporcionar benefícios as partes envolvidas em um conflito. Pereira (2000, p. 32) adverte que essa concepção privilegia preferências ou interesses individuais e relativos, o que significaria “submeter a racionalidade coletiva na esfera do bem-estar à lógica privatista do mercado e da eficiência econômica”.

As necessidades básicas precisam ser homogêneas, definidas e livres da interferência de interesses do mercado, definidas como universais, objetivas e fundamentais, na concepção de Pereira (2000).

Disso se conclui que as necessidades básicas são objetivas, porque a sua especificação teórica e empírica independe de preferências individuais. E são universais, porque a concepção de sérios prejuízos, decorrentes da sua não-satisfação adequada, é a mesma para todo indivíduo, em qualquer cultura (PEREIRA, 2000, p. 68).

Portanto, as controvérsias sobre as concepções sobre a reserva do possível, pelas quais se defende a prestação dos direitos fundamentais em consonância aos recursos do Estado, não poderão atribuir aos direitos sociais o ônus da escassez de recursos e do entrave para o crescimento econômico, visto que, assim, se estará negando os ganhos das lutas sociais positivados na Carta Magna, os direitos fundamentais, que têm força normativa vinculante.

Constantemente, veiculam-se na mídia os gastos exorbitantes do Estado com áreas não prioritárias, um “sangradouro” ou um “minotauro feroz” que devora vultosas quantias, que poderiam ser realocadas de forma a buscar uma otimização paretiana, para áreas prioritárias como a saúde, educação e segurança, entendidas como medidas estratégicas de reduzir as iniquidades sociais. Dessa forma, é preciso definir o mínimo existencial na concepção das necessidades básicas, de forma universal, objetiva e fundamental, não submetidas aos ditames do capital, mas ao princípio da dignidade da pessoa humana e das garantias sociais constitucionais.

2. AS POLÍTICAS SOCIAIS COMO MEDIDAS PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Política significa, segundo o dicionário de Ferreira (2011, p. 693), a arte e ciência de bem administrar, dirigir e governar uma nação. Para Bellini (2017, p.2), o termo política tem várias conotações. Dentre elas, destaca-se como esfera da política (*polity*), como atividade política (*politics*) e como orientação para decisão e ação (*policy*), ou seja, ação pública intencional. Para Yasbek (2014, p. 80), as políticas sociais permitem aos cidadãos acessar recursos, bens e serviços necessários, a partir de múltiplos aspectos e dimensões da vida, como realização de direitos, necessidades e potencialidade, sob a forma de proteção social pelo Estado.

As políticas sociais, que são medidas estatais de prestação de serviços para a garantia do direito social, tiveram origem com a evolução do capital, na medida em que o homem era requisitado pelo mercado produtor e se aglomerava em pequenos territórios,

próximos do local de produção. Objetivando preservar a mão de obra, o capital inicia ofertando singelas medidas de preservação daqueles que estavam inseridos na produção, enquanto os excluídos, que eram os mais vulneráveis, permaneciam invisíveis às políticas sociais.

Nos momentos atuais, a efetividade das políticas públicas continua tímida e limitada a poucos, intensificando o ativismo judicial e a judicialização dessas políticas.

Não se pode precisar um período específico do surgimento das primeiras identificações chamadas políticas sociais, visto que, como processo social, elas se originam na confluência dos movimentos de ascensão do capitalismo como a Revolução Industrial, das lutas de classe e do desenvolvimento da intervenção estatal (PIANA, 2017, p. 23).

Então, a política social surge como forma estratégica do governo, impulsionada pelos movimentos sociais de outrora, para atender as questões sociais que crescem com o desenvolvimento industrial e a expansão populacional. Aduz Piana (2017, p. 23): “pode-se afirmar que não há política social desligada das lutas sociais”. Os direitos sociais dizem respeito, inicialmente, à materialização jurídica das reivindicações dos trabalhadores. Portanto, a consagração dos direitos sociais nas Constituições é fruto das reivindicações sociais. Enquanto, garantir tais direitos é respeitar a condição e dignidade humana.

Mediante esses princípios defendidos pelos liberais e assumidos pelo Estado capitalista, o enfrentamento da questão social, neste período, foi sobretudo repressivo, e seguido de algumas mudanças reivindicadas pela classe trabalhadora que foram melhorias tímidas e parciais na vida dos trabalhadores, sem atingir as causas da questão social (PIANA, 2017, p. 25).

No Estado liberal, o homem busca a liberdade no campo econômico, social, religioso e de expressão, além das melhorias na condição de vida privada. Com o Estado social, em ascensão, essas concepções de melhorias, qualidade de vida, além da liberdade e segurança são intensificadas. Conforme explica Piana (2017, p. 25), “assim as primeiras ações de políticas sociais ocorrerão na relação de continuidade entre Estado liberal (séc. XIX) e Estado social (séc. XX)”.

A busca da classe operária pela emancipação humana, a socialização da riqueza e uma nova ordem societária garantiram algumas conquistas importantes na dimensão dos direitos políticos tais como: o direito de voto, de organização e a formação de sindicatos e partidos, de livre expressão e manifestação, e de ampliar os direitos sociais (PIANA, 2017, p. 26).

Essas mudanças ocorreram de forma gradativa em cada parte do mundo, conforme a força dos movimentos sociais e os investimentos dos governos se expandiam, em atenção

aos problemas sociais e à redução das desigualdades, assim como crescia a força normativa dos direitos sociais positivados. No Brasil, as políticas sociais surgem no século XX. Conforme discute Piana (2017, p. 41), “as políticas sociais no Brasil emergem no final da República Velha, especialmente, nos anos 20”.

As reformas políticas ocorreram a partir dos anos 80, ratifica Piana (2017, p. 41), em um cenário de escassez de recursos, sérios problemas sociais e mudança de regime de governo, além da “crise do Estado de Bem-Estar Social”. A partir desse marco, abrem-se “às propostas neoliberais, findando as concepções do Estado, enquanto instância mediadora da universalização dos direitos sociais”.

No Brasil, as políticas sociais eram limitadas a um grupo, aqueles inseridos no mercado de trabalho, e, conforme assevera Piana (2017, p.42), “eram políticas de controle, seletivas, fragmentadas, excludentes e setorializadas”. Um movimento social, em fortalecimento progressivo, surgia para forçar o Estado a promulgar uma Constituição que viesse legalizar os direitos sociais e outros direitos fundamentais para todos, com respaldo nos princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade, equidade e liberdade.

Com isso, o Estado aceita as pretensões da Assembleia Constituinte e das ruas, objetivando conter a ordem pública e não o desejo de manter o bem-estar do cidadão.

Não obstante, as políticas sociais brasileiras sempre tiveram um caráter assistencialista, paternalista e clientelista, com o qual o Estado, por meio de medidas paliativas e fragmentadas, intervém nas manifestações da questão social, preocupado, inicialmente, em manter a ordem social (PIANA, 2017, p. 38).

Entretanto, não basta as políticas sociais estarem positivas, constitucionalmente, com força normativa e vinculante. Precisam ser efetivadas e alcançar impactos significativos na vida do cidadão. Consta-se, através das notícias veiculadas na mídia televisiva e escrita, o caos da saúde no Brasil, hospitais fechando as portas, outros negando atendimento, pessoas dormindo em filas para conseguirem atendimento ou sendo assistidas de forma precária e desumana, pela falta de estrutura física e funcional.

Associada a esse cenário, a falta de recursos e planejamentos para efetivação do direito social à saúde agrava o setor. Para Piana (2017, p. 40), essa realidade está refletida e “condicionada ao modelo neoliberal, que prevê que cada indivíduo garanta seu bem-estar em vez da garantia do Estado de Direito”.

Na realidade vigente, o desrespeito às leis complementares da Constituição tem sido a tônica de vários governos, conseqüentemente temos o descaso com a população trabalhadora e assim as políticas sociais continuam assistencialistas e mantêm a

população pobre, grande parte miserável, excluída do direito à cidadania, dependente dos benefícios públicos, desmobilizando, cooptando e controlando os movimentos sociais (PIANA, 2017, p. 40).

Nesse diapasão, os invisíveis permanecerão esquecidos pela sociedade e pelo Estado, sem garantias e sem assistência, aumentando as iniquidades sociais. O discurso permanecerá perpassando pela falta de capital, e os movimentos do interesse do poder insistirão em mudanças no direito, constitucionalmente conquistado arduamente, por longas lutas sociais. O clientelismo e o patrimonialismo continuarão latentes e presentes nas políticas sociais. Segundo Piana (2017, p. 40), perante o cenário do capitalismo neoliberal brasileiro, colocam-se “questões agravantes, como alto índice de desemprego, aumento da concentração de renda/riqueza, empobrecimento e miserabilidade da população”.

O fenômeno da globalização se por um lado permite o intercâmbio mundial por meio da maior interação entre os povos, por outro, tem trazido uma série de contradições e divergências: o aumento do desemprego estrutural, a exclusão social, o aumento da pobreza, guerras políticas e religiosas e outros, ratificando a lógica do capital, que trazem a concentração da riqueza nas mãos dos setores monopolizados e o acirramento da desigualdade social (PIANA, 2017, p. 29)

Nesse contexto, a efetivação das políticas sociais e, portanto, do direito fundamental social é compreendida pelo poder público como dependente de recursos necessários e suficientes para atendê-las nos limites constitucionais. Devido aos aumentos progressivos dos custos com a saúde, elas seriam dependentes das disponibilidades e das reservas possíveis do Estado. Além disso, a judicialização excessiva com as respectivas tutelas de urgência traz um severo desequilíbrio da gestão pública e dos planejamentos financeiros públicos.

A esse respeito, Cunha Júnior (2007, p. 105) afirma que “variam apenas as formas de lutas, conquistas e realização e satisfação dos direitos, mas também os próprios paradigmas jurídicos aos quais se sujeitam”. Apesar de as necessidades humanas serem objetivas e universais, são influenciadas pelo social, cultural e econômico do indivíduo, tornando-o mais ou menos vulnerável e dependente daquela necessidade.

Nesse sentido, Cunha Júnior (2017, p. 12) assevera, perante a falha do poder estatal em efetivar os direitos sociais enquanto direitos fundamentais, a necessidade de “um ativismo judicial e um controle judicial na implementação de políticas públicas destinadas à concretização dos direitos fundamentais e à plena satisfação dos valores sociais”.

Quando os órgãos de direção política (Legislativo e Executivo) falham ou se omitem na implementação de políticas públicas destinadas à efetivação dos direitos

fundamentais e dos objetivos fundamentais do art. 3º da Constituição Federal de 1988, cumpre ao Poder Judiciário – corresponsável no processo de construção da sociedade do bem-estar – adotar uma posição ativa e dinâmica na realização das finalidades do Estado Social, desenvolvendo e efetivando diretamente os preceitos constitucionais definidores desses direitos sociais. E a Constituição brasileira de 1988, marcadamente dirigente, esculpiu um Estado Social, redefinindo a relação entre os três Poderes e adjudicando ao Poder Judiciário funções de efetivo controle dos atos – comissivos e omissivos – dos poderes públicos (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 12).

Dessa forma, o Judiciário passa a contribuir com as políticas sociais do Estado e a trabalhar por sua efetivação, à luz das normas constitucionais e infraconstitucionais, não apenas quando judicializada, mas em cooperação técnica de forma intersectorializada, com os demais Poderes, o Legislativo e o Executivo.

Assevera Cunha Júnior (2017, p. 10) que “o juiz agora também é responsável pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais Poderes pelas exigências do Estado do Bem-Estar Social”, sustentado por uma dogmática constitucional inovadora, que estabeleça, definitivamente, “a ideia de que os direitos fundamentais não precisam de regulamentação para serem desfrutados e incidirem, pois simplesmente se concretizam” (CUNHA JÚNIOR, 2007, p. 97).

Apesar de a Carta Magna prever instrumentos de controle e uma democracia participativa, pela iniciativa popular, seja por medidas judiciais ou dos conselhos locais, a saúde para todos, através de políticas sociais executadas por um sistema único, integralizado e regionalizado, ainda não conseguiu alcançar a sua plenitude. Hodiernamente, está longe de conseguir atender à população e às suas necessidades humanas básicas.

Contudo, o juiz decidirá os conflitos sociais à luz da Constituição Federal Brasileira, nesse novo cenário, eminentemente neoconstitucionalista, a fim de garantir direitos fundamentais à saúde de forma intersectorializada das políticas públicas sociais, quando o poder Executivo se mostrar incapaz de efetivá-las. Para tanto, não se pode aceitar o argumento da corrente governamental, de que houve interferência no princípio da divisão dos poderes e, tampouco, aceitar as alegações do Estado de que seu dever-ser constitucional está limitado pela escassez do capital e recursos (reserva do possível).

2.1. Processo de formação do Sistema Único de Saúde/SUS e suas nuances

Antes da Constituição de 1988, a saúde era garantida a uma parcela da população que estava inserida no mercado de trabalho, através do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social, que possuía, nos principais polos metropolitanos, postos de saúde destinados a esse fim. Portanto, a saúde não era um direito de todos de forma integral, restringia-se a alguns serviços e pessoas. Aqueles que estavam fora do mercado de trabalho ficavam à mercê das ações de combate às endemias e ações sanitárias, para serem assistidos pelo poder público.

O Sistema Único de Saúde/SUS foi criado a partir dos movimentos sociais, com influência das concepções neoconstitucionalistas e dos ideais de mudanças nas condições de vida e de saúde da população brasileira. Inicialmente, normatizado na Carta Magna de 1988, o direito social à saúde é assegurado a todos e constituído um dever do Estado, independentemente de qualquer óbice, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos e agravos ao indivíduo e à comunidade.

A saúde é um direito Constitucional, regido por princípios e normas. É executada por ações e políticas públicas descentralizadas, universalizadas e regionalizadas, para atender a população brasileira de forma integral, independentemente, de o indivíduo ser produtor do capital, sob a égide da Constituição Federal e do controle social. Quanto ao seu financiamento, será participativo e contributivo para toda sociedade e poder público de forma organizada e legalizada.

Contudo, com as mudanças contemporâneas, através de emendas constitucionais, influenciadas pelas políticas e pelo poder neoliberal, o SUS encontra-se ameaçado, pondo em xeque todas as garantias e os benefícios conquistados, por ora. A Emenda Constitucional 93 de 2015 e a Emenda Constitucional 95 de 2016 tornam o caminho, em busca desse direito, escorregadio, em direção a um abismo nebuloso e sombrio.

Em 1840, iniciaram-se os movimentos sociais na Europa pela classe trabalhadora, impulsionada pelos pensamentos marxistas vigentes, que visavam à transformação socioeconômica das relações capitalistas de produção, conforme cita Santos (2013, p. 234). Segundo o autor, a partir de 1960, os novos movimentos sociais passam a rejeitar algumas concepções marxistas do consumismo e individualismo do capital. No Brasil, a partir de 1970, nasceram os movimentos sociais, que, mesmo limitados pelas questões políticas, buscavam incorporar direitos sociais e melhorias nas condições de vida da população.

Conforme aduz Santos (2013, p. 235), os movimentos sanitários, no Brasil, surgem atrelados à política da previdência social, vinculadas à Caixa de Aposentadoria e

Pensões (CAPs) e aos Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAPs), criados na Era Vargas (1930-1945). Esses Institutos eram responsáveis por assistir os trabalhadores quanto à saúde e estavam ligados ao Ministério do Trabalho.

Os IAPs ofereciam uma estrutura de serviços e profissionais de saúde que pudessem ser contratados pelas empresas para atender aos seus empregados. Santos (2013, p. 235) complementa informando que o governo militar, em 1966, realizou a fusão de todos os IAPs, com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), através do qual se passou a regular a assistência à saúde, de natureza hospitalocêntrica e médico-curativa.

Conforme aduz Santos (2013, p. 234), com a crise instalada nos anos de 1970, associada ao aumento da inflação e às inúmeras insatisfações nos diversos setores da sociedade, surgem os movimentos sanitários formados por religiosos, burgueses, pequenos comerciantes, trabalhadores de diversos setores, dentre eles o rural, inclusive pessoas dos movimentos feministas, ou mesmo ligadas a partidos políticos e a centros de pesquisas científicas.

Quanto aos movimentos da saúde, estes tiveram início em bairros pobres do Rio de Janeiro e São Paulo, em busca de melhorias sanitárias e dos serviços de saúde, com apoio de profissionais médicos, donas de casa, religiosos, pesquisadores e outros. Esse fato contribuiu, segundo Quaresma (2012, p. 175-176), para articular as várias experiências comunitárias em saúde e colaborar para a inclusão da participação popular na gestão da saúde.

Quaresma (2012, p. 175-176) diz que os movimentos sociais locais serviam para “denunciar a situação caótica da política de saúde pública e dos serviços previdenciários de atenção médica, reivindicando das autoridades soluções para os problemas criados pelo modelo de saúde vigente”. Estes ideais levaram a sociedade organizada a propor mudanças, através do poder constituinte da Carta Magna de 1988.

Assevera Santos (2013, p. 235) que essas lutas “obrigaram o Estado a propor mudanças na política de saúde brasileira como forma de enquadrar a questão social e canalizar as pressões populares”. Portanto, esses movimentos apresentaram demandas importantes para a saúde e a democracia, em suas reivindicações.

Em 1975, cria-se o Sistema Nacional de Saúde/SNS, com melhorias e mudanças na prestação da assistência à saúde, com a participação ativa popular. São realizadas várias Conferências Nacionais de Saúde, para discutir tais melhorias e deliberar sobre novas propostas ao poder público.

O aumento do custo de vida e a crise econômica, com a taxa de inflação a 200%, influencia significativamente, no país, o setor da saúde, a partir de 1979. Houve, portanto, queda das vendas, da produção e o aumento do desemprego com o arrocho salarial. Ressalta Santos (2013, p. 236) que o período do governo Figueiredo (1979-1985) consolidou o aprofundamento da crise e, entre 1980 e 1982, obrigou o país a recorrer ao Fundo Monetário Internacional (FMI).

Esse cenário de tensões atingiu os movimentos sindicais (1980-1984), inclusive, pelas eleições diretas, envolvendo não só os trabalhadores, como outros segmentos da sociedade, que questionavam as distorções e as ineficiências das políticas de saúde, conforme diz Santos (2013, p. 236). Em 1980, ocorre a VII Conferência Nacional de Saúde, cujo eixo principal foi “a extensão das ações de saúde através dos serviços básicos”, que buscava a participação da comunidade e a apresentação de soluções para as questões de cobertura, integração de serviços e nível de complexidade.

Outro marco, citado por Santos (2013, p. 236), na conquista das garantias para a área de saúde, foi a VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada em março de 1986, em Brasília, para discutir as questões do setor e fomentar melhorias, como a necessidade da criação do Sistema Único de Saúde. Apesar de as concepções neoliberais direcionarem para lados opostos as garantias sociais da população, defenderem um Estado minimalista e direcionarem as infraestruturas estatais para a expansão do capital, assim como a permanência da assistência à saúde privatista, regulada pelo mercado produtor, as concepções do Estado de Bem-Estar Social prevaleceram, por ora, aduz Santos (2013, p. 236).

Após esse importante evento, assevera Santos (2013, p. 237), o governo assumiu a bandeira da reforma sanitária, viabilizou as políticas de Ações Integradas de Saúde e criou o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde, o SUDS, em 1987. Em 1988, a Constituição Federal integra a saúde, a previdência e a assistência social ao tripé da Política de Seguridade Social. Aduz, ainda, que “à saúde coube cinco artigos, que juntos constituem um sistema único, pautado pelos princípios de universalidade, equidade, integralidade e da participação da comunidade através do controle social, que resultou na criação do SUS”.

Segundo Toledo *et al.* (2013, p. 13), os movimentos sociais voltados para o direito à saúde da população iniciaram-se em 1976, na zona leste de São Paulo, a partir da iniciativa de donas de casa, por reivindicações de serviços públicos de saúde. Foram incorporados, nessas lutas, estudantes de medicina que se organizaram em comissão de saúde e conquistaram, em 1978, postos de saúde e serviços ainda deficientes de recursos diversos.

A seguir, outras mobilizações se formaram com o mesmo intuito, criando os conselhos de saúde da zona leste e influenciando as demais regiões do país, além de resultar na inclusão no texto Constitucional (inciso III do art. 197 e Art. 77 dos Atos e Disposições Transitórias) dessa participação popular, conforme se lê em Toledo *et al.* (2013, p. 13).

Registra-se, em Toledo *et al.* (2013, p. 14), que essas iniciativas deixaram de ser setoriais e interclassistas, para se redemocratizarem a partir de 1982, com o apoio de grupos e entidades, a exemplo do Centro Brasileiro de Estudos da Saúde (CEBES) e da Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO). A partir desse marco, deu-se origem aos movimentos da reforma sanitária e à criação do SUS, em 1990, pela Lei Orgânica da Saúde, impulsionada pela garantia do direito social à saúde para todos, promulgada na Carta Cidadã de 1988.

Outrossim, a criação do SUS, estimulada pelos movimentos sociais, não parou as investidas neoliberais nem melhorou, por definitivo, as condições da assistência à saúde da população brasileira. A falta de interesse político em elaborar estratégias eficientes e implementar recursos que viabilizassem o SUS e a saúde continuou impactando todas as ações, bem como os resultados sanitários e epidemiológicos.

Mesmo com a positivação e vinculação do direito à saúde, na Constituição de 1988 e nas normas infraconstitucionais – a exemplo da Lei Orgânica do SUS, a Lei Federal n.º 8.080 de 1990 –, a garantia do direito fundamental à saúde ainda permanecia frágil. Por isso, outras Conferências de Saúde continuaram a discutir e a fomentar as políticas de saúde, rechaçando as privatizações e as influências do mercado produtor na precarização e sucateamento do Sistema e na mitigação do direito social à saúde, conforme Toledo *et al.* (2013, p. 15).

Assim, os movimentos sociais, que conseguiram incluir todas as camadas da população, antes excluídas, e torná-las visíveis nas pautas de discussões, foram cruciais para a criação do SUS, a partir das reformas sanitárias brasileiras. Mas, segundo Lima (2017, p. 31), apesar desses ganhos, há uma cruel contradição no sistema, ao se analisar a ineficiência em promover a atenção básica elementar, ao mesmo tempo em que se consegue garantir a assistência de alta complexidade. Segundo o autor, isso ocorre como “fruto das disputas de distintos, por vezes, antagônicos projetos” e dos “constrangimentos impostos por uma política econômica de corte neoliberal”.

Os movimentos sociais não se opõem abertamente à ordem social, mas às formas de seu desenvolvimento no que diz respeito à igualdade, à liberdade, à democratização

das relações sociais. Na medida em que lutam e alcançam conquistas, afetam a própria constituição da sociedade (TOLEDO *et al.*, 2013, p. 17).

Com isso, Toledo *et al.* (2013, p. 17) afirmam que a busca constante por direitos e melhorias de vida e de saúde moldam os movimentos sociais, conforme as demandas da sociedade, do período histórico, econômico e social. Não são estanques no tempo, nos meios e objetivos, além de absorverem todas as classes sociais e segmentos, a depender do interesse em voga. Em alguns momentos, encontram-se mais articulados e fortes; noutros tempos, nem tanto.

E o que torna os movimentos mais vulneráveis ou fortalecidos em suas demandas? Será o número de participantes ou a forma como se articulam? Ou, ainda, o interesse político do poder em conceder os pleitos das reivindicações desses movimentos, para ocultar outros?

Aduz Quaresma (2012, p. 172) que os movimentos sociais podem ser os interlocutores para um novo padrão de serviços públicos de saúde, incluindo, na gestão da saúde, os princípios e a participação social. Descreve vários movimentos sociais, com início no regime militar, que passaram a privilegiar desde conflitos de classe, conflitos sindicais, como também a reconstrução da democracia e as mudanças políticas, nas suas formas de atuação coletiva.

A Constituição Federal de 1988 traz, em seu cerne, a universalização, a descentralização, a participação social, a integralização do direito à saúde, com a criação de um Sistema que atendesse aos anseios da população e assistisse a todos, de forma indiscriminada e equânime. Através da consolidação das lutas sociais e das reivindicações, buscam-se as melhorias gradativas dos serviços de saúde e, principalmente, um impacto nas condições de saúde da população brasileira, com a participação popular passando a figurar como um novo paradigma de gestão participativa e estratégica.

Com a participação social, entram em cena novos atores na gestão dos serviços públicos que, partilhando atribuições, acabam “resignificando as relações de poder em prol de decisões e práticas intersetoriais que asseguram o acesso e a efetivação de direitos sociais”, conforme preconiza Quaresma (2012, p. 179).

Hodiernamente, os conselhos de saúde e locais são espaços de participação e deliberações, não só para a área da saúde, mas para outras demandas sociais. Quaresma (2012, p. 180) considera os conselhos como estratégias no controle da execução das políticas públicas de saúde, além do controle dos aspectos econômicos e financeiros, inclusive, como um instrumento de empoderamento da comunidade.

Entretanto, assevera Quaresma (2012, p. 184): “após esses 20 anos da sua instituição, observa-se que a participação da sociedade na gestão do SUS ainda é incipiente na maioria dos Estados e Municípios”. Ele ainda considera a valorização do espaço participativo e o aperfeiçoamento democrático como formas de incorporar vários segmentos da sociedade, em prol das melhorias.

Quaresma (2012, p. 185) afirma: “mesmo havendo desafios e limites a serem superados para a promoção da participação social, consideramos que nada deve suplantá-la dentro do Sistema de Saúde atual”. Portanto, o SUS, por ser fruto da vontade social, deve permanecer inabalável em sua essência, como garantia de direito adquirido.

Contudo, perante as investidas das concepções neoliberais que buscam afastar o Estado garantista e assistencialista, sufocam-se as conquistas de todas as lutas sociais, com a justificativa de manter a individualização do ser, em que pesem os direitos sociais conquistados, tornando-os gestores de suas necessidades sociais.

O neoliberalismo é uma doutrina que defende o livre comércio e a livre concorrência como forma de expansão do capital. Além disso, tem como concepção que o afastamento do Estado das questões políticas e econômicas capitalistas garantirá o crescimento econômico e o desenvolvimento social de um País, instruem Dardot e Laval (2016, p. 381).

Afirmam Dardot e Laval (2016, p. 381-382) que as principais características dessa doutrina é o Estado mínimo nos rumos econômicos no que concerne às áreas sociais, de modo a que se concentrem recursos em infraestrutura, para outras áreas de interesse do poder, assim como estimulam-se as políticas de privatização, circulação de capitais internacionais, incentivos à globalização e expansão tecnológica, dentre outras.

As mudanças sociais ocorridas a partir de 1988, afetam a capacidade do Estado de manter as garantias sociais, obrigando-o utilizar de novas formas de resistir as influências negativas do neoliberalismo, ou seja, o afastamento das questões políticas, além de repensar a melhor forma de planejar e utilizar o capital disponível.

2.2. Processo de financiamento do Sistema Único de Saúde/SUS e sua sustentabilidade em face da crise do capital

O processo de globalização defende o livre comércio como forma de crescimento do capitalismo, impondo aos Estados nacionais adaptações para o mercado de exportações, disponibilidade de mão de obra e condições tributárias favoráveis para a exploração do capital, em uma forma de governo na qual pouco prevalecem o direito e a vontade popular.

Nesse cenário de acumulação e valorização do capital e de redução do indivíduo a mera mercadoria, limita-se o poder do Estado ao papel de regulador da economia e garantidor de políticas sociais e econômicas, enfraquecendo-o na resolutividade do enfrentamento das desigualdades sociais e problemas internos, tais como desemprego, pobreza, saúde, educação e falta de recursos. Como o Estado é uma categoria do moderno sistema de reprodução social, por conseguinte, fica dependente do processo de valorização e acumulação do capital.

Nesse contexto, conhecer a abordagem de Robert Kurz (2017, p. 1) sobre os cinco níveis de atividade do Estado moderno é condição *sine qua non* para compreender a falta de autonomia e a crise de regulação do Estado, que têm como consequência alterações sistêmicas e estruturais. Segundo o autor, há uma contradição sistêmica interna no modo de produção de mercadorias, que se reproduz em escalas elevadas, frente aos crescentes custos estatais, a exemplo dos problemas sociais e de infraestrutura, denominados de segundo e terceiro nível da atividade do Estado Moderno, que demandam um aumento dos custos estatais quando ocorre a expansão do mercado.

Antes, as relações sociais eram familiares e locais, e as necessidades, também micro e simples, passam a ser coletivas, públicas, com demandas especiais e problemas macro, influenciadas por uma população consumista, com desejos infinitos em face de recursos finitos e limitados. Kurz (2017, p. 1-3) ressalta que a problemática da infraestrutura necessária para atender a produção moderna de mercadorias passou de um sistema de troca local para industrializado, moderno e de exportação, inchando a atividade estatal e as finanças públicas.

Portanto, Kurz (2017, p. 4) afirma que a cota do Estado equivale a 50% do produto social bruto, e mais da metade da população depende direta ou indiretamente da economia estatal. Logo na primeira página do ensaio “O Fim da Economia Nacional” (KURZ, 2018, p. 1), o autor alemão mostra a globalização como algo que se apresentou como vindoura para mobilizar as mercadorias, a tecnologia e compartilhar o sistema monetário e de créditos, além do aumento dos lucros. No entanto, o que a exportação de capital trouxe aos países foi fragilidade no que se refere às estruturas e à economia interna.

Kurz (2017, p. 2) afirma que, no momento em que ocorre a fuga do capital para lugares com condições mais interessantes para o lucro, o Estado não assume o controle desses recursos para a manutenção das estruturas internas, tais como estradas, qualificação de mão de obra, saúde, educação e outros aspectos necessários que garantam um ambiente adequado à circulação e produção da mercadoria. Em outro ensaio seu, intitulado “Buracos de rato para elefantes” (KURZ, 1997), o autor compara os países a ratos ou elefantes, ao tentarem conquistar um nicho do mercado globalizado: ou são gigantes ou são diminutos em relação ao mercado e aos problemas sociais.

Quando o que mais interessa ao mercado produtor é o valor e a exclusão da mão de obra, o indivíduo e, conseqüentemente, os problemas sistêmicos internos não importam para o capital e para os investidores. Prevalece a economia de mercado baseada no lucro, nos incentivos favoráveis ao capital e na concorrência violenta. Se os custos sistêmicos superam os rendimentos esperados, a manutenção do modelo de acumulação e produtividade é representada pela curiosa alegoria do “mito de Sísifo” em busca do meio termo entre a boa vida, defendida por Aristóteles, e a manutenção do capital com crescimento de 3% ao ano, conforme defende David Harvey (2012).

Kurz (2017, p. 2) aduz que o Estado deixa de ser o “capitalista coletivo ideal” (Marx), com poder de comando sobre o estoque de capital nacional, uma vez que esse capital passou para as mãos dos grandes investidores mundiais, enquanto o Estado fica sem poder de barganha e capacidade de manter-se como garantidor das políticas sociais e regulador das regras do capital interno, que possam promover o crescimento com um social fortalecido e assegurado. As conseqüências dessa incapacidade estatal são: redução de empregos e dificuldades de implementar políticas sociais, causadas pela evasão dos lucros e ausência de garantias para os investimentos.

Perante esse cenário de crise ou estágio da crise estrutural do capital, visto que é um sistema autodestrutivo, a acumulação do capital destrói os elementos essenciais para a sobrevivência, gerando problemas estruturais, sociais e ecológicos. Com o intuito de sobreviver às crises, o sistema produz a expansão e o deslocamento dos problemas para outros lugares e épocas, conforme enfatizam Kurz (2017) e Harvey (2012). Garantir o progresso e enfrentar a crise e a falta de substância do capital, com uma solução que sustente o sistema ideal para o meio de produção e para implementações de políticas sociais, tornam-se desafios para o Estado moderno.

O contributo de Rancière (2014, p. 72) para o debate é incontestado, posto que atualiza a concepção de poder na modernidade, ao questionar o papel e o propósito da democracia oligárquica. O filósofo francês assevera que é uma falácia a democracia representativa, uma vez que não há o interesse direto do povo e não há um poder efetivo deste, tampouco existem garantias igualitárias. Mesmo no Sistema Único de Saúde, em que está positivado o acesso igualitário e equânime das políticas sócias de saúde, isso não ocorre, levando à judicialização do acesso a tais políticas sociais.

As políticas sociais, parafraseando Judt (2010, p. 437), são destinadas àqueles inseridos no mercado de trabalho. Nessa situação, os excluídos não terão garantias do Estado, pois estes não pagam impostos que manterão as políticas sociais e a respectiva infraestrutura. Porém, com instituições governamentais degradadas e sufocadas pela corrupção e pela violência da concorrência do capital, o resultado é um Estado sem unidade política e enfraquecido para enfrentar, tais questões sociais. Neste contexto, resta garantir as políticas sociais a quem interessa ao capital, o indivíduo produtivo.

Mesmo com um poder limitado pelo mercado de produção, cabe ao Estado decidir o que fazer, caso contrário “a questão social, se não tratada, não desaparece, vai à procura de respostas mais radicais” (Judt, 2010, p. 437). Perante esse cenário, o desemprego aumenta, não há acesso às políticas sociais, os vínculos familiares e comunitários precarizam-se, o trabalho e o sujeito degradam-se. O capital interno diminuto produz reflexos negativos ao Estado doente e afeta a todos.

Assevera Santos (2018, p. 1) que, em 1980, surge na Inglaterra e nos Estados Unidos um movimento econômico de privatizações, aumento da competitividade e, conseqüentemente, cortes nos gastos sociais e aumento do capital interno. No Brasil, afirma Filgueiras (2018, p. 182), após os fracassos econômicos do Plano Cruzado, lutas sociais da assembleia constituinte de 1988 e outros tantos problemas econômicos e agravamento das desigualdades sociais, o neoliberalismo foi se fortalecendo e se desenvolvendo no país.

Esse processo, que culminou com a afirmação do projeto político neoliberal e a construção de um novo modelo econômico, redefiniu as relações políticas entre as classes e frações de classes que constituíam a sociedade brasileira. A vitória desse projeto expressou, ao mesmo tempo em que estimulou, um processo de transnacionalização dos grandes grupos econômicos nacionais e seu fortalecimento no interior do bloco dominante, além de exprimir, também, a fragilidade financeira do Estado e a subordinação crescente da economia brasileira aos fluxos internacionais de capitais (FILGUEIRAS, 2017, p. 183).

Os defensores do neoliberalismo pregam que a economia mais competitiva em um Estado mínimo levará ao desenvolvimento econômico e tecnológico. Para eles, a partir desse cenário, haverá melhorias sociais na saúde, no trabalho, na educação e outras. Segundo Bourdieu (1998, p. 83), “o programa neoliberal tende, assim, a favorecer globalmente a ruptura entre a economia e as realidades sociais, e a construir desse mundo, na realidade, um sistema econômico ajustado à descrição teórica”. O autor relaciona a ação neoliberal a uma espécie de máquina lógica, que se estabelece em uma cadeia de constrangimentos aos agentes econômicos, mitigando o social.

Para Dardot & Laval (2016, p. 381-382), o neoliberalismo seria a corrosão progressiva dos direitos sociais, para o fortalecimento do Estado mercadológico e capitalista, em defesa da ideia de que o Estado não deve nada ao cidadão e este tem que se esforçar para trabalhar mais, para arcar com suas necessidades sociais. A degradação do social afeta, de forma sistêmica, a sociedade e as relações políticas, econômicas e sociais.

A corrosão progressiva dos direitos sociais do cidadão não afeta apenas a chamada cidadania “social”, ela abre caminho para uma contestação geral dos fundamentos da cidadania com tal, na medida em que a história tornou esses fundamentos solidários uns com os outros. Com isso, ela leva a uma nova fase da história das sociedades ocidentais (DARDOT & LAVAL, 2016, p. 381-382).

Perante a valorização mercadológica neoliberal, associada à complexidade das demandas da saúde, há a incorporação de tecnologias, procedimentos e insumos de altos custos, nesse mesmo setor. Com a instituição da saúde como direito social, garantido a todos, de forma integral pelo Estado, na Constituição Federal de 1988, passa-se a tratar a saúde como um direito fundamental da pessoa humana. Assim, tal direito é uma garantia individual constitucionalizada, essencial para a manutenção da vida, produto da vontade e da soberania popular.

Para assegurar esse direito, a Constituição Cidadã cria o Sistema Único de Saúde/SUS, com princípios e diretrizes próprios, assim como estabelece que o seu financiamento ocorra por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além das contribuições sociais.

Aduzem Portella & Teixeira (2016, p. 634) que a forma de financiamento público se encontra fundamentada num modelo de dependência por transferências financeiras dos Estados e, principalmente, da União. Na concepção dos autores, essa é uma forma significativa de financiamento da maioria dos Municípios, visto que as competências

tributárias que lhes foram outorgadas pela Constituição são insuficientes para viabilizar o financiamento da gestão municipal e, conseqüentemente, das políticas sociais.

As reformas tributárias que seguiram à promulgação da CF/88 contribuíram para agravar o quadro de desequilíbrio do financiamento, hierarquia política-administrativa e autonomia financeira, de forma a favorecer ainda mais a União em detrimento dos demais Entes. Privilegiaram o aumento da carga e a ampliação da base de incidência dos tributos federais, cuja arrecadação não constitui fonte de repasse financeiro. Diminuíram a participação dos Municípios no plano das receitas, e ampliaram as suas atribuições administrativas (PORTELLA & TEIXEIRA, 2016, p. 634).

Ressaltam Portella & Teixeira (2016, p. 634-635) a adoção de uma política fiscal que “prioriza o pagamento da dívida pública, de forma a canalizar parte expressiva do Orçamento Público ao capital financeiro, em detrimento do investimento nas áreas sociais e de infraestrutura”, o que causa impacto significativo sobre o financiamento público. Além disso, entendem que o orçamento público poderia estar mantendo as políticas sociais, se não fosse a imposição de uma política de Desvinculação das Receitas da União (DRU), que afasta do governo a obrigação de fazer parte da transferência constitucional e legal para o desenvolvimento econômico e social, o que em muito contribui para fragilizar os Municípios.

As implicações do engessamento do orçamento público, e dos efeitos nefastos da opção pela dependência à dívida do Estado brasileiro, ficam muito claros na análise dos dados referentes à Saúde. Mesmo que se cumpra, de forma rigorosa, todos os índices legais exigidos na CF/88, na LRF, e demais normas, ainda assim se estará distante de montantes que proporcionem um efetivo salto no desenvolvimento social e na promoção da Dignidade da Pessoa Humana (PORTELLA & TEIXEIRA, 2016, p. 672).

Nesses termos, compreendem Portella & Teixeira (2016, p. 673) que é necessário um avanço na agenda fiscal, a fim de que se permita uma reestruturação do Pacto Federativo, no que se refere à forma de financiamento público, estabelecendo fontes de receitas próprias de caráter tributário, com evocação tributária de cada nível do governo, com bases inovadoras de arrecadação e com a participação de todos os Entes políticos, de forma coordenada. Assim, se teria um “autêntico federalismo de cooperação”.

Assim, os gestores, nas três esferas federativas, passaram a criar estratégias de financiamento e sistemas de incentivos das políticas de saúde, capazes de manter esse sistema complexo. Perante as dificuldades enfrentadas pelo setor, em decorrência da escassez dos recursos e das demandas imprevisíveis, irregulares e amplas, busca-se agregar conhecimento de diversas áreas do saber, a exemplo da economia da saúde, a fim de subsidiar o setor na

utilização otimizada dos recursos e assegurar à população o acesso amplo a bens e serviços de saúde.

No cenário atual, de acordo com o Art. 165 da Constituição Federal, todas as instâncias de governos (em níveis Federal, Estadual e Municipal), estabelecem, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública para a despesa de capital, no Plano Plurianual (PPA). O PPA definirá, dentre outras despesas, aquelas concernentes às políticas públicas de cada governo, no período de quatro anos.

Em seguida, a Lei de Diretrizes Orçamentária/LDO organizará os objetivos do PPA, determinando as metas e prioridades da administração pública para o exercício subsequente à sua publicação, além de orientar a elaboração da Lei Orçamentária Anual/LOA, para a realização das ações priorizadas pelo Poder Executivo e aprovadas pelo Legislativo. Por fim, será feita a execução orçamentária do planejado e legalizado, sob a fiscalização dos órgãos de controle, tais como Auditoria e Tribunais de Conta e, ainda, pelo controle social.

O direito à saúde está contemplado na Constituição Federal, no capítulo da seguridade social, juntamente com a previdência e a assistência social. Seu financiamento é tripartite (União, Estado e Município), conforme previsto pela Emenda Constitucional n.º 29 de 2000, regulamentada pela Lei Complementar n.º 141/12, que preconiza a contrapartida de cada ente federado, através de percentuais específicos.

Segundo a Lei Complementar n.º 141/12, esses percentuais seriam assim distribuídos: 15% (ano) da arrecadação dos impostos em ações e serviços públicos de saúde, pelos Municípios (Art.7.º, LC 141/12); 12% (ano) da arrecadação dos impostos em ações e serviços públicos de saúde, pelos Estados e Distrito Federal (Art. 6.º, LC 141/12); e à União corresponderia o percentual a partir do valor empenhado no exercício financeiro anterior, acrescido do percentual relativo à variação do Produto Interno Bruto (PIB) do ano antecedente da Lei Orçamentária Anual (Art. 5.º LC 141/12).

A implantação dessa Lei Complementar resultou na redução da participação do governo federal, assim como na impulsão da municipalização da saúde, determinando uma carga orçamentária maior para os Municípios, enquanto a União é o maior arrecadador de recursos. Segundo o IBGE³, o Produto Interno Bruto/PIB do Brasil, em 2015, caiu 3,5%, em decorrência dos resultados dos setores de produção de serviços e indústria, registrando um

³ PIB cai 3,5% em 2015 e registra R\$ 6 Trilhões. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/2013-agencia-de-noticias/releases/17902-pib-cai-3-5-em-2015-e-registra-r-6-trilhoes.html>> (Acesso em 14 junho 2018).

valor de R\$ 6 trilhões (PIB *per capita*: R\$ 29.347). Em 2017, informa o site do IBGE⁴, o Produto Interno Bruto/PIB do Brasil avançou 1,0%, em relação ao ano de 2016 e fechou o ano em R\$ 6,6 trilhões.

Nesse contexto, a Bahia teve um PIB, em 2015, segundo a Superintendência de Estudos Econômicos e Sociais da Bahia/SEI⁵, de R\$ 245 bilhões (duzentos e quarenta e cinco bilhões de reais), sendo o PIB *per capita* de R\$ 16.115,45 (dezesesseis mil, cento e quinze reais e quarenta e cinco centavos). Alcançou, em 2017, um PIB de 258 bilhões (duzentos e cinquenta e oito bilhões de reais), o que representou um crescimento de 0,4%, em relação ao ano de 2016. O Município de Salvador/BA apresentou, em 2015, um PIB de R\$ 57,9 bilhões (cinquenta e sete bilhões e novecentos mil reais) e o PIB *per capita* de R\$ 19.812,07 (dezenove mil, oitocentos e doze reais e sete centavos). Conforme demonstrado nos valores do PIB bruto e *per capita*, segundo dados divulgados nos *sites* da SEI e do IBGE, a União apresenta mais capacidade financeira para financiar o Sistema Único de Saúde do que um Município, ao exemplo de Novo Triunfo, município baiano com um PIB *per capita* de R\$ 3.369,79 (três mil, trezentos e sessenta e nove reais e setenta e nove centavos). Ao considerarmos o PIB *per capita* do Município de Salvador e do Estado da Bahia, constata-se mais capital disponível no âmbito do Município de Salvador/BA.

Nos últimos dez anos, o investimento em Saúde Pública tem se mantido em valores que variam entre 3,5% e 4,2% do PIB (soma das riquezas produzidas pelo país). Um montante muito pequeno em comparação com outros gastos do poder público, como o pagamento dos juros da dívida (em torno de 4,9% do PIB), e muito aquém das demandas sociais na área.

Mas o problema do financiamento da Saúde Pública não se resume ao pequeno valor destinado às ações que lhe são próprias, como prevenção, atenção básica, além dos procedimentos de média e alta complexidade. Há também uma outra grave distorção: a forma como se distribui este financiamento entre os entes políticos.

Nesta distribuição, os municípios encontram-se sobrecarregados pela maior parcela dos gastos com a Saúde, e, por outro lado, pela menor parcela da arrecadação nacional, com uma profunda dependência de transferências de estados e da União (PORTELLA, 2018, p. 1).⁶

⁴ PIB avança 1,0% em 2017 e fecha ano em R\$ 6,6 Trilhões. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2013-agencia-de-noticias/releases/20166-pib-avanca-1-0-em-2017-e-fecha-ano-em-r-6-6-trilhoes.html>> (Acesso em 14 junho de 2018).

⁵ Atividade econômica baiana atinge R\$ 245 Bilhões em 2015. Disponível em: <http://www.sei.ba.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=565&Itemid=301> (Acesso em 15 junho 2018).

⁶ PORTELLA, André. “A Saúde dos Municípios: uma conta que não fecha.” Disponível em: <<http://atarde.uol.com.br/opiniao/noticias/1751022-a-saude-nos-municipios-uma-conta-que-nao-fecha-premium>> (Acesso em 18 julho 2018).

Aduz Portella (2018, p. 1) que, “nos últimos dez anos, o investimento em Saúde Pública tem se mantido em valores que variam entre 3,5% e 4,2% do PIB (soma das riquezas produzidas pelo País) ”, ressaltando ser este um valor irrisório em relação às necessidades sociais na área da saúde pública e em comparação com os gastos do poder público, como por exemplo, no que se refere ao pagamento dos juros da dívida pública, que representam algo em torno de 4,9% do PIB. Informa, ainda, que o problema não se resume ao valor do financiamento da saúde pública, mas se estende com relação à distribuição do financiamento entre os entes políticos.

Ainda segundo Portella (2018, p. 2), nessa má distribuição de recursos, os municípios estão sobrecarregados, tendo que arcar com a maior parcela dos gastos com saúde pública, ainda que possuam a menor parcela de arrecadação nacional e uma forte dependência dos repasses do Estado e União. Exemplifica Portella (2018, p. 3) que, “em 2014, nada menos que 73,63% de todos os recursos destinados à área da saúde, no Brasil, foram aplicados pelos entes municipais”.

Tais dados induzem a duas conclusões de extrema importância. Em primeiro lugar, ainda que os municípios apliquem, em ações de Saúde, o equivalente a 15% da sua receita corrente líquida – percentual exigido pela LC 141/2012 –, este montante estará muito aquém de suprir as demandas na área.

Isso ocorre porque a receita dos entes locais é, na sua grande maioria, tão pequena que resulta em um montante insuficiente à efetividade do atendimento da rede de saúde municipal. [...]

Em segundo lugar, chegamos a uma conclusão óbvia: toda a estrutura de financiamento público brasileiro tem de ser repensada. Os municípios não podem ser somente repartições administrativas submetidas a um regime de concentração da arrecadação da riqueza nacional em favor da União (PORTELLA, 2018, p. 3).

Assim, Portella (2018, p. 3) entende que é “necessário descentralizar o poder arrecadatório, trazendo os municípios à condição de atores da vida política nacional com uma efetiva autonomia política-administrativa”, pois compreende um Estado efetivamente federativo e capaz de atender às necessidades da sociedade. Por outro lado, pode-se inferir que o modelo de descentralização e federalismo do sistema único de saúde, também, é questionável, quando se refere à capacidade de financiamento e de gestão local.

É necessário acentuar o envolvimento da União no financiamento de ações visando ao desenvolvimento social, a exemplo das ações com saúde pública. Essa participação há de ser ampliada, seja em termos relativos, seja em termos absolutos, seja ainda na sua metodologia. O montante dos recursos federais destinados ao financiamento da Saúde deve estar diretamente relacionado à arrecadação da União. A adoção de um valor histórico, com correções anuais baseadas na evolução do PIB, afasta a União do compromisso com esta importante área social, e causa sucessivas e

profundas defasagens sobre os valores anuais a serem destinados à Saúde Pública (PORTELLA, 2016, p. 673).

Salientam Portella & Jesus (2018, p. 835) que a efetivação dos direitos sociais tem relação direta com a disponibilidade de recursos financeiros, além das políticas públicas efetivas. Para tanto, apontam um desequilíbrio na distribuição de receitas e na atribuição de competências administrativas, para o financiamento dos direitos sociais, colocando os municípios em situação vulnerável na manutenção da saúde pública.

É necessário reestruturar os contornos da distribuição da arrecadação tributária, com vistas à promoção de um Estado efetivamente federal, no qual os seus entes componentes tenham condição de gerir as demandas públicas, com vistas a assegurar a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição. É necessária a promoção de alterações legislativas que permitam a implementação de um sistema federativo colaborativo, e não um sistema onde o quadro geral é sempre de dependência entre entes políticos. A partir daí então, poderá se vislumbrar uma prestação de saúde mais eficiente e justa, levando para a toda a população um serviço de qualidade, resultado de esforços dos poderes públicos locais, e subsidiariamente do governo central (PORTELLA & JESUS, 2018, p. 859).

Conforme determina a Constituição Federal, o financiamento do SUS, pelas esferas governamentais, será feito por meio de transferências “fundo-a-fundo”, ou seja, um modo de dependência financeira, através do Fundo Nacional de Saúde/FNS para o Fundo Estadual de Saúde/FES e para o Fundo Municipal de Saúde/FMS, conforme a legislação vigente. Segundo o Sistema de Informação sobre Orçamento Público em Saúde/SIOPS do Departamento de Informática do SUS/DATASUS, a União repassou para o Fundo Estadual de Saúde, no sexto bimestre de 2017, cerca de R\$ 1,4 bilhões, enquanto a despesa total do Estado da Bahia com ações e serviços públicos de saúde foi de R\$ 5,2 bilhões.

No sexto bimestre de 2017, em consonância ao Sistema de Informação sobre Orçamento Público em Saúde/SIOPS do Departamento de Informática do SUS/DATASUS, a União teve uma despesa corrente com a saúde de R\$ 111.595.880.298,53 (cento e onze bilhões, quinhentos e noventa e cinco milhões, oitocentos e oitenta mil, duzentos e noventa e oito reais e cinquenta e três centavos). Em relação ao Estado da Bahia, no sexto bimestre de 2017, a despesa corrente com a saúde foi de R\$ 5.040.054.343,89 (cinco bilhões, quarenta milhões, cinquenta e quatro mil, trezentos e quarenta e três reais e oitenta e nove centavos). Essas despesas foram feitas com as ações e serviços públicos de saúde, incluindo aquelas que foram planejadas e judicializadas.

A legislação infraconstitucional prevê normas de financiamento e critérios de repasses dos recursos, dentre eles planos estratégicos de ação, fundamentados nas políticas

públicas de saúde e, principalmente, no perfil epidemiológico, demográfico, econômico, objetivando reduzir as iniquidades micro e macrorregionais. Além disso, o Art. 32 da lei Orgânica do SUS, Lei 8.080/90, prevê outras formas de receitas para o SUS, tais como alienações patrimoniais, taxas, multas e emolumentos, dentre outras.

Assim, o financiamento de custeio com recursos federais será constituído, organizado e transferido em blocos de recursos, que ficam restritos a cada bloco, atendendo às especificidades previstas nos mesmos, conforme regulamentação específica.

Dentre os blocos de financiamento, têm-se o Piso da Atenção Básica Fixo (PAB fixo) e Piso da Atenção Básica Variável (PAB variável); Atenção de Média e Alta Complexidade; Vigilância em Saúde (vigilância epidemiológica, ambiental e sanitária); Assistência Farmacêutica (básico da assistência farmacêutica, estratégico da assistência farmacêutica e medicamentos de dispensação excepcional) e o bloco da Gestão do SUS com os componentes de qualificação da gestão do SUS, implantação de ações e serviços de saúde.

Demonstra o SIOPS/DATASUS⁷ que o Estado da Bahia, no ano-base de 2017, apresentou uma despesa total com a saúde, sob sua responsabilidade de R\$ 350,92 (trezentos e cinquenta reais e noventa e dois centavos), por habitantes, ressalta-se que a população do Estado da Bahia, em 2017, foi de 15.344.447 habitantes. Enquanto, a participação da despesa com medicamentos, em relação a despesa total com a saúde foi de 2,11%.

Segundo a Portaria GM/MS n.º 2.001 de 3 de agosto de 2007, que altera a Portaria GM/MS n.º 1.555 de 30 de julho de 2013, que dispõe sobre as normas de financiamento e execução do Componente Básico da Assistência Farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde/SUS, a União repassará o valor de R\$ 5,58 (cinco reais e cinquenta e oito centavos) por habitante/ano, para financiar a aquisição dos medicamentos e insumos do Componente Básico da assistência Farmacêutica.

Quanto ao Componente Especializado da Assistência Farmacêutica no âmbito do Sistema Único de Saúde/SUS, ele é regulado pela Portaria GM/MS n.º 1554 de 30 de julho de 2013, que determina, dentre outras ações, a forma de financiamento das medicações do componente especial, conforme grupo ao qual as medicações estão alocadas. Os medicamentos são divididos em três grupos, que determinam as características de organização, financiamento e responsabilidade, a exemplo dos medicamentos do Grupo 1, que são aqueles cujo financiamento é de responsabilidade exclusiva da União, com grande impacto financeiro sobre as políticas de saúde; os medicamentos do Grupo 2 são de

⁷ <http://siops.datasus.gov.br/consdetalhereenvio2uf.php>

responsabilidade e financiadas pelas Secretarias de Saúde do Estado e Distrito Federal, enquanto os medicamentos pertencentes ao Grupo 3 são de responsabilidade tripartite, reguladas pela Portaria GM/MS n.º 1555 de 30 de julho de 2013, que corresponde às medicações da Atenção Básica.

Conforme aduz Iunes (2016), a demanda por serviços de saúde é irregular, imprevisível e ocorre em uma circunstância anormal, a doença, o que pode comprometer a racionalidade da decisão do consumidor. Portanto, mesmo com o sistema de financiamento e de incentivos para custear as políticas de saúde, que foram planejadas a partir de critérios epidemiológicos, demográficos e socioeconômicos, poderá ocorrer escassez de recursos, devido às incertezas e imprevisões do binômio saúde/doença, gerando falhas no equilíbrio orçamentário do setor.

Além da judicialização das Políticas Sociais e do ativismo judicial surgem, com a influência das concepções neoliberais e dos interesses políticos, as Emendas Constitucionais (EC) n.º 93/15 (Desvinculação da Receita da União/DRU) e n.º 95/16 (PEC 241/55), que trazem o controle dos gastos públicos nas áreas sociais. A DRU desvincula os recursos públicos, permitindo, até 2023, o uso livre de 30% de tributos vinculados às áreas sociais com despesas que o Executivo acredita ser de prioridade para aquele governo, por exemplo, na formação de superávit primário ou juros da dívida pública, enquanto a EC n.º 95/16 congela, por 20 anos, os investimentos nas garantias sociais, estabelecendo um teto máximo para os gastos públicos, nessas áreas de atuação.

Segundo o Projeto de Lei Orçamentária Anual/PLOA de 2018⁸, o Produto Interno Bruto/PIB considerado foi de R\$ 7.165,3 bilhões (sete bilhões, cento e sessenta e cinco milhões e trezentos mil reais), enquanto o impacto da DRU na seguridade social está previsto para ser de R\$ 117,5 bilhões (cento e dezessete bilhões e quinhentos milhões de reais), desvinculados da receita de R\$ 391,8 bilhões (trezentos e noventa e um bilhões e oitocentos milhões de reais) das contribuições sociais. Segundo o demonstrativo da Câmara de Deputados Federal, a despesa com a Seguridade Social seria de R\$ 1.005,1 bilhões (um bilhão, cinco milhões e mil reais) para uma receita de R\$ 723,6 bilhões (setecentos e vinte e três bilhões e seiscentos milhões de reais), sendo necessário um financiamento pelo orçamento fiscal de R\$ 281,5 bilhões. Com a previsão da DRU de R\$ 117,5 bilhões, o

⁸ Câmara dos Deputados: consultoria de orçamento e fiscalização financeira. Raio X do PLOA 2018 (Autógrafo). Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/estudos/2017/raio-x-autografo-ploa-18>> (Acesso em 07 Julho 2018).

financiamento líquido será de, apenas, R\$ 164 bilhões (cento e sessenta e quatro bilhões de reais), portanto, muito abaixo do necessário (R\$ 281 bilhões).

Junta-se a essas Emendas Constitucionais (EC 93/15 e EC 96/16) a criação do fundo partidário, que será mais um a deslocar recursos da área social, principalmente da saúde, para financiar campanhas eleitorais. As incessantes investidas neoliberais em reduzir o máximo de benefícios sociais e, conseqüentemente, em reduzir recursos públicos para as áreas sociais podem criar impactos negativos para uma área que já é tão deficitária.

A partir de janeiro de 2018, o governo federal ampara-se na publicação da Portaria Federal n. ° 3.992 de 28 de dezembro de 2017, que trata de nova forma de financiamento e da transferência dos recursos federais para custear as ações e serviços do SUS. Antes, sob a égide da Portaria n. ° 204/2007 e, posteriormente, da Portaria de Consolidação GM/MS n. ° 06 de 28/09/2017, os repasses dos cinco blocos de custeio (atenção básica, média e alta complexidade ambulatorial e hospitalar, assistência farmacêutica, vigilância em saúde e gestão do SUS), exceto o bloco de investimento, possuíam uma conta corrente vinculada a cada bloco ou projeto.

Entretanto, com a nova Portaria, os recursos financeiros para custeio e investimento serão transferidos para duas contas distintas, e os cinco blocos de custeio terão uma única conta corrente vinculada e outra para investimento. Com isso, o governo visa a fortalecer os instrumentos de planejamento e orçamento, flexibilizando o fluxo financeiro e facilitando ao gestor gerenciar e aplicar os recursos.

Com a Portaria Federal n. ° 3.992/2017, permanece a mesma forma de vinculação orçamentária e elaboração das políticas públicas, conforme determinam o Art. 165 da Constituição Federal de 1988, a Lei Federal n. ° 4.320/64 e a Lei Complementar n. ° 101/2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, mantendo-se ainda o controle pela Lei da Transparência Fiscal (Lei Federal n. ° 12.741/2012).

Portanto, os princípios neoconstitucionalistas passam a ser substituídos pelas concepções neoliberais. As conquistas das longas lutas sociais, que mobilizaram toda a sociedade e foram justamente concedidas após anos de repressão, injustiças e degradação do social, são esquecidas e atacadas pelos interesses neoliberais. Os princípios sociodemocráticos se rendem ao capital e ao neoliberalismo.

O resultado desse quadro é o Estado mínimo social e mercadológico. As lutas sociais e a força constituinte de 1987 são banalizadas na falácia do neoliberalismo, a partir das justificativas das reformas propostas. Trata-se de uma questão política barrar a expansão

dessas concepções reducionistas, a fim de que se contemplem as lutas e a valorização do social, com medidas de desenvolvimento sustentável, em que prevaleçam a justiça e a democracia do Bem-Estar Social. Caso contrário, a descida será feita por uma grande escada nebulosa, escura e sem destino. Perante essas medidas reducionistas do social, há uma defesa da autofagia e da austeridade sistêmica.

Outrossim, a economia da saúde oferece conceitos e ferramentas que possibilitam entender a complexidade do mercado da saúde e estabelecer critérios para melhor utilização dos recursos, atendimento da maior população possível, dentro das limitações existentes. Segundo Loureiro *et al.* (2013), o segmento da saúde possui falhas de mercado, devido às imperfeições nas informações completas sobre os agentes econômicos, aos elevados custos de transação, à existência dos oligopólios, dentre outros fatores.

Em consonância com essa realidade, vários estudos das peculiaridades do setor são realizados à luz das teorias de diversos saberes, tais como econômicos, sociais, epidemiológicos e da saúde, objetivando estabelecer condições ideais para a utilização dos recursos escassos e para a plena garantia do direito fundamental à saúde.

2.3. A intersetorialidade dos saberes na gestão do Sistema Único de Saúde/SUS

A proteção social, para Yasbek (2014, p. 80), pode ser definida como um conjunto de iniciativas ou ações públicas ou estatais, reguladas para a provisão de serviços e benefícios, visando ao enfrentamento dos riscos ou privações. Essa proteção terá como intervencionista o Estado, que agirá na regulação e na ampliação dessa assistência. Por outro lado, o capital surgirá como elemento limitador da capacidade estatal de proteção social.

Nesse diapasão, recomenda Bellini (2017, p. 3) que a verificação e o controle da execução dessas políticas, pela participação popular, é fundamental para a avaliação de efetividade do processo. Essa concepção de controle democrático foi assegurada pela Constituição Federal de 1988, em diversos artigos como, por exemplo, no Inciso III do Art. 196 e no inciso II do Art. 204.

Aduz Pereira (2014, p. 84-85) que, no Brasil, historicamente, partiu-se da colonização e da escravidão, sem qualquer tipo de proteção social, passando para o processo de industrialização, com a incorporação de sutis ações de proteção, mas voltado ao trabalhador e excluindo os vulneráveis, ou seja, aqueles que estavam fora do mercado

produtor. Infere, ainda, que é a partir dos anos de 1930 que a questão social se instala no pensamento dominante e surgem órgãos responsáveis pelas políticas sociais, a fim de proteger a classe operária, mas com um viés mercadológico.

O acesso aos bens e serviços se caracteriza, dentro desta evolução histórica, como heterogênea, desigual, fragmentada e capitalista. Quanto ao papel do Estado, esse buscava diminuir as desigualdades e garantir alguns direitos, embora tolhido pelo capital e longe de ser um Estado democrático de bem-estar para todos.

Em síntese, o Estado brasileiro, desenvolvendo acordos de interesse do capital e dos trabalhadores nos mais diversos setores da vida nacional, opta pela via do seguro Social. O sistema de proteção nesse período é seletivo e distante de um padrão universal (YASBEK, 2014, p. 86).

Para os vulneráveis, fora do mercado produtor, resta a filantropia e a caridade, enquanto para os operários cabe o seguro social. A partir dos anos de 1970, surgem os movimentos de diversos segmentos da sociedade civil, na luta pela democratização das políticas sociais e pela retomada do Estado Democrático de Direito. Então, com a Assembleia Nacional Constituinte, inicia-se uma nova era, ampliando a intervenção estatal e de proteção, viabilizando políticas que atendam à coletividade, sem distinção capitalista, e garantindo a cidadania.

Para Yasbek (2014, p. 100), apesar dos avanços protetivos, o Brasil tem uma história longa marcada pelo clientelismo, patrimonialismo, individualismo e assistencialismo, com pouca efetividade das políticas sociais e garantias dos direitos sociais. Dessa forma, a autora sugere a universalidade, a transparência, a prevalência dos interesses públicos e o critério de igualdade para essa proteção.

Ao longo dos anos 80, conforme ratifica Arrethe (2014, p. 114), inicia-se a recuperação dos estados federativos e a democratização, consolidada com a Constituição Cidadã, que preserva a soberania da União e delega poder aos governos locais, para gerir as políticas públicas, por adesão. A Carta Magna prevê, ainda, a participação do cidadão nas decisões e no controle do poder.

Arrethe (2017, p. 111) acrescenta ainda que, até os anos 90, a gestão das políticas sociais estava centralizada no governo federal, dando ensejo a uma grande variação no alcance do território brasileiro. E os Estados federativos, caracterizados por expressivas desigualdades estruturais de natureza econômica, social, política e de capacidade

administrativa, bem como com limitada capacidade fiscal e gerencial, assim absorviam a descentralização como forma de gestão das políticas sociais.

A descentralização das políticas sociais não é simplesmente um subproduto da descentralização fiscal, nem das novas disposições constitucionais derivadas da Carta de 1988. Ao contrário, ela ocorreu nas políticas e nos estados em que a ação política deliberada operou de modo eficiente (ARRETHER, 2017, p. 112).

Leciona Arrethe (2014, p. 113-114) que, no regime militar, a autonomia política dos Estados e municípios foi retirada, e o poder passou a ser unitário e central. A reforma fiscal, em meados dos anos 60, concentrou os principais tributos nas mãos do governo federal, embora tenham aumentado os aportes da receita para os municípios, que estavam sujeitos ao controle e aos limites impostos pelo poder central.

A descentralização da gestão foi uma manobra de poder, às custas do capital, que passou a ser um elemento de barganha federativa. A partir de então, cada nível de governo procurou transferir para outro os custos com as políticas públicas e a reservar para si os acúmulos de benefícios, como bem infere Arrethe (2017, p. 114). Perante a extensão territorial, o tamanho populacional, os problemas sociais e, ainda, as demandas do capital, a gestão das políticas sociais tornou-se cara e pouco efetiva, dada a incapacidade do Estado como unidade política e financeira.

Assevera Arrethe (2017, p. 115) que tais “custos serão tanto maiores quanto mais elevados forem os recursos exigidos pela engenharia operacional de uma dada política”, requerendo dos governos federados conhecimento intersetorial, para avaliar o impacto social *versus* a relação custo-benefício de cada política social ou programa.

O conceito de “programa” está relacionado a uma possível área de atuação do Estado, no interior de uma dada área de política social, mesmo que esta atuação não tenha ocorrido, ou mesmo que este “programa” cuja trajetória foi objeto de observação seja um componente de um programa governamental de dimensões mais abrangentes. Neste caso, cada “programa” refere-se e a uma dimensão observável da área de política social em questão, dimensão esta que deveria ser simultaneamente o mais representativo possível do processo de descentralização em curso e mensurável por indicadores de cobertura ou capacitação institucional (ARRETHER, 2017, p. 118).

Cada programa a ser implementado deverá conter um planejamento estratégico, fundamentado nos indicadores sociais, população-alvo, efetividade, bem como o impacto econômico-financeiro que será gerado em sua aplicação. Mister se faz o aperfeiçoamento das capacidades administrativas e de gestão dos diversos níveis de governo, assim como a reserva

de recursos para manter este modelo nacional de prestação de serviços sociais que, perante a gravidade dos problemas sociais e a coação do mercado produtor, moderno e tecnológico, vem encarecendo as políticas sociais.

Dessa forma, a descentralização fiscal concentrou a renda na administração local, ao determinar, constitucionalmente, a arrecadação de alguns tributos e repasses financeiros, mas não é ainda suficiente para garantir a efetivação das políticas sociais. No tocante à necessidade de garantir as políticas públicas e minimizar os problemas sociais, cada nível governamental deveria esquadrihar conhecimentos de áreas diversas, a fim de ampliar a efetividade ao menor custo possível.

Portanto, assevera Monnerat (2014, p. 2) que a intersectorialidade se constituirá em uma excelente estratégia de gestão, visando ao enfrentamento dos problemas sociais, que são complexos e amplos, através da interface entre políticas, setores, instituições governamentais e não governamentais, governos locais, diversas áreas do conhecimento, universidades e sociedade.

Pereira (2017, p. 23) afirma que o termo intersectorialidade é “dotado de vários significados e possibilidades de aplicação e vem despertando crescente interesse intelectual e político”. Para a autora, trata-se de um princípio, paradigma ou “uma nova lógica de gestão, que transcende um único setor da política social”. Seria, portanto, uma estratégia eficaz para atender às necessidades e demandas da população, por agir no compartilhamento de soluções, por uma relação recíproca, uma vez que é melhor unir as forças do que separá-las.

Esse paradigma leva à otimização de saberes, forças, recursos e competências, em prol de um único objetivo, em uma perspectiva dialética. Assim, para Pereira (2017, p. 37), a intersectorialidade das políticas é a representação objetiva da unidade de decisões e ações, através de um processo eminentemente vivo, conflituoso e de poder.

Diante da diversidade de problemas estruturais e sistêmicos a serem solucionados e com a realidade de recursos cada vez mais parcos, o Estado não consegue, por si, garantir as políticas sociais, a fim de promover o desenvolvimento e a cidadania. Portanto, tem-se a necessidade de redesenhar a descentralização do poder pela intersectorialidade, mantendo a autonomia, mas pactuando ações e compartilhando recursos e saberes, a exemplo dos consórcios municipais, o uso da economia da saúde e dos ramos do Direito na consolidação das ações sociais. Monnerat (2014, p. 11) defende que “os problemas sociais por sua magnitude e complexidade estão a requerer cada vez mais integração, cooperação e uma vasta teia de interconexões entre as políticas públicas”.

Com efeito, a implantação e a longevidade dos projetos intersetoriais exige negociação política permanente, já que estão em jogo reformas afetas à cultura organizacional da administração pública, que mexem com poderosas relações de poder sedimentadas no interior do aparelho de Estado. Como forma de se contrapor a estas “velhas práticas”, o planejamento das intervenções intersetoriais exige também a capacidade de construção de indicadores intersetoriais de monitoramento e avaliação, tendo em vista o necessário acompanhamento e alcance de metas em face dos problemas identificados (MONNERAT, 2014, p. 11).

Portanto, a intersetorialidade avança as fronteiras do conhecimento, de outras políticas, das estruturas do poder e da administração pública, requerendo uma participação coletiva na consolidação das políticas, a fim de efetivá-las, ainda que com pequenos recursos e em meio a uma estrutura sistêmica caótica. Ocorre, assim, uma interação de capacidades e problemas, transpondo barreiras, contradições, resistências e incertezas.

Assevera Bellini (2017, p. 9) que “as políticas públicas são cingidas por pactos e decisões governamentais, que incidem da participação de representantes de diversos setores e segmentos da sociedade”. Para a autora, trata-se do pressuposto de um “sistema democrático participativo, ora de luta e resistência ou unidimensional”. As ações deixam de ser isoladas e independentes, para serem disseminadas e interdependentes, em um combate constante dos interesses do poder do capital, em favor do bem-estar de toda sociedade.

Desta forma, a intersetorialidade dos saberes contribuirá com a gestão do SUS, intercambiando conhecimentos e experiências para que gerir um complexo sistema de saúde e garantir o acesso ao direito à saúde de forma equânime, integral e universal. Assim, será possível evitar a judicialização das políticas sociais, além de otimizar recursos e tempo.

3. A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA SOCIAL

O ativismo judicial, explica Barroso (2017, p. 6), “é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não, um exercício deliberado de vontade política” do julgador. O ativismo judicial é, para o autor, portanto, “uma atitude, um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance” (idem).

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2017, p. 6).

Dessa maneira, a diferença entre a judicialização e ativismo reside na forma de atuação do Judiciário, que decide em face de sua função e essência, à luz da norma constitucional e nos limites desta. E age, ainda, quando há lacunas no ordenamento jurídico, ao decidir ou interpretar a norma em detrimento do caso concreto, fundamenta a decisão com os princípios e o direito, para que a justiça prevaleça.

Doutra parte, o ativismo ultrapassa os limites constitucionais, ao julgar o fato, quando há ausência do Estado na garantia dos direitos, dando espaço a uma interferência significativa nos demais poderes, sem que haja observância do previsto no texto Constitucional. O ativismo seria, assim, uma nova forma de poder constituinte em ação, segundo Barroso (2017, p. 6-7).

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade (BARROSO, 2017, p. 3).

Para Cunha Júnior (2010, p. 2), decerto isso é uma “postura ativista do Poder Judiciário”, ao conceder um direito social violado, já que “só foi possível e factível a judicialização da política com a politização da justiça e a redefinição do papel do Juiz na sociedade contemporânea”. Antes, o juiz restringia sua decisão ao texto de lei, sem a valoração dos princípios e regras, principalmente, dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana.

Ainda segundo Cunha Júnior (2007, p. 97), não é aceitável que os direitos fundamentais se transformem, pela omissão do poder público, numa “mera retórica política ou pura proclamação demagógica”.

A judicialização decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações

judiciais. Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte (BARROSO, 2017, p. 17).

No que se refere à judicialização das políticas sociais, trata-se da busca da tutela constitucional dos direitos sociais, previstos no Capítulo II do Título II e VIII da Carta Magna, que afirmam serem direitos fundamentais com força normativa, objetiva e vinculante. O direito à saúde compreende um direito social relativo à seguridade, que está, inicialmente, previsto no Art. 6.º como direito fundamental do homem e no Artigo 195 e seguintes do texto Constitucional.

A judicialização, no estudo de Chieffi (2013), é compreendida “como a garantia de acesso a bens e serviços por intermédio dos recursos e das ações judiciais”. O cidadão desassistido pelo Estado busca, através do Judiciário, o acesso aos serviços de saúde ou o fornecimento de medicamentos, órteses ou próteses não selecionadas no elenco do SUS.

Contudo, em face do direito à vida e do mínimo existencial garantido na Constituição Federal, a justiça tem se decidido por obrigar o setor público a garantir este direito fundamental constitucionalizado, o que se vem consolidando em vários entendimentos do Supremo Tribunal Federal, no que tange à responsabilidade solidária entre os entes federados.

A judicialização das políticas públicas de saúde como garantia do direito social e fortalecimento da cidadania surge perante a ineficiência estatal em promover acesso aos serviços de saúde, tais como fornecimento de medicações, órteses e próteses e regulação dos pedidos para realização de exames, cirurgias e internamentos. Entretanto, as decisões judiciais precisam ser fundamentadas, não apenas, no princípio da dignidade da pessoa humana e no direito, mas respaldadas em outros saberes e na ciência, pois se acredita que, assim, manterão o equilíbrio entre otimizar a capacidade estatal e a necessidade do indivíduo na promoção da vida.

Aduz Carvalho (2015, p. 125) que “sendo saúde direitos fundamentais, o exercício da cidadania resta comprometido, enquanto ele não for garantido universalmente e à luz dos princípios do SUS, em especial e da isonomia e o da integridade”. Afirmar ainda que, perante o princípio da inafastabilidade da jurisdição, inúmeras sentenças obrigam a prestação positiva estatal, em casos individuais e não coletivos.

Ocorre que esse tratamento dado ao direito à saúde, como se fora direito individual, não condiz com a sua própria natureza. Faltam ao juiz conhecimentos técnicos diversos para tomar uma decisão sobre quaisquer prestações a serem ofertadas pelo SUS, ou pelo menos de forma socialmente responsável. Isso porque ao determinar que, em um caso individual, o Estado forneça determinado tratamento, está

interferindo na organização e logística gerais do SUS, no orçamento previamente alocado para a saúde (proposto pelo Executivo e aprovado pelo Legislativo – ambos poderes cujos representantes são eleitos, gozando de uma legitimidade democrática que os juízes não possuem) e na ordem de atendimento dos cidadãos que já aguardem atendimento em fila (mesmo sendo eles iguais entre si, conforme a própria Constituição). Além disso, dados comprovam que o mero aumento de investimentos nas políticas de cuidado direto à saúde não gera uma melhoria relevante nas condições gerais de saúde da população. Dessa forma, parece irresponsável que o Estado destine a maior parte de seus recursos ao cuidado quando, em verdade, o que mais impacta positivamente na saúde individual é o desenvolvimento econômico do país como um todo (CARVALHO, 2015, p. 9).

Afirma Carvalho (2015, p. 14-17) que somente uma parcela reduzida da população toma a iniciativa, pela oportunidade de acesso à justiça, de requerer a tutela judicial a garantia do direito à saúde, passando à frente de alguém que estaria na fila do atendimento das políticas públicas, uma vez que teve a prioridade do poder Judiciário. A autora defende o processo coletivo da prestação positiva do Estado dos direitos sociais, considera a ineficiência das políticas públicas em promover a satisfação deste direito prestacional e as lacunas Legislativa e Executiva, favorecendo a atuação intensa do Poder Judiciário, o qual ofende os princípios do SUS, a isonomia e a integralidade, intensificando o mecanismo das desigualdades sociais.

Assim, Carvalho (2015, p. 125-127), em seus estudos sobre a judicialização das políticas públicas de saúde, em que analisa o fenômeno à luz da interlocução entre os princípios da integridade e da isonomia, aborda a judicialização das políticas públicas de saúde e seus efeitos, em face do direito social à saúde. Recorre à deontologia, segundo a qual as respostas do judiciário encontram-se nas leis, de forma que o juiz é obrigado a decidir. Comunga, ainda, dos pressupostos da teoria política, que exigem uma maior atuação do Poder Judiciário nos Estados Neoconstitucionalistas, além de abordar a teoria crítica, que questiona a capacidade institucional do Judiciário em enfrentar os direitos sociais, em face da incapacidade de utilizar seus próprios instrumentos para resolver as querelas envolvendo os direitos fundamentais. Por fim, questiona a efetivação dos direitos fundamentais, a redução das desigualdades socioeconômicas e exercício da cidadania plena para todos os indivíduos. E entende que, através da reserva do possível, o estado reconhece o direito do cidadão, mas afirma não possuir recursos disponíveis para atendê-lo.

Carvalho (2015, p. 127-128) afirma que o “SUS deve atender aos seus princípios da isonomia e integralidade de maneira sistemática, organizada, hierarquizada”. Ao atender demandas pontuais e individuais, promove privilégios e causa uma ruptura dos princípios desse sistema e do alicerce das políticas públicas de saúde. Enquanto isso, sobre os juízes, por

pertencerem a uma classe socioeconômica superior, declara que “não conseguem enxergar além de si mesmos, de seu conforto, de sua falsa sensação de *entitlement*, de um distanciamento verdadeiramente cruel da realidade vivida pela grande maioria dos cidadãos brasileiros”. Ressalta, também, a escassez dos recursos para a saúde e a importância de serem distribuídos de forma isonômica e integralizada, pois, ao se privilegiarem os casos judicializados, o Estado deixará de promover a prevenção e tratamentos com qualidade para todos, o que só fará aprofundar as iniquidades sociais.

Carvalho (2015, 128-130) defende em seus estudos que, apesar de o Estado de Bem-Estar Social defender o direito para todos, de forma integral e de maneira distributiva, os Estados Nacionais Capitalistas não podem realizar completamente seu papel de promover a justiça social pelas garantias e efetivação dos direitos e da cidadania, sem promover o crescimento econômico do Estado. Mas reconhece que a plena justiça ocorrerá, conforme previsto na Constituição Federal, quando houver “uma reforma institucional que viabilize a efetivação de todos os direitos fundamentais”.

Dentro desse modelo proposto, conclui-se que uma política social que vise aproximar a realidade da previsão (utópica, e, portanto, potencialmente transformadora, construtora e em construção) do ideal de saúde da OMS e da Constituição de 1988 deve conjugar algumas características. Tem que buscar ser preventiva, e não meramente curativa, em uma perspectiva cidadã, social e comunitária de determinantes sociais e de promoção da saúde, indo à raiz dos problemas. Buscar também ser redistributiva de renda e de poder, e não somente distributiva. Buscar ser emancipatória, proporcionando às pessoas autonomias política e econômica. E, por fim, buscar a equidade das oportunidades, incentivadora de projetos próprios de desenvolvimento em cada cidadão e comunidade (CARVALHO, 2015, p.131).

Desta forma, entende Carvalho (2015, p. 130) que “o ‘critério de ótimo’ de Pareto assume conotação ética ao afirmar que, se uma determinada distribuição de recursos ou direitos pode melhorar a situação de todos, ela é necessariamente superior a outras”. Este pensamento da autora coaduna com o entendimento da Economia da Saúde, que recomenda o uso adequado dos recursos escassos para o maior número de indivíduos. Na presente análise, busca-se o equilíbrio do meio-termo aristotélico, que visa a promover a saúde de forma efetivamente eficiente, conforme garantido pelas normas, de maneira integralizada, isonômica, equânime e integral, capaz e manter o equilíbrio dos recursos públicos escassos.

Citado por Testa (1992), Matus constrói uma proposta de planejamento estratégico situacional para alargar o alcance das políticas de saúde. Nessa chave, defende que o “lugar social onde está situado o ator e a ação é tudo aquilo que é relevante ao ator para

definir ações efetivas, capazes de alcançar os objetivos, a partir dos recursos e materiais disponíveis, assim o chamando de estratégias situacionais”. Na ausência de planejamento estratégico das ações de saúde, criam-se entraves na viabilização das políticas de saúde em um território, assim como os gestores ficam impossibilitados de conhecerem em detalhes o território de abrangência dessas ações.

Para tanto, urge lançar mão da intersectorialidade dos saberes para que, juntos, possam atender às necessidades comuns e promover um planejamento estratégico, alicerçado nos determinantes sociais, nos recursos disponíveis e na melhor forma de planejar e executar as políticas públicas sociais. Dessa maneira, será possível garantir a efetividade dos direitos sociais fundamentais à saúde, com o mínimo de judicialização e com a neutralização do ativismo social.

3.1 Críticas à judicialização e ao ativismo judicial em face do princípio da divisão dos poderes

O ativismo judicial e a judicialização das políticas sociais vêm causando polêmica no meio jurídico. Caracterizariam uma interferência na separação dos poderes e uma desconstrução do direito posto? Quanto aos princípios da separação de poderes, Cunha Júnior (2010, p. 514) descreve o poder como fator da vida social, imprescindível para regular a conduta dos indivíduos, nas suas relações em sociedade. Ratifica que o poder político é a “manifestação da soberania estatal”, ou seja, é a relação política dentro da estrutura estatal. Conforme o autor, o poder é um “fenômeno sociocultural que se baseia tanto na força como na crença”.

Portanto, o poder político, oriundo da soberania, é uno e indivisível, além de serem os poderes independentes e harmônicos entre si – o Legislativo, o Executivo e o Judiciário –, conforme prevê o Art. 2.º da Constituição Federal. Em consonância com o texto legal, os três poderes constituídos exercem funções típicas e atípicas. Cunha Júnior (2010, p. 515) explica que não se pode falar em apartamento de poderes, mas, sim, “em separação de funções do poder político ou simplesmente de separação de funções estatais”. Assim, não se podem considerar os poderes divisíveis, visto que são oriundos da soberania do país, mas as funções que exercem, como distintas e necessárias em suas peculiaridades.

Tomemos como exemplo o poder Judiciário, que, além de desempenhar a atividade típica de julgar, exerce a função atípica de legislar e administrar, tal como os demais

órgãos do poder, que também têm funções típicas e atípicas. Aduz Cunha Júnior (2010, p. 526) que é impossível a separação absoluta entre os poderes, no que concerne à unidade política e desejável para controle e governança. O que se almeja, como infere Cunha Júnior (2010, p. 526), é uma “verdadeira coordenação, colaboração ou coparticipação entre os Poderes”. O autor ressalta, ainda, que a “participação de um Poder na função típica de outro não destrói, nem infirma ou ameaça a separação das funções estatais, que, relembramos, não é absoluta, mas tão-somente relativa”.

Leciona Silva (2010, p. 110) que a harmonia dos poderes é uma forma de cortesia recíproca e de respeito às faculdades e prerrogativas reservadas a cada um. Mas nem a divisão de função nem a independência são plenas e absolutas.

Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governos (SILVA, 2010, p. 110).

Por isso a intersetorialidade dos órgãos do Poder político é tão necessária na gestão das políticas públicas, uma vez que ela não significa interferência ou “usurpação de atribuições”, conforme cita Silva (2010, p. 111), mas “colaboração e controle recíprocos para evitar distorções e desmandos”. A intersetorialidade é entendida como a colaboração de saberes e a soma de capacidades intelectuais, econômico-financeiras e administrativas, para o alcance de objetivos comuns.

Isso indica, inevitavelmente, que a doutrina clássica da separação de Poderes deve ser submetida a uma revisão teórica para melhor ajustá-la às novas tendências e exigências do sistema jurídico, sobretudo em razão de certas mudanças paradigmáticas de que os fenômenos jurídicos se têm ressentido. A doutrina da separação de Poderes, concebida como uma divisão rígida entre as funções estatais, não se coaduna com o contemporâneo Estado Constitucional Democrático de Direito. Assim, o princípio da separação de Poderes deve ser compreendido como um meio a proporcionar, tanto quanto possível, não uma separação rígida de funções, mas, sim, uma coordenação, colaboração ou um entrosamento entre as distintas funções estatais, numa relação de interdependência, de modo a permitir que cada Poder, ao lado de suas funções típicas ou principais, correspondentes à sua natureza, possa, em caráter secundário, colaborar com os demais (CUNHA JÚNIOR, 2017 b, p. 6).

Conforme Custódio e Silva (2017, p. 10), a intersetorialidade consiste na conjugação e no compartilhamento de saberes e experiências, articulando pessoas, órgãos, departamentos, organizações, haja vista que tais saberes se mostram fragmentados. Segundo o autor, a intersetorialidade nasce como uma forma de colaborar na resolução dos problemas e

na execução das funções diárias, sejam típicas ou atípicas, daqueles que se propõem a utilizar tal estratégia.

Desta forma, os órgãos dos poderes, ao utilizarem o sistema de freios e contrapeso e a coparticipação nos demais poderes, estão lançando mão da intersetorialidade, a exemplo do Judiciário, em relação às políticas sociais, quando atua no caso de possíveis falhas na função do Executivo.

A judicialização das políticas sociais é, entretanto, apreciada como possível interferência do poder Judiciário nas funções exclusivas do poder Executivo. Isso geraria uma desarmonia e uma inadequação inconstitucional. Critica-se, sobremaneira, a forma como os juízes julgam as demandas do cidadão, na efetivação dos direitos sociais, os quais são taxados de ativistas, uma vez que o Judiciário estaria indo além dos poderes que lhe são conferidos pela lei. Para Cunha Júnior (2017, p. 8), na judicialização, o juiz toma uma postura politizada e jurídica, no contexto de um Estado Social e Democrático de Direito.

Cumprir observar que, desde o início do século passado, com o advento das Constituições do México (1917) e da Alemanha (1919), percebemos um crescente judicialização da política e das questões sociais, na medida em que as Constituições passaram a incorporar em seus textos objetivos e diretrizes políticas, transformando em questões jurídicas as questões de política (CUNHA JÚNIOR, 2017, p. 8).

O ativismo judicial é uma postura que causa polêmica tanto para a doutrina quanto para a práxis do direito, assim como também para os órgãos e agentes do direito e entre os poderes políticos, no que concerne à interferência mútua dos poderes e à forma de interpretar as normas e princípios, levando as decisões além daquilo que está positivado. Isso acontece, principalmente, no que tange aos direitos fundamentais, uma vez que a ponderação e o balanceamento se fazem necessários, quando há conflitos entre as normas.

Assim, o ativismo judicial se torna fundamental na concretização dos direitos fundamentais quando se dá num contexto neoliberal, a fim de fazer valer as limitações dadas pelas normas constitucionais aos interesses do poder econômico. A concepção de ativismo judicial, para Barroso (2017, p. 6), “está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos Poderes”.

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da

Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2017, p. 6).

Barroso (2017, p. 6) informa que a origem do ativismo judicial se deu a partir da jurisprudência americana, na atuação proativa da Suprema Corte, especificamente, no julgamento das leis sociais e da segregação racial, infringindo mudanças na orientação jurisprudencial, contrária ao intervencionismo estatal. Para o teórico, o oposto ao ativismo seria a autocontenção judicial, que seria a mínima intervenção do Judiciário no âmbito dos demais poderes.

Um dos exemplos de ativismo judicial no Brasil é a crescente judicialização das políticas sociais, tendo em vista a pouca efetividade da ação estatal. O Judiciário, em face da omissão e da infração aos preceitos fundamentais da dignidade humana, determina ao poder público a prestação de serviços, tais quais a distribuição de medicamentos, vagas escolares, internamentos, realização de atendimentos à saúde ou fornecimento de bens. Barroso (2017, p. 06) chama a atenção para o fato de que as decisões ativistas devem ser eventuais, mas são saudáveis em uma democracia sólida.

O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso (BARROSO, 2017, p. 17).

Barroso (2017, p. 3) afirma, ainda, que a causa do aumento dos processos de judicialização foi a redemocratização do país, que culminou com a promulgação da Constituição de 1988, deixando o Judiciário de ser apenas técnico-especializado para se transformar em um poder político e capaz de preservar o que está posto na lei. Além disso, atribui a “constitucionalização abrangente” à reintrodução de matérias, antes estritas ao campo político, para a legislação ordinária.

Por fim, Barroso (2017, p. 3) atribui o controle do princípio da constitucionalidade não apenas ao Supremo Tribunal Federal, que zela pela proteção da Constituição, mas também à sociedade, aos juízos, tribunais e outros órgãos garantidores dos direitos expressos na Carta Magna. As críticas à judicialização estão nos “riscos para a legitimidade democrática, na politização indevida da justiça e nos limites da capacidade institucional do Judiciário”.

Para Krell (2002, p. 109), “em face dos problemas sociais caóticos de um País periférico como o Brasil, o princípio da separação dos poderes deve ser entendido sob parâmetros e dimensões novas”. E, para a correção da omissão do Executivo e Legislativo em relação aos direitos sociais e às políticas públicas, cabe ao Judiciário uma atuação precisa, não como “salvador da pátria”, mas como mediador nas decisões e nos processos políticos da realização dos direitos fundamentais sociais, através de cooperações nas políticas públicas, para a promoção de suas graduais melhorias.

A judicialização, à luz do neoconstitucionalismo, compreende que existe um direito fundamental constitucionalizado e com significativa relevância, para a tutela de um bem jurídico supremo para a sociedade, que é a vida humana. Com base nessa justificativa, não pode ser limitado por qualquer outra norma ou interesse de outra relevância. Por menor que seja a perspectiva de sobrevivência, ou mesmo perante a justificativa de elevação dos custos para o Estado, este tem o dever objetivo inequívoco e imediato de garantir os direitos sociais de forma integral, universal e igualitária, sob o lastro do princípio da dignidade da pessoa humana.

3.2 Argumentos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal

A partir da análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça da Bahia/STJ-BA e do Supremo Tribunal Federal/STF, constata-se que há um entendimento similar entre os órgãos, quanto à garantia dos direitos fundamentais à saúde dos entes federados, conforme o Art. 196 da Constituição Federal de 1988, e, em consonância com o princípio da responsabilidade solidária, não necessária, dos entes federados, quanto à prestação do direito à saúde. Ambos os tribunais rejeitam, ainda, a sustentação do argumento da ausência financeira (Art. 169 da CF/88) para cumprimento do direito à saúde, constitucionalmente garantido. Segue um exemplo desse entendimento comum:

Em consonância com os preceitos constitucionais, as jurisprudências do TJ-Bahia e do STF sustentam, em suas decisões, que a União, os Estados e Municípios são responsáveis e competentes em cuidar da saúde e assistência pública de todos, sem qualquer tipo de distinção e óbice econômico financeiro, pois entendem que, se os entes não o fizerem, estarão operando o sobrestamento das garantias e dos direitos fundamentais de segunda geração – direitos sociais, econômicos e culturais, cuja titularidade é coletiva e tem caráter positivo, uma vez que tais direitos exigem atuações do Estado.

Mais um exemplo desse entendimento dos tribunais está na peça a seguir: o entendimento do STF e do STJ é o da garantia do direito à saúde, na análise do caso concreto, em consonância com os preceitos fundamentais e normas infraconstitucionais. Os tribunais consideram os entes federativos como responsáveis solidários, sem a sustentação dos argumentos da separação da execução das políticas sociais e da reserva do possível.

Entende o Ministro Gilmar Mendes, na relatoria da Suspensão de Liminar (SL) n. 47 no Agravo Regimental (STF - SL: 47 PE, Relator: Min. GILMAR MENDES - Presidente, Data de Julgamento: 17/03/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-01 PP-00001)⁹, que não há por que considerar a interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, quando há omissão estatal do cumprimento de políticas públicas existentes, devendo avaliar o pleito se a não prestação decorre da omissão legislativa em criá-las ou administrativa em implementá-la.

Tanto quanto considera, ainda, sua Excelência, o Ministro Gilmar Mendes, em seu julgado, que é vedado o fornecimento de medicamentos pelo SUS que não possuam registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária/ANVISA, conforme determina a Lei Federal nº 6.360/76. Ressalta que as decisões das negativas no SUS e no Poder Judiciário deverão ser motivadas, pois o Art. 196 da Constituição trata do fornecimento de políticas sociais e econômicas definidas em lei, para a promoção, proteção e recuperação da saúde. E as ações têm fundamentos científicos (medicina com base em evidências), com protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas bem definidos. Considera, também, os casos em que é, devidamente, comprovada a necessidade de tratamentos outros fora do elenco do SUS, que serão de suma importância para aquele indivíduo, devendo ser levada em análise a matéria daquele caso concreto.

Outrossim, o Conselho Nacional de Justiça, na Recomendação nº 31 de 30 de março de 2010, “recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”, enquanto em março de 2015 o Supremo Tribunal Federal reafirma a jurisprudência sobre a responsabilidade solidária dos entes federados no dever de prestar assistência à saúde. Essa decisão surgiu a partir da

⁹Supremo Tribunal Federal STF – AG. Reg. Na Suspensão de Liminar; SL 47 PE. Extraído de <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/SL_47_PE_1272708885409.pdf?Signature=NcwXDgxSpt36T7jbDGoT2VKScly%3D&Expires=1528847753&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=3efb79ca572a7977afaeaa1287c27c17> Acesso em 12 de janeiro de 2018.

análise do Recurso Extraordinário (RE) 855178, de relatoria do Ministro Luiz Fux, com repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual.

O entendimento perfilhado por Soares (2010, p. 203), ao analisar a aplicação da dignidade da pessoa humana pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, provém da argumentação da reserva do possível, que não é plenamente aceita pelo Supremo Tribunal Federal, embora encontrem-se acórdãos com tal fundamentação.

Cita Soares (2010, p. 204) um dos *hard case* jurisprudencial citados, em que a Suprema Corte compreendeu que, embora resida nos Poderes Legislativo e Executivo a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, ao Poder Judiciário, determinar o cumprimento imediato, na presença de inadimplência do poder estatal, das políticas públicas definidas pela Constituição, mostrando-se apta a não comprometer a eficácia e integridade dos direitos sociais.

Outro caso citado por Soares (2010, p. 204) também demonstra a mitigação da reserva do possível, em que o STF deu “provimento a agravo regimental interposto em suspensão de tutela antecipada para manter a decisão interlocutória proferida por desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco” ao garantir o direito à saúde. A Excelsa Corte entendeu que o interesse fundamental da pessoa, ao pleitear o direito social à saúde, é o direito à manutenção da vida, assim como o direito à felicidade, que é, na visão do autor, consequência do princípio da dignidade da pessoa humana.

Pode-se verificar que o Supremo Tribunal Federal, no atual contexto histórico-cultural de desenvolvimento da experiência jurídica pátria, embora ainda não adote plenamente a ideia da vedação do retrocesso e a relativização do uso conservador da reserva do possível, avança na concretização de um direito justo, enfatizado o uso do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, tanto para justificar a tutela dos direitos públicos que sejam atentatórias às liberdades civis, como para embasar o reconhecimento da efetividade e aplicabilidade dos direitos sociais e difusos, exigindo o cumprimento das prestações materiais do Estado, em favor da promoção da existência digna do ser humano (SOARES, 2010, p. 205).

Portanto, constata-se, ao analisar a jurisprudência do STF e STJ, que há o entendimento da responsabilidade solidária dos entes federados, na garantia do direito social fundamental à saúde, consolidando o entendimento do SUS como um sistema regionalizado, mas interligado e único. Assim como afirmam o Pretório Excelso e Egrégio Superior Tribunal, os pleitos devem ser fundamentados cientificamente por protocolos clínicos e terapêuticos definidos por uma “medicina baseada em evidências” e em pesquisas

critérios, levando em consideração cada caso concreto e a manutenção da vida e da dignidade da pessoa humana.

4. A FUNDAMENTAÇÃO DO CONFLITO AUTOCOMPOSITIVO

O ser humano, como ator social, é passível de gerar ou de ser alvo de conflitos ou disputas no convívio em sociedade, o que pode resultar numa polarização de sentimentos e vontades. Nesse contexto, segundo o Manual de Mediação Judicial do Tribunal de Justiça da Bahia e do Conselho Nacional de Justiça (2015, p. 47), sendo o conflito parte integrante de qualquer relação humana, pode-se defini-lo como um fenômeno divergente entre duas ou mais pessoas em razão de vários aspectos, tais como moral, psicológico, físico, socioeconômico, dentre outros. Em suma, trata-se de um fenômeno que ocorre comumente nas relações sociais, perturbando-as.

Vasconcelos (2008, p. 19) entende como conflito o dissenso, que é inerente ao homem e “fruto de percepções e posições divergentes, quanto a fatos e condutas que envolvem expectativas, valores ou interesses comuns”. Cada parte envolvida tende a raciocinar e a reunir provas na busca de fundamentos para enrobustecer seus interesses. Para o autor, isso leva a polaridades distintas e a despender energias e percepções que solucionem as contendas.

O conflito está presente no cotidiano e nas relações interpessoais, não devendo ser considerado algo de todo ruim ou negativo, até porque sua ocorrência pode significar uma oportunidade de melhoria das relações humanas e em sociedade. Da mesma forma, os conflitos podem mesmo ensejar melhorias nas relações entre o poder público e o usuário do Sistema Único de Saúde/SUS. Vasconcelos (2008, p. 19) afirma que “a consciência do conflito como fenômeno inerente à condição humana é muito importante”. Caso contrário, a tendência é “demonizá-lo ou ignorá-lo”, transformando-o em violência ou confronto. Quando valorizado, porém, pela via do diálogo, a ocorrência do conflito vai ao encontro de soluções autocompositivas.

Ao serem ignorados, os conflitos costumam tomar proporções maiores, e as partes envolvidas, quando não escutadas e valorizadas, segundo Vasconcelos (2008, p. 20), tendem a exacerbar suas queixas e a acumular energias que as levam a exaltarem-se ou mesmo a dramatizarem suas posições. O autor cita como solução transformadora advinda da situação

de conflito o “reconhecimento das diferenças e da identificação dos interesses comuns e contraditórios, subjacentes, pois a relação interpessoal funda-se em alguma expectativa, valor ou interesse comum”.

Conforme Vasconcelos (2008, p. 20), existem três elementos que compõem o conflito interpessoal, que são: a relação interpessoal com valores, expectativas, crenças, interesses, sentimentos e perspectivas diferentes; o problema objetivo, que é o conflito em si, concreto e material, gerado por interesses opostos contrariados; e, por fim, a trama ou processo, que expressa as contradições, as estruturas, interesses ou necessidades presentes no conflito. Conhecendo tais elementos, se poderá estabelecer uma eficaz comunicação entre as partes e criar alternativas de solução, que poderão “resultar em mudanças positivas e novas oportunidades de ganho mútuo”, conforme assevera o autor.

A partir da compreensão dos elementos que envolvem o cenário das contendas, Vasconcelos (2008, p. 21) elenca os seguintes tipos de conflitos:

A saber, a) conflitos de valores (diferenças na moral, na ideologia, na religião); b) conflitos de informação (informação distorcida, conotação negativa); c) conflitos estruturais (diferenças nas circunstâncias políticas, econômicas dos envolvidos); e d) conflitos de interesses (contradições na reivindicação de bens e direitos de interesse comum) (VASCONCELOS, 2008, p. 21).

Portanto, perante tal classificação, pode-se inferir que os conflitos gerados entre a relação do poder público com o usuário do SUS estão inseridos na categoria de “conflitos de interesses”, visto que ocorrem contradições na reivindicação pelo acesso a bens, serviços e direitos ao acesso à saúde.

Talvez seja importante, neste momento, historiar os mecanismos de resolução de conflitos, que vêm sendo empregados desde os primórdios da humanidade, seja de forma elementar, no âmbito do próprio clã, ou através de grupos ou órgãos específicos. O interesse pela busca da resolução das querelas sociais se deu desde sempre, em virtude das consequências positivas ou negativas que elas trazem para o ser social e seu convívio na comunidade em que se insere.

Vasconcelos (2008, p. 21) explica que a evolução do conflito e suas manifestações variam de acordo com a intersubjetividade histórica, social, cultural e econômica. O autor refere que, na história da humanidade, os ancestrais nômades viviam da caça, pesca e coleta de mantimentos, e os espaços eram utilizados para a mediação dos conflitos pela comunidade, coordenada pelos líderes comunitários. A manutenção da ordem era algo sacro e não

impositivo por autoridade social, mas acontecia de forma natural e quase instintiva, para proteção e perpetuação da espécie. Cita, ainda, que existia um direito pré-convencional nessas sociedades primitivas, cujas relações eram pouco complexas e horizontalizadas.

À medida que a humanidade evoluiu, os métodos de resolução de contendas também se modificaram e ganharam novos contornos. Consigna Vasconcelos (2008, p. 25) que o processo civilizatório avançou e, sob os modelos institucionais dos Estados Democráticos de Direito, as políticas econômicas e sociais foram capazes de construir uma “circularidade instável entre poder, direito, estado e cidadania, sob a dinâmica de uma moral pós-convencional”.

Além disso, a expansão dos meios de comunicação e da tecnologia da informação possibilitaram o conhecimento e a apropriação dos próprios direitos pela massa populacional, consolidando um poder material compartilhado entre sociedade civil organizada e pluralista, Estado e mercado. Enquanto a democratização do conhecimento traz melhorias para a humanidade, Vasconcelos (2008, p. 25-26) aduz que uma “explosão de criatividade se dá ao lado de um vulcão de frustrações”, com multidões excluídas de fato dos seus direitos.

Assim, os métodos de resolução de conflitos devem ser definidos de acordo com as características de cada situação, conforme institui o Manual de Mediação Judicial (2015, p. 21-27), seja por tomada de decisão particular pelas próprias partes, através de negociação, mediação e conciliação; seja por tomada de decisão extrajudicial por terceiro, a que chamamos arbitragem; ou, ainda, por decisão judicial, que configura aquilo que denominamos aqui por judicialização.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aponta o limite da capacidade instalada do Judiciário, frente à desproporcional demanda judicial. Segundo o Manual de Mediação Judicial (2015, p. 11), encontravam-se pendentes, em 2015, cerca de 93 milhões de demandas no Judiciário para serem solucionadas. Conforme demonstra o CNJ, em seu Relatório do ano base 2016, o Tribunal de Justiça da Bahia teve mais de 4 milhões de processos tramitados, para apenas 587 magistrados. Informa o documento, ainda, que o tempo médio da sentença em 1.º grau é de cerca de 8 anos (Brasília, 2017, p. 41).

Nesse contexto, o uso dos métodos autocompositivos extrajudiciais de solução de conflitos surgem como novo paradigma para colaborar na redução das demandas judiciais. A atuação das arbitragens, das conciliações e das mediações possibilita reservar aos magistrados apenas as demandas mais complexas, a fim de contribuir com uma justiça mais célere e acessível.

Diante desse cenário, em 2010, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n.º 125, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do poder Judiciário e dá outras providências, com fundamento no art. 5.º da Constituição Federal, em seu inciso XXXV, que preconiza que a lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Além da Carta Constitucional, em seu art. 3.º e seus parágrafos sobre as atribuições fundamentais da República Brasileira (dentre eles, a promoção do bem de todos), a seção V do Novo Código de Processo Civil destaca a relevância de consolidar políticas públicas permanentes de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios, determinando a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e a instalação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e de Cidadania.

Constatado o limite da capacidade de ação do Judiciário frente ao desproporcional aumento das demandas da população pela interferência da justiça em processos de litígio com o próprio Estado brasileiro, o uso dos métodos autocompositivos extrajudiciais e judiciais de solução de conflitos surge como novo instrumento para a redução das demandas judiciais de teor mais simples, que antes eram todas direcionadas aos magistrados.

Tais métodos extrajudiciais têm o condão de deixar os juízes livres para analisarem pleitos mais complexos, além de contribuírem para o estabelecimento de prazos mais céleres e uma justiça mais acessível. Dessa forma, poderão os métodos autocompositivos serem alternativas à judicialização da saúde, com a criação de Câmaras de Mediação e Conciliação específicas para solução de conflitos em saúde pública, ocorridos entre o usuário do SUS e os entes federados.

4.1. Métodos extrajudiciais como instrumentos de garantia ao direito à saúde

Os principais métodos de resolução de conflito dividem-se em categorias distintas, a saber: negociação, mediação, conciliação e arbitragem. Segundo Vasconcelos (2008, p. 35), a negociação, mediação e arbitragem são comumente chamados meios alternativos ou extrajudiciais de resolução de disputas, ou meios extrajudiciais ou alternativos de resolução de controvérsias.

Quanto à negociação, conceitua-a Vasconcelos (2008, p. 35) como a forma de lidar diretamente, sem a interferência de terceiros, com indivíduos, problemas e processos, na restauração de relações. Deve ser baseada em princípios e estabelecer um senso de cooperação entre as partes, em vez de disputa entre vencedor e vencido. Então, o autor aduz que a negociação cooperativa busca um acordo de ganhos mútuos, adotando o modelo integrativo, para as relações continuadas, ou o modelo distributivo, para as relações episódicas.

Segundo o Manual de Mediação Judicial do Tribunal de Justiça da Bahia e CNJ (2015, p. 22), a negociação é definida como uma forma de comunicação voltada para a persuasão. As partes têm total controle sobre o processo e seu resultado, além de escolherem o local e momento para estabelecerem a negociação. O Manual indica, ainda, que as partes devem acordar a forma como ocorrerá a negociação, definindo a ordem e a ocasião das questões a serem discutidas, bem como as apresentações das propostas de solução.

Além disso, qualquer uma das partes pode interromper, suspender, adiar, abandonar ou recomeçar a negociação, a qualquer tempo. Devem as partes, também, buscar estabelecer protocolos e normas dos trabalhos, e chegar ou não a um acordo, quer seja total, quer seja parcial. O acordo feito pode abranger valores ou questões relacionadas à disputa, quanto à matéria e à forma, contemplando, por exemplo, um pedido de desculpas, trocas criativas, valores pecuniários e valores não pecuniários, podendo ser considerados os elementos todos ou parcialmente relevantes para que as partes possam negociar um acordo.

Quanto à mediação, Vasconcelos (2008, p. 36) a conceitua como “meio não hierarquizado de solução de disputas em que duas ou mais pessoas, com a colaboração de um terceiro, o mediador, expõem o problema”. Esse mediador tem que ser apto, imparcial e livremente escolhido ou aceito pelas partes envolvidas na disputa. Cabe a esse terceiro estabelecer um ambiente de escuta e diálogo construtivos, capaz de proporcionar aos envolvidos a identificação dos interesses comuns, opções e soluções, com o objetivo de firmarem um acordo, sem que este terceiro interfira nas identificações e escolhas, apenas direcione e auxilie os indivíduos da disputa.

Vasconcelos (2008, p. 36) explica que a mediação é um método baseado em um complexo interdisciplinar de conhecimentos científicos oriundos da comunicação, psicologia, sociologia, antropologia, direito e teoria dos sistemas, além de ser uma arte, que deve contar com habilidades específicas e sensibilidade do terceiro que vai fazer a mediação, a fim de ajudar as partes a solucionarem seu litígio.

Em consonância com o Manual de Mediação Judicial do Tribunal de Justiça da Bahia/TJ-BA e Conselho Nacional de Justiça/CNJ (2015, p. 22), “a mediação pode ser definida como uma negociação facilitada ou catalisada por um terceiro”. Ela é considerada, portanto, um método de resolução de conflitos, que se utiliza de diversos procedimentos, através dos quais o mediador, que é uma pessoa imparcial, facilitará a negociação entre as pessoas em contenda. Na presença desse terceiro, as partes renunciaram ao controle total da negociação, pois aquele os habilitará a compreenderem com razoabilidade o conflito, revendo suas posições para chegarem a soluções que melhor atendam a todos os envolvidos.

Na mediação, assim como na negociação, as partes têm a liberdade de desistirem, interromperem e retornarem a discussão, pois não são obrigadas a mediar. Também podem se comunicar diretamente e apresentar todos os elementos que julgarem necessários para serem debatidos e negociados. O papel do mediador, nesse caso, consiste em criar opções ou trazer questões que facilitem o diálogo entre as partes. O Manual de Mediação Judicial do Tribunal de Justiça da Bahia/TJ-BA e Conselho Nacional de Justiça/CNJ (2015, p. 23) ratifica que esse é um método não vinculante e, portanto, não gera encargos àqueles que desistirem, no decorrer do processo.

No que tange ao conceito do método autocompositivo da conciliação, Vasconcelos (2008, p. 38-39), conceitua como “um método de mediação focado no acordo”. O autor infere que ela é apropriada para as relações de consumo, ou mesmo em relações casuais nas quais o principal objetivo é equacionar interesses materiais. O conciliador exerce, então, uma autoridade hierárquica, toma iniciativas, interfere no processo, recomenda, adverte e apresenta possíveis soluções, com a intenção de resolver, definitivamente, o problema.

O Manual de Mediação Judicial do Tribunal de Justiça da Bahia/TJ-BA e Conselho Nacional de Justiça/CNJ (2015, p. 23-24), orienta que a conciliação pode ser compreendida como “um processo autocompositivo breve, no qual as partes ou os interessados são auxiliados por um terceiro, neutro ao conflito, ou por um painel de pessoas sem interesse na causa”, estabelecendo algumas distinções com relação à mediação e à conciliação, como se explicitam a seguir:

MEDIAÇÃO	CONCILIAÇÃO
Objetiva a resolução do conflito.	Objetiva estabelecer o acordo e uma efetiva harmonização social entre as

	partes.
Restabelece as relações sociais.	Coloca fim ao litígio.
Trata-se de uma abordagem de estímulo ou facilitação do entendimento das partes, com vistas a encontrar uma solução para a contenda.	Permite a sugestão de uma proposta de acordo.
Por via de regra, é mais demorada e envolve várias sessões.	Trata-se de um processo mais breve, com apenas uma sessão.
É voltada às demandas das pessoas e tem um caráter preponderantemente subjetivo.	Preocupa-se com os fatos e direitos e, portanto, possui um caráter mais objetivo.
É do tipo prospectiva, com enfoque no futuro e em soluções.	É do tipo retrospectiva, com enfoque voltado para a culpa.
Tem caráter confidencial.	Tem caráter eminentemente público.
Trata-se de um processo em que os interessados encontram suas próprias soluções.	Trata-se de um processo voltado a mostrar aos litigantes fatos, direitos e interesses ainda não compreendidos por eles.
Constitui-se num processo com lastro multidisciplinar, envolvendo as diversas áreas do saber (psicologia, direito, sociologia, enfermagem, administração, medicina, engenharia e outros).	Constitui-se num processo com lastro unidisciplinar ou monodisciplinar, com base exclusiva no direito.

Fonte: Manual de Mediação Judicial do Tribunal de Justiça da Bahia/TJ-BA e Conselho Nacional de Justiça/CNJ (2015, p. 23-24).

Além das diferenças descritas no quadro, o Manual de Mediação Judicial do Tribunal de Justiça da Bahia/TJ-BA e Conselho Nacional de Justiça/CNJ (2015, p. 24) cita que, fundamentada nas políticas públicas do CNJ, a conciliação busca restabelecer uma harmonização entre as partes, restabelecendo as relações sociais, através de técnicas

persuasivas e não impositivas ou coercitivas para alcançar uma solução. Além disso, garante confidencialidade, imparcialidade, voluntariedade e autonomia da vontade, assim como ocorre na mediação.

No que se refere ao método de arbitragem, o Manual de Mediação Judicial do Tribunal de Justiça da Bahia/TJ-BA e Conselho Nacional de Justiça/CNJ (2015, p. 25) o conceitua como sendo um processo eminentemente privado, no qual os interessados buscam o auxílio de um terceiro ou de pessoas neutras ao problema e sem qualquer interesse na causa. O processo pode durar diversos meses, já que serão ouvidos os advogados das partes envolvidas. No final da arbitragem, será lavrado um acordo, através de sentença arbitral, que encerrará a disputa. É um processo vinculante entre as partes, em que pode haver a fase probatória, com arrolar de testemunhas e provas.

A arbitragem é um método heterocompositivo, visto que os árbitros, após análise das provas e depoimentos, prolatarão suas decisões. Tem como características a coercibilidade e a capacidade de pôr um fim ao conflito. É regulada pela Lei n.º 9.307/96 e será executada como um processo judicial, cabendo uma demanda anulatória, perante possíveis questionamentos de imparcialidade e outras controvérsias. É considerada mais célere que o processo judicial, e as partes têm o controle sobre os procedimentos a serem executados durante a resolução do conflito.

Vasconcelos (2008, p. 39) conceitua a arbitragem como um instituto do direito, prevista em leis e convenções internacionais, destacando-se a Convenção de Nova York, de 1958. No Brasil, cita como marco a Lei 9.307/96. Ressalta, ainda, que o terceiro tem o papel de colher provas, argumentos, decidir ou sentenciar. O autor explica que a decisão da arbitragem é irrecorrível, pois se trata de um instituto que contempla duas naturezas jurídicas (a contratual e a jurisdicional), em que as partes optam, através de um contrato, a se vincularem a uma jurisdição privada.

Os meios alternativos de solução do processo vêm crescendo em razão da celeridade e dos benefícios trazidos para ambas as partes, resultando na efetividade processual. As primeiras formas de solução alternativas de conflitos foram as autocomposições, modalidades de solução de lides, por obra dos próprios litigantes sem a participação de um terceiro (NUNES E ROCHA, 2017, p. 216).

Desta forma, a mediação torna-se uma alternativa célere e com baixo custo para as partes e o Estado na resolução de conflitos na área da saúde na concretude de outros direitos sociais. Para Nunes e Rocha (2017, p. 221), “a mediação entra com um papel fundamental na

diminuição dos processos na área da saúde”. Ressaltam que esse método de resolução de conflitos não tem o condão de reduzir a importância do Poder Judiciário, mas de proporcionar uma redução nos gastos e diminuir as demandas desse órgão, deixando-o livre para outras demandas mais complexas.

No que se refere aos conflitos ao acesso à saúde, resta ao cidadão a busca pela tutela do direito violado através das ações judiciais, pleiteando, pela judicialização, a execução de algum tipo de política social ou, ainda, a utilização dos métodos extrajudiciais, em busca da efetivação do direito social.

Em relação ao direito comparado, cita Travain (2018-A, p. 1), em seu estudo sobre Princípios da Conciliação e Mediação na América Latina, uma breve análise sobre a matéria dos métodos autocompositivos latinos. Inicia citando, no Brasil, como marco de positivação dos princípios de conciliação e mediação, o ano de 2010, com a edição da Resolução do Conselho Nacional de Justiça nº 125 e a redação da Emenda nº 01, de 31 de janeiro de 2013, a qual instituiu o Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, demonstrando, segundo o autor, que “a aplicação dos princípios que regem a conciliação e mediação se mostra como mecanismo essencial para alcançar uma ordem jurídica justa”.

Assim, ressalta que o Brasil adotou como princípios fundamentais da conciliação e mediação: “a confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, além do empoderamento e validação” (TRAVAIN, 2018-A, p. 2).

Em relação à Argentina, informa Travain (2018-A, p. 3) que os princípios da conciliação e mediação foram incluídos no sistema jurídico através da Lei nº 26.589, de 15 de abril de 2010, precisamente em seu artigo 7º. Portanto, mediante lei, adotaram oito princípios regentes dos métodos autocompositivos, o que, por lei, deverá ser comunicado às partes, na primeira audiência. O autor aduz que a confidencialidade expressa na lei argentina atingiu inclusive os documentos e papéis de trabalho, que as partes fizeram ou avaliaram para efeito de conciliação ou mediação.

Travain (2018-A, p. 4) preceitua que “o princípio da confidencialidade, segundo a legislação argentina, não requer acordo expresso das partes”. Porém, não é absoluto. Há previsão legal, em caso de sua inobservância, com fulcro no Art. 9º da Lei Argentina nº 26.589, de 15 de abril de 2010, diversa da legislação brasileira, em que a confidencialidade é indisponível.

Assim, no direito positivo argentino temos os seguintes princípios: imparcialidade, liberdade e voluntariedade das partes em conflito para participar na mediação, igualdade das partes no processo de mediação, consideração especial aos interesses das crianças, deficientes e idosos dependentes, confidencialidade, comunicação direta entre as partes, tendo em vista a busca criativa e resolução de conflitos de forma cooperativa e celeridade processual (TRAVAIN, 2018-A, p.5).

No Peru, os princípios da conciliação e mediação foram introduzidos no ordenamento jurídico pela *Ley Conciliación n° 2.687*, de 12 de novembro de 1997, com fundamento na cultura da paz, cita Travain (2018-A, p. 6). A lei peruana trouxe “os seguintes princípios éticos: equidade, honestidade, boa-fé, confidencialidade, imparcialidade, neutralidade, legalidade, rapidez, economia e autonomia da vontade” (TRAVAIN, 2018-A, p. 6).

Quanto ao princípio da confidencialidade, Travain (2018-A, p. 7) explica que é relativizado, na lei peruana, nos casos em que há indícios de crime ou contravenção (Art. 8° da *Ley Conciliación n° 2.687*). Além disso, o autor cita que a *Ley Conciliación* foi regulamentada pelo decreto Supremo n° 014-2008-JUS, assim como a *Ley de Justicia de Paz n° 29824*, que prevê a aplicação e os conceitos dos princípios dos métodos autocompositivos, além da possibilidade de realizar a conciliação e mediação através da Justiça da Paz.

Acentua ainda Travain (2018-A, p. 9) que “o sistema normativo venezuelano, além de prever a Justiça de Paz como órgão de conciliação e mediação, positivou os princípios regentes procedimentais da conciliação e mediação”, assim como a lei de procedimentos especiais em matéria de proteção familiar de crianças e adolescentes. Enfatiza o autor que, “em 02 de maio de 2012, foi publicada a *Ley Orgánica de La Jurisdicción Especial de La Justicia de Paz Comunal*”.

Ademais, Travain (2018-B, p. 1) adverte que os métodos alternativos de solução de conflitos (*Alternative Dispute Resolution/ADRs*) são “aplicados a todos os Países da União Europeia, sendo este o campo territorial jurisdicional da Rede Judiciária”. Ressalta Travain (2018-B, p. 2) que, apesar da facultatividade da adoção da mediação e da conciliação, há um diálogo colaborativo e incentivos à pacificação das partes, enquanto a intervenção de um terceiro neutro e qualificado é condição *sine qua non* para a realização do conflito mediante ADRs.

Segundo Travain (2018-b, p. 4), os métodos alternativos de solução de conflitos (ADRs) se aplicam na União Europeia nos diversos campos do direito, por exemplo, família, comercial, empresarial, consumerista, trabalhista e outros. No direito consumerista, há os *Consumer Complaint Boards*, ou seja, os Conselhos de Reclamações dos Consumidores,

através da Rede dos Centros Europeus do Consumidor (conhecidas como as ECC-net), que é formada por um conselho independente que recebe as reclamações no âmbito das relações de consumo e agrega os Conselhos de Reclamações de Consumidores não só da União Europeia, mas também da Islândia e Noruega.

Outrossim, enfatiza Travain (2018-B, p. 8) que, na União Europeia, há “notório incentivo à adoção desses métodos alternativos de resolução de conflitos (ADRs) transfronteiriços com escopo claro de pacificação social, fim maior do direito”.

Nesta diretriz de política pacificadora, a União Europeia traz alguns regramentos básicos aos Estados-membros internacionais, quais sejam:

- Obrigatoriedade dos Estados-Membros participantes a fomentarem e incentivarem a formação de mediadores, buscando-se garantir uma mediação de qualidade elevada;
- Ao juiz é assegurado, conforme as características do caso, convidar as partes envolvidas em um conflito a tentar primeiramente a mediação antes de decidir;
- É possível dar força executória aos acordos decorrentes da mediação, caso ambas as partes assim solicitem, podendo ser homologado por tribunal ou certificação por notário público, por exemplo;
- É assegurado o princípio da confidencialidade, não podendo o conciliador/mediador ser arrolado como testemunha ou prestar depoimento sobre o caso em futuro conflito;
- É garantido o acesso ao judiciário, pois a mediação não afasta a jurisdição ressaltando que os prazos para a instauração de ação judicial ficam suspensos durante os procedimentos de mediação (TRAVAIN, 2018-B, p. 9-10).

Quanto aos princípios norteadores dos métodos alternativos de resolução de conflito europeus, cita Travain (2018-B, p. 11) a imparcialidade, a confidencialidade e a voluntariedade, assim como estabelece diretriz metodológica para a realização dos métodos autocompositivos de conflito, que são semelhantes ao sugeridos no Brasil: abertura com a explicação pelo mediador/conciliador sobre o processo; descrição do problema pelas partes; identificação das questões do conflito e fixação do conteúdo da resolução das querelas; busca de soluções; ponderação das opções sugeridas e identificação das alternativas mais viáveis para as partes envolvidas e fim da mediação/conciliação com o acordo circunstanciado reduzido a termo com a assinatura de todos os presentes.

Ou, ainda, acrescenta Travain (2018-B, p. 12), em caso de não alcançar resolução do conflito, existe a elaboração de um documento, especificando a inexistência de acordo, com o resumo das questões debatidas, entraves encontrados e progressos alcançados.

No que se refere à exigência da União Europeia de um terceiro neutro e qualificado, para a participação nas *Alternative Dispute Resolution/ADRs*, no Brasil, por meio das recomendações e capacitações do CNJ, busca-se qualificar os mediadores e conciliadores

para melhor conduzir os métodos alternativos de resolução de conflitos no país. Movimentos sutis da categoria de mediadores e conciliadores procuram consolidar, por meio de normas legais, regras remuneratórias e profissionalizantes do mediador e conciliador.

Segundo Stöber (2018, p. 1), “os meios alternativos de solução de conflitos têm a vantagem de serem baseados em um acordo entre as partes”, além de evitarem um processo judicial longo. Informa que o processo civil alemão conhece há muitas décadas os meios alternativos de solução de conflitos e foram acrescentadas, em 2012, outras espécies autocompositivas, entre elas a mediação, assim como os Estados Unidos e a Grã-Bretanha, cita Stöber (2018, p. 6). Justifica o autor que o motivo de esses últimos países adotarem os métodos autocompositivos deu-se porque:

Ambs os países têm um contencioso civil, que parece arcaico do ponto de vista da Europa continental. No Reino Unido, e ainda mais nos Estados Unidos, o acesso aos tribunais estatais cíveis é muito restrito. Isto é devido ao custo muito elevado dos processos judiciais. Em ambos os países, e especialmente nos Estados Unidos, muitas vezes o custo é bem maior do que na maioria dos países da Europa continental. Por outro lado, em ambos os países existe um procedimento preliminar, chamado de *pre-trial proceedings* ou *pre-trial discovery*. Este procedimento precede o processo judicial e, em particular, a audiência perante o juiz ou júri. Nos dois países, o julgamento, com a audiência oral, ocorre somente em uma pequena fração dos processos cíveis (STÖBER, 2018, p. 10).

Em relação ao direito fundamental da saúde, não houve menção dos autores quanto à resolução de conflitos. Eles ressaltam outras áreas do direito como o direito da família, direito do consumidor e direito trabalhista. Não foi mencionado pelos autores pesquisados o uso alternativo de resolução de conflitos, em matéria dos direitos fundamentais à saúde.

Na Bahia, foi criada, em 04 de março de 2016, a Câmara de Conciliação, uma iniciativa do Tribunal de Justiça da Bahia, do Tribunal Regional Federal, do Ministério Público Estadual, da Procuradoria Geral do Estado, da Procuradoria Geral do Município de Salvador, da Defensoria Pública do estado e da União em parceria com as Secretarias de Saúde do Estado da Bahia e do Município de Salvador. A Câmara de Conciliação é resultado da Resolução/CNJ nº 107 de 2010 e nasceu com o objetivo de facilitar o acesso do usuário do Sistema Único de Saúde, no Estado da Bahia e na Cidade de Salvador/BA, às garantias fundamentais ao direito à saúde.

A Câmara de Conciliação de Saúde da Bahia analisa e negocia pareceres referentes aos pedidos demandados pelos cidadãos baianos sobre as Políticas Sociais de Saúde. As políticas de saúde compreendem a assistência farmacêutica, assistência à atenção

básica, assistência à média e alta complexidade e vigilância à saúde. Perante os pedidos dos usuários do SUS, a Câmara de Conciliação analisa os pleitos e intermedeia os interesses dos pacientes, em face dos interesses do poder público.

A Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia está localizada na Superintendência de Atendimento ao Cidadão/SAC, situado no Shopping Bela Vista em Salvador/BA, logradouro na Alameda Euvaldo Luz, nº 92, piso L.1 no Horto Bela Vista. Atende qualquer pessoa residente no Município de Salvador/BA e inscrita no Sistema Único de Saúde/SUS, conforme é especificado no site oficial do SAC¹⁰, mediante a apresentação de uma relação de documentos tais como: Cartão do SUS; Carteira de Identidade/RG; Comprovante de Pessoa Física/CPF; comprovante de residência e formas de contato; laudo médico e receitas emitidas por profissional médico habilitado, com especificação do medicamento a ser pleiteado, e outros documentos específicos, a exemplo do Laudo de Medicamento do Componente Especializado/LME, dentre outros. Ainda segundo o site, a Câmara de Conciliação de Saúde/CCS exige como pré-requisito do serviço a realização prévia de exames específicos para a disponibilidade de determinados medicamentos e tem como objetivo:

Promover o atendimento de cidadãos, diretamente ou quando assistidos pelo Ministério Público Estadual, Defensoria Pública da União, os quais demandem prestação de serviço de saúde, de modo a evitar o ajuizamento de ações, buscando solução administrativa para oferta de medicamento.

Ressalta a Câmara de Conciliação, através do site oficial do SAC/BA, que as demandas são analisadas por uma equipe técnica multidisciplinar de saúde, no mesmo instante em que a documentação for apresentada ao órgão extrajudicial, podendo acontecer em casos excepcionais a duração de até 05 (cinco) dias para resposta ao cidadão. Aqueles que não lograrem êxito no pleito serão orientados pela Defensoria Pública da União ou do Estado para providenciar medidas cabíveis judiciais ou não, a depender do caso de cada cidadão.

O site¹¹ do Conselho Nacional de Justiça/CNJ, em notícias veiculadas em 30/08/17, afirma que a CCS, em nove meses de instalação, já registrou 80% de soluções e que, em cada 10 (dez) pedidos para cessão de medicamentos pelo SUS, 08 (oito) são atendidos, reduzindo a judicialização. Destaca que desde a inauguração em 2016, a Câmara de Conciliação de Saúde tem realizado a desjudicialização de demandas referentes à Política

¹⁰ Disponível em: <<http://www.sac.ba.gov.br/index.php/Camara-de-Conciliacao-de-Saude.html>>. Acesso em 23-10-2018.

¹¹ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/85328-camara-de-conciliacao-de-saude-resolve-80-dos-casos-na-bahia>>. Acesso em 23-10-2018.

Nacional de Saúde, “garantindo mais agilidade e eficácia no acesso da população à saúde, através dos parâmetros estabelecidos pela Política Nacional de Assistência Farmacêutica”. Informa que, até julho de 2017, a unidade havia emitido 1,3 mil pareceres e atendido 634 pessoas.

4.2. Impacto da Judicialização nas Políticas Públicas de Saúde na Secretaria de Saúde do Estado da Bahia

O processo de globalização defende o livre comércio como forma de crescimento do capitalismo. Limita-se o poder do Estado ao papel de regulador da economia e garantidor de políticas sociais e econômicas, enfraquecendo-o na resolutividade do enfrentamento das desigualdades sociais e dos problemas internos tais como: desemprego, pobreza, saúde, educação e falta de recursos. O Estado é uma categoria do moderno sistema de reprodução social e, por conseguinte, dependente do processo de valorização/acumulação.

Preleciona Kurz (2018, p.1) que a globalização se apresentou como algo promissor para a economia dos países, na mobilização das mercadorias, implementação de novas tecnologias e, conseqüentemente, no acúmulo de capital. Mas o que ocorreu foi uma fragilidade no que se refere às estruturas e à economia interna. Justifica o autor que não houve um investimento interno e uma preocupação do movimento de globalização com a estrutura dos países, tampouco com as questões sociais, apenas a exploração do mercado e da mão de obra.

A globalização acarreta uma nova contradição estrutural entre o mercado e o Estado. De fato, por meio da internacionalização do estoque de capital, o capital foge ao controle estatal e diminui as receitas públicas. Por outro lado, o capital globalizado depende mais do que nunca de uma infraestrutura funcional (portos e aeroportos, estradas, sistemas de transporte e comunicação, escolas, universidades, etc.), que, como antes, deve ser organizada por iniciativa estatal. A globalização, podemos concluir, retira ao Estado os meios financeiros imprescindíveis para o próprio desenvolvimento da globalização (KURZ, 2018, p. 3).

Conforme Kurz (2018, p.4), “o que nos falta, na verdade, é a globalização de uma nova crítica social”. Portanto, é fundamental repensar o social com suas características peculiares e complexas neste mundo globalizado e neoliberal, com suas nuances e fetiches. A

inserção das tecnologias e influências perversas do capital e do neoliberalismo nas políticas sociais precisam ser combatidas, desde o momento da prescrição até a incorporação nas Políticas Públicas. Caso contrário, ocorrerá um aumento de demandas judiciais e extrajudiciais por tecnologias e não por saúde, tampouco pela manutenção da vida. Haverá uma mitigação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e do Princípio da Isonomia para prevalecer os Princípios do Capital e do Neoliberalismo.

As consequências, sem dúvida, são absurdas e perigosas. A economia das empresas ultrapassa todas as fronteiras, mas o Estado permanece – de acordo com sua natureza – limitado ao território nacional. O Estado é cada vez menos o "capitalista coletivo ideal" (Marx), com voz de comando ativa sobre o estoque de capital nacional. A velha "economia política" transformou-se em "política econômica". Quando a política deseja impor limites à ação desenfreada do mercado, as empresas globalizadas logo ameaçam com uma "Fuga do Egito" (KURZ, 2018, p. 2).

Outrossim, associado aos estímulos do mercado produtor da saúde e da necessidade real da manutenção da vida, o usuário do Sistema Único de Saúde enfrenta filas enormes e se depara com falta de medicamentos e insumos, ausência de assistência e atendimento, ou deficiência no atendimento, quando alcançado tão arduamente.

Os municípios, deficientes na capacidade de gestão administrativa e financeira, são responsáveis pela execução das ações e dos serviços a partir da descentralização da saúde, prevista na Constituição Cidadã. Restaria aos cidadãos e aos órgãos de controle fiscalizar, auditar e controlar a prestação da saúde em face de poucos recursos e inabilidade de planejamento e gestão. Inclusive, importante papel dos órgãos de controle, a exemplo dos Componentes de Auditoria Pública, assim como do controle popular, é fiscalizar, monitorar e exigir a aplicação adequada dos recursos e a garantia do acesso aos Direitos Sociais Fundamentais.

Deste modo, observa-se o aumento da judicialização das políticas sociais em busca de acesso ao direito constitucionalmente garantido. Com fulcro no Art. 196 da Carta Magna, “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas”. Frente à deficiência estatal, o usuário do Sistema Único de Saúde busca a tutela dos direitos fundamentais no Poder Judiciário.

O Judiciário, fundamentado no Parágrafo 1º do Art. 5º da Constituição Federal, assim como no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e demais normas legais, defere o pleito do Cidadão, embora constatem-se decisões do Juízo apartadas dos preceitos da ciência,

ou seja, deferem-se pleitos sem qualquer evidência científica da eficácia frente ao processo saúde/doença.

Analisando a judicialização da saúde, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sustenta-se no entendimento da aplicação imediata dos direitos fundamentais sociais e na responsabilidade solidária entre os entes federados, União, Estados e Municípios. Tal entendimento não poderia ser diverso, visto que o Sistema Único de Saúde/SUS funciona de forma integralizada e não fragmentada, pois o problema saúde/doença e o indivíduo é único. Mister se faz a união de saberes, poder de gestão e poder político, e de capacidades para resolver os conflitos tão complexos que permeiam a saúde pública no Brasil.

Segundo o Núcleo de Atendimento à Judicialização da Saúde/NAJS da Secretaria de Saúde do Estado da Bahia, entre a competência de 2016 ao primeiro semestre de 2018, foram 13.441 ações judiciais demandadas ao Estado da Bahia pleiteando acesso ao direito fundamental à saúde. Desse universo, na competência de 2016, ocorreram 5.144 ações; em 2017, 5.439 ações; no primeiro semestre de 2018, 2.858 ações. Considerando o mesmo quantitativo de ações para o segundo semestre de 2018, um total de 5.716 ações ocorreram na competência de 2018.

Em relação aos dois últimos anos, esse percentual é o maior. Pode-se inferir que as causas para o aumento progressivo da judicialização da saúde frente ao Estado da Bahia, no ano de 2018, tenha sido a redução de investimentos na área da saúde, o aumento da corrupção, o sucateamento da saúde pública, o enfraquecimento dos órgãos de controle, a inércia do controle social, a deficiência das políticas públicas, a melhoria no acesso à justiça, o aumento do conhecimento da população sobre seus direitos? Torna-se necessária uma investigação das causas do aumento da judicialização da saúde.

Ao analisar os dados fornecidos pela Superintendência de Gestão dos Sistemas de Regulação da Atenção à Saúde da Secretaria de Saúde do Estado da Bahia – SUREGS/SESAB sobre a judicialização da saúde nas Políticas Públicas Assistenciais, referentes ao período de 2017 ao primeiro quadrimestre de 2018, foram encontradas 42 ações que bloquearam, por mandato judicial, R\$ 197.003,79 (cento e noventa e sete mil, três reais e setenta e nove centavos) do orçamento público. Dentre os pedidos demandados, constam: atendimento domiciliar, biópsia de lesão de pele, fornecimento de fraldas, fornecimento de cadeiras de rodas, procedimentos cirúrgicos, fórmula alimentar, tratamento para autismo, exames diagnósticos (Ressonância magnética e ultrassonografias), dentre outros pedidos.

Dentre os processos que foram encaminhados pelo NAJS à Superintendência de Atenção Integral à Saúde da Secretaria de Saúde do Estado da Bahia – SAIS/SESAB, referentes ao período de 2017 ao primeiro quadrimestre de 2018, existem 26 ações pleiteando aquisição de curativo para Epidermólise Bolhosa, situação que gerou um impacto no orçamento das Políticas Públicas dessa superintendência de R\$ 14.992.913,20 (quatorze milhões, novecentos e noventa e dois mil, novecentos e treze reais e vinte centavos).

No que pesem as ações demandadas às Políticas Públicas de Saúde da Assistência Farmacêutica e informadas pela Superintendência de Assistência Farmacêutica, Ciência e Tecnologia em Saúde/SAFTEC da Secretaria de Saúde do Estado da Bahia, foram encontradas 2.244 ações judiciais, no período de 2015 ao primeiro semestre de 2018, com impacto financeiro de mais de R\$ 122 milhões de reais.

Dentro desse total de 2.244 ações judiciais, constam: 467 ações judiciais, em 2015, com um impacto financeiro de R\$ 24.836.091,99 (vinte e quatro milhões, oitocentos e trinta e seis mil, noventa e um reais e noventa e nove centavos); 615 ações com impacto financeiro de R\$ 28.619.093,42 (vinte e oito milhões, seiscentos e dezenove mil, noventa e três reais e quarenta e dois centavos), em 2016; 931 ações judiciais, em 2017, com impacto financeiro de R\$ 53.949.244,56 (cinquenta e três milhões, novecentos e quarenta e nove mil, duzentos e quarenta e quatro reais e cinquenta e seis centavos), e, no primeiro semestre de 2008, 231 ações judiciais com impacto financeiro de R\$ 14.871.957,24 (quatorze milhões, oitocentos e setenta e um mil, novecentos e cinquenta e sete reais e vinte e quatro centavos).

A simples análise das informações fornecidas pela SESAB, acerca das demandas judicializadas da saúde nestas Superintendências, evidencia a necessidade de implementação mais eficiente das políticas públicas como forma de minimizar a alta demanda por direito à saúde não atendido. Outrossim, aponta para a necessidade da atuação da Câmara de Mediação do Estado da Bahia, uma vez que o Estado tem se demonstrado omissos ou incapaz de atender as demandas de saúde da população, conforme é seu dever.

Na amostra fornecida pela SUREGS, as demandas judiciais foram desde o fornecimento de fralda a pedido de exames diagnósticos. Por sua vez, as demandas judicializadas, na SAFTEC, foram de medicamentos que estão na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais/RENAME, dentre outros.

Contudo, pode-se compreender, ainda, que falta integralidade de capacidades na atenção à saúde entre os entes federados, assim como entre os entes federados e os órgãos judiciais, que poderiam juntos, na intersetorialidade de saberes e capacidades, minimizar a

judicialização da saúde e garantir o Direito Social Fundamental à saúde para todos de forma integral e imediata, com fulcro na Constituição Federal Brasileira.

4.3. Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia e o Processo de Trabalho

A Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia foi instituída por meio do Convênio de Cooperação nº 01/2015, de 29 de setembro de 2015, em consonância com as Diretrizes do Conselho Nacional de Justiça – CNJ e com incentivo da Recomendação nº 31 do CNJ, de 30 de março de 2010, “que consigna aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais, envolvendo a assistência à saúde”.

Essa Recomendação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, levou à publicação, pelo mesmo órgão judicial, a Resolução nº 107 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, com o objetivo de “elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, reforçar a efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos”. Tanto a Recomendação nº 31/2010 quanto a Resolução nº 107/2010, com lastro na Seção V do Código de Processo Civil de 2015, fundamentaram a criação da Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia, em 26 de novembro de 2017.

A Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia visa a satisfazer e a salvaguardar direitos dos usuários do Sistema Único de Saúde/SUS, por meio da conciliação dos litígios e demandas da saúde, promovendo respostas mais céleres aos cidadãos e reduzindo o custo com a judicialização. Esse comitê local tem como integrantes o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1ª Região), o Tribunal de Justiça da Bahia (TJ-BA), o Ministério Público Estadual (MPE), o Ministério Público Federal (MPF), a Defensoria Pública da União (DPU), a Defensoria Pública do Estado da Bahia (DPE), a Secretaria de Saúde do Município de Salvador (SMS-SSA), a Procuradoria Geral do Município de Salvador (PGM-SSA), a Procuradoria Geral do Estado da Bahia (PGE) e a Secretaria de Saúde do Estado da Bahia (SESAB). No momento, aguardam a inserção da União para a composição da equipe multifacetada.

Convém lembrar que a Câmara é um projeto estratégico extrajudicial, que busca a resolução de conflitos entre os interesses da população e o poder estatal, com a

interdisciplinaridade do Judiciário, na medida em que promove articulações inter e intrassetoriais, funcionando como um catalisador de dados e indicadores sobre as demandas de saúde, garantindo, ainda, medidas de controle, monitoramento e outras que asseguram o direito fundamental da saúde, na Bahia.

Segundo documento fornecido pela Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia/CCS-BA, o objetivo precípua é informar adequadamente ao usuário do SUS, de maneira que ele possa ter assistida a sua demanda, sem a necessidade de ajuizar ações. Assim, pode ser prestado um atendimento com maior celeridade, facilidade e menor custo para os cofres públicos, além de ser conferida transparência na gestão dos recursos do SUS e fomentada a composição administrativa ente os entes, atualmente, municipal e estadual. Acredita-se que, em um futuro próximo, serão articuladas ações com a União, através da Procuradoria Geral da União e do Ministério da Saúde.

Ainda, no documento fornecido pela CCS-BA, em caso de impossibilidade de atendimento administrativo e, portanto, de uma eventual propositura de uma ação judicial pela não resolução do conflito, extrajudicial, os dados colhidos e documentos gerados na Câmara poderão subsidiar tecnicamente procuradores, advogados, magistrados e demais profissionais e usuários. Para uma tomada de decisão, mais assertiva e efetiva em relação à garantia do direito fundamental à saúde.

Neste momento, a CCS-BA funciona como um projeto-piloto, restringindo seu objeto de trabalho aos municípios de Salvador/BA e ao fornecimento de medicamentos, portanto, atende aos conflitos atinentes à Política de Assistência Farmacêutica apenas para os usuários do SUS que residem na cidade de Salvador/BA.

Cultivam-se interesses em ampliar esse projeto estratégico para atender querelas geradas por todos os usuários do Sistema Único de Saúde da Bahia, em outras Políticas Públicas de Saúde, tais como demandas referentes às consultas, exames diversos, procedimentos eletivos cirúrgicos e não-cirúrgicos e outras solicitações. Para tanto, necessita-se do fortalecimento das parcerias e apoio dos entes União, Estado e Municípios, população e Judiciário.

A CCS-BA funciona no endereço situado na Alameda Euvaldo Luz, nº 92, bairro Horto Bela Vista, SAC Shopping Bela Vista, Sala 13, Salvador-BA, de segunda-feira a sexta-feira, com distribuição de senhas no período das 9h às 16h. Dispõe de um corpo técnico interdisciplinar, disponibilizado pelos parceiros multigovernamental e judicial, composto de

médicos, farmacêuticos, enfermeiras, assistentes sociais, advogados, nutricionistas e psicólogos, além do corpo administrativo, formado por atendentes, secretário e serviço geral.

Essa equipe mantém-se em harmonia com os interesses do CNJ, SUS, entes federados e, principalmente, em consonância com o direito fundamental à saúde e com a ciência baseada em evidência. Para a promoção de diálogos constantes, entre si, os órgãos da saúde e da justiça, os prestadores de serviços de saúde do Sistema Único de Saúde e os operadores do direito das esferas federal, municipal, estadual e, quiçá, em um futuro pouco distante, com o Ministério da Saúde.

Ao tomar conhecimento da existência da CCS-BA, o usuário dirige-se ao Serviço de Atendimento ao Cidadão/SAC do Shopping Bela Vista, nos horários supracitados, portando os documentos relacionados, recebem uma das 20 senhas diárias reservadas ao serviço e aguarda para ser atendido na Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia pela equipe multidisciplinar. Ao identificar a senha no painel eletrônico, o usuário do SUS dirige-se ao guichê de atendimento, onde é ouvido por um atendente e cadastrado em um sistema específico da CCS-BA. A seguir, entrega a documentação relacionada e aguarda um tempo de 02 (duas) horas, para receber respostas da equipe multidisciplinar a respeito do pedido demandado à CCS-BA.

Dos documentos solicitados estão: Cartão Nacional de Saúde (CNS); comprovante de residência no Município de Salvador/BA; Registro Geral/RG; Cadastro de Pessoa Física/CPF; receita prescrevendo o medicamento, incluindo princípio ativo e dosagem; relatório médico com o Código Internacional de Doença/CID, emitido por profissional habilitado e datado em período inferior a 90 dias; Laudo de Medicamento do Componente Especial (LME); Termo de Esclarecimento e Responsabilidade (TER) e exames relacionados à patologia apresentada, no caso de se tratar de medicamento do Componente Especializado de Assistência Farmacêutica. Tratando-se de fórmulas alimentares especiais, são solicitados, ainda, receita especificando o tipo da fórmula alimentar pretendida, relatório médico com CID e relatório nutricional, emitidos por profissionais habilitados, datado em período inferior a 90 dias.

Após a conferência da documentação apresentada e o cadastro do usuário no sistema da CCS-BA pelo funcionário, o pleito será encaminhado à análise da equipe técnica e receberá uma resposta favorável ou desfavorável sobre sua questão. Na presença de pendências, será emitido um Termo de Ciência de Documentos Pendentes (TCDP) para que o

indivíduo, no prazo de 15 (quinze) dias, sane as pendências e complete seu atendimento, sob pena de arquivamento do pedido.

Caso o usuário não retorne em período posterior a 15 (quinze) dias, terá que iniciar todo o processo de cadastramento e atendimento inicial. Ressalte-se que os critérios para deferimento do pleito fundamentam-se nos Protocolos Clínicos e nas Diretrizes Terapêuticas do Ministério da Saúde, combinados com os descritos do relatório médico, receituário médico, relatório nutricional (caso seja fórmula alimentar) e medicina baseada em evidência, dentre outros critérios jurídicos e científicos, analisados pela equipe multidisciplinar.

Segundo matéria veiculada no site do Conselho Nacional de Justiça/CNJ, em 13/12/2016, a desembargadora do Tribunal de Justiça da Bahia (TJ-BA), Dra. Marai do Socorro Barreto Santiago, declara que “os acordos pré-processuais são uma alternativa para o Poder Judiciário”. O governador da Bahia, Rui Costa, declara também que “a judicialização na saúde é um tema dominante e precisa ser evitada para os casos em que não é necessária” e conclui a notícia: “a Câmara busca solucionar questões por meio de conciliações pré-processuais. Também é possível que em um processo judicial em curso o magistrado encaminhe a ação para tentar a resolução na unidade”.

Segundo o promotor de Justiça Rogério Queiroz, coordenador do Centro de Defesa da Saúde do Ministério Público Estadual (CESAU), “a Câmara evitará demandas judiciais de medicamentos já incorporados, cuja obrigatoriedade de fornecimento é pacífica, mas que, eventualmente, esteja ocorrendo dificuldade de acesso”. A demora para o usuário será muito reduzida, salientou ele. A procuradora-geral de Justiça Ediene Lousado assinalou ainda que o MP participará das mediações, tornando mais fácil o acesso da população mais carente à Justiça. Promotores de Justiça, juízes, defensores públicos, servidores do Ministério Público estadual, Tribunal de Justiça, Defensoria Pública do Estado e da União, médicos, enfermeiros, assistentes sociais e psicólogos atuarão junto à Câmara para tentar resolver os conflitos em até 24 horas. “O objetivo é tentar resolver antes de chegar ao Judiciário para darmos uma resposta mais rápida ao cidadão”, registrou a presidente do TJ. De acordo com ela, inicialmente, a Câmara trabalhará apenas com questões relativas a medicamentos e conflitos da capital, mas a ideia é ampliar.¹²

Ainda segundo o site do Conselho Nacional de Justiça/CNJ, em 30/08/2017, a Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia apresentou 805 soluções dos casos cadastrados, afirmando que “em cada 10 (dez) pedidos para cessão gratuita de medicamentos 08 (oito) são atendidos, reduzindo o número de ações na justiça”. Ressalta também que essa desjudicialização de demandas processuais relativas a medicamentos garante mais agilidade e

¹² CARDOSO, Maiama. Câmara de Conciliação de saúde é inaugurada em Salvador. Extraído de < <https://www.mpba.mp.br/noticia/35304>>. Acesso em 26 maio 2018.

eficácia no acesso da população à saúde, fundamentadas nos parâmetros estabelecidos pela Política Nacional de Assistência Farmacêutica.

A defensora pública Paula Almeida, que atuará na Câmara junto com o defensor público Renato Elias, disse estar contente. "Temos a visão que a tendência é a mediação, que nós estamos protagonizando. Esse é o início da mediação da saúde de forma ampla, que vai viabilizar a maior resolutividade extrajudicial das demandas de saúde e o menor impacto judicial", avaliou, acrescentando que a conciliação acaba colaborando para a saúde orçamentária do Estado e demais entidades envolvidas nas demandas de saúde.

A parceria da Defensoria do Estado e a Defensoria da União, na avaliação da defensora-chefe da DPU na Bahia, Charlene, confirma a unicidade da Defensoria. "Como não temos servidores efetivos e somos poucos defensores, assinamos um protocolo de cooperação, permitindo que nos sejam encaminhadas as demandas relacionadas com a União", explicou. Demandas na DPU por medicamentos de alto custo, relacionadas principalmente a pacientes oncológicos, são comuns.

Ramiro Santana, defensor público do Distrito Federal e doutorando em direitos e políticas públicas em saúde, veio a Salvador para o 2º Congresso de Judicialização da Saúde como palestrante e prestigiou a inauguração. "No Distrito Federal temos Câmara de mediação desde 2012, que envolve apenas a Defensoria e a Secretaria de Saúde. A falta de engajamento de outras instituições, como MP e PGE, faz com que a experiência não tenha a mesma força", argumentou, avaliando que a ampla parceria da Câmara da Bahia assegura o sucesso da iniciativa.¹³

Assim, em posse do parecer favorável emitido pela equipe técnica da CCS-BA, o usuário do Sistema Único de Saúde/SUS é orientado a se dirigir a uma das unidades dispensadoras do Estado da Bahia ou do Município de Salvador/Ba, para adquirir o(s) medicamento(s) deferido(s). Neste ínterim, entre o deferimento e a dispensação, a CCS-BA não mais controla o processo, ficando sob a responsabilidade do usuário procurar a unidade dispensadora e do governo estatal e municipal garantir o direito fundamental à saúde, fornecendo a medicação necessária à manutenção da vida.

Contudo, observa-se que Salvador/BA não é o único Município a buscar o equilíbrio na resolução dos conflitos na área da saúde pública, pelo uso alternativo dos métodos autocompositivos. O Município de Natal, no Rio Grande do Norte, criou o Programa SUS MEDIADO.

¹³ AMORIM, Vanda. População de Salvador já pode contar com a Câmara de Conciliação de Saúde. Extraído de < http://www.defensoria.ba.def.br/portal/index.php?site=1&modulo=eva_conteudo&co_cod=16887>. Acesso em 26 maio 2018.

Através da dissertação de Ringeisen (2016, p. 94), pode-se conhecer a experiência do Programa SUS MEDIADO, que, pela intersetorialidade dos poderes executivo e judiciário, propõe resolver as demandas das políticas sociais de saúde pública do Município de Natal/RN, em garantia dos direitos fundamentais sociais e redução da judicialização da saúde no Estado do Rio Grande do Norte. O Programa foi criado em 2012, em parceria com a Procuradoria Geral do Estado, Defensoria Pública Estadual, Defensoria Pública da União, Procuradoria Geral do Município e as Secretarias Estadual e Municipal de Saúde.

Segundo Ringeisen (2016, p. 97), o Programa SUS MEDIADO “demonstra várias potencialidades, como: ajudar a reduzir o número de ações judiciais, dar maior resolutividade e celeridade em ações e antecipar o cumprimento *in natura* do direito”. A autora afirma que houve uma redução nos gastos do Judiciário com a criação do Programa, compartilhamento de informações sobre as Políticas Públicas na sociedade e melhor operacionalização do SUS, além da ampliação do princípio da solidariedade no SUS.

Com essa análise, o processo extrajudicial utiliza o tripé que sustenta o Sistema Único de Saúde, a solidariedade dos três entes: União, Estado e Município. Ao invés de utilizar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal/STF, que entende, majoritariamente, no processo judicial, o autor escolherá, na exordial, o ente demandado na ação processual, apesar de compreender a responsabilidade solidária, entre os entes federados, em garantir o direito social à saúde.

A ideia do Programa SUS MEDIADO tem o objetivo de reduzir o desgaste físico e emocional do assistido e dos operadores de direito; promover a diminuição do custo financeiro da judicialização para a Administração Pública e para o Poder Judiciário; controlar o efeito nefasto da indústria farmacêutica; garantir a privacidade e o sigilo dos jurisdicionados; reduzir o tempo do processo e da reincidência de litígios; evitar a intervenção do poder judiciário na execução do orçamento público; facilitar a comunicação entre o cidadão e a gestão; auxiliar na formulação de políticas públicas do processo; e evitar a reincidência de litígios (RINGEISEN, 2016, p. 105).

Então, o Programa SUS MEDIADO do Município de Natal/RN é um projeto estratégico para a garantia dos direitos fundamentais da saúde, tanto quanto a Câmara de Conciliação de Saúde de Salvador/BA, ambos fundamentados na Constituição Federal, no Código de Processo Civil e nas normas do Conselho Nacional de Justiça. O Programa e a Câmara reduzem os casos potenciais a serem judicializados, minimizam os impactos negativos da judicialização e promovem a efetivação dos direitos fundamentais à saúde, em um processo mais célere e menos custoso para o Executivo, Judiciário e usuário do Sistema Único de Saúde.

Ratifica Ringeisen (2016, p. 106-107) que o Programa SUS MEDIADO vem aproximando o cidadão do Poder Público e das políticas de saúde, desburocratizando o acesso à saúde de forma a racionalizar os recursos disponíveis, bens e serviços do SUS. Diz que o processo extrajudicial funciona como “um filtro das demandas judiciais”. Informa que o Programa SUS MEDIADO faz uma seleção segundo o perfil socioeconômico, análise de laudo médico e encaminhamento do usuário às equipes das Secretarias de Saúde Estadual ou Municipal para ser atendido em sua necessidade.

Cita Ringeisen (2016, p. 108) que o Programa poderá fazer sugestão ao médico assistente, por meio de ofício da Defensoria Pública, para a substituição do fármaco ou material cirúrgico, por outro disponível nas Políticas Públicas estabelecidas pelo SUS. Em relação aos medicamentos de alto custo, estes são encaminhados à Defensoria Pública da União com a finalidade de inclusão no rol do SUS. Ressalta a autora que o Programa SUS MEDIADO atende outros Municípios além de Natal/RN.

Dentre os pontos distintos do Programa SUS MEDIADO e da Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia/CCS, encontra-se a ampliação dos tipos de Política Pública assistida por ambos os projetos. No caso, a CCS/BA restringe a Política de Assistência Farmacêutica, não realiza uma análise do perfil socioeconômico do usuário do SUS em atendimento, visto que não limita o atendimento aos casos previstos na Resolução/DPU nº 134/2016, além disso o valor de presunção de necessidade econômica para fim de assistência jurídica integral e gratuita será de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Outros pontos que diferem os dois projetos são: a CCS/BA atende apenas os municípios de Salvador/BA, enquanto o Programa SUS MEDIADO estende o atendimento para outros Municípios, além de Natal/RN; as Defensorias Públicas em parceria no Programa SUS MEDIADO emitem sugestão de inclusão de itens no elenco do Sistema Único de Saúde, quando necessário, segundo o exemplo citado por Ringeisen (2016, p. 108), para o tratamento de câncer.

Tanto o Programa SUS MEDIADO quanto a CCS/BA emitem parecer de mudança de pedido ao médico assistente, conforme disponibilidade e a reserva do possível das Secretarias de Saúde Municipal e Estadual. Ressalta Ringeisen (2016, p. 108) que não existindo a possibilidade de modificação do pedido, segundo parecer do médico assistente, a Defensoria Pública da União ou do Estado emitem um comunicado, com a exposição dos motivos citados pelo médico assistente e a impossibilidade da resolução extrajudicial. Quanto

à CCS/BA, os casos não conciliados são encerrados como não resolvidos, mas não se sabe se foram judicializados, visto que não fazem um controle desses casos não conciliados.

Desta forma, constata-se que os conflitos na esfera da saúde não são apenas locais ou setoriais, estão presentes em outros municípios e Estados. Além disso, o uso de alternativas que minimizem os efeitos nocivos da judicialização, a exemplo dos métodos autocompositivos, é uma possibilidade que visa a efetividade dos direitos fundamentais da saúde e a redução da judicialização.

4.4. O Direito Fundamental à Saúde na Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia

A Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia/CCS-BA é um caminho propício para aqueles que buscam a garantia do direito fundamental à saúde, pelo poder estatal. Através do método autocompositivo da conciliação, à luz da legislação vigente, da Constituição Federal de 1988 e, principalmente, da ciência e das Políticas Públicas de Saúde, a Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia/CCS-BA intermedia intermedeia a garantia do acesso à saúde, conciliando os conflitos gerados pela necessidade do usuário do Sistema Único de Saúde/SUS, pela prestação positiva estatal e pela carência de recursos disponíveis ou a reserva do possível, por parte do Estado.

Neste cenário de escassez de recursos para atender a todos, a questão que se apresenta justamente como fazer valer o Art. 196 da Constituição Federal de 1988, que prevê a saúde como um direito de todos e dever do Estado, garantido através de políticas públicas que visam a reduzir riscos e agravos à saúde com acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Agrava-se pela política de mercado, que se utiliza dos ditames do neoliberalismo e do capital para defender um nicho perpétuo e rentável, que é a saúde. Regras e preços são regulados por esse mesmo mercado, deixando o Estado refém dessas normas.

Perante a falta de acesso às garantias constitucionais dos direitos fundamentais à saúde, para a manutenção da vida, o indivíduo busca auxílio na Câmara de Conciliação de Saúde. Trata-se de uma alternativa mais célere, visto que o requerente obtém resposta ao seu pleito em 2 (duas) horas, além de ser menos dispendiosa, por não gerar despesas com

advogados, materiais de expedientes, custas processuais e utilização da máquina judiciária. Segundo o Boletim Justiça em Números 2017 (Ano Base 2016)¹⁴, o Tribunal de Justiça da Bahia teve uma despesa total, em 2016, de R\$ 2.458.409.468 (dois bilhões, quatrocentos e cinquenta e oito milhões, quatrocentos e nove mil e quatrocentos e sessenta e oito reais). Além do que houve bloqueio judicial dos recursos destinados à manutenção das Políticas Públicas de Saúde e cumprimento das decisões judiciais, sem um equilíbrio econômico e adequação científica.

Ao iniciar o atendimento na Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia/CCS-BA, o requerente apresentará toda a documentação exigida para o atendimento do pleito, segundo normas internas do serviço e exigências estabelecidas pela Política de Assistência Farmacêutica. Constatando que se trata de munícipe de Salvador/BA e que os documentos estão todos de acordo com o estabelecido pelas normas, o cidadão será cadastrado no sistema próprio da CCS/BA e aguardará por cerca de 2 horas, tempo suficiente para que os técnicos multidisciplinares analisem os documentos, o pedido e a disponibilidade dos medicamentos nas unidades dispensadoras da Secretaria de Saúde do Município de Salvador e/ou Secretaria de Saúde do Estado da Bahia.

Constatando a coerência do pedido ao direito fundamental à saúde e às Políticas de Assistência Farmacêutica, a equipe multidisciplinar, em coerência com a interdisciplinaridade do saber, deferirá ou não o pleito do usuário do SUS. Também as unidades dispensadoras de medicamentos de ambas as secretarias de saúde, Municipal e Estadual, verificarão a disponibilidade do medicamento, seja pelo estoque disponível, compra do medicamento ou cessão de reserva, não utilizada por outras demandas (judicial, extrajudicial ou compra para atender necessidades diversas).

Caso não seja possível atender ao pedido do usuário, e na presença de possíveis substituições por outros fármacos, a equipe multidisciplinar emitirá um parecer ao médico ou ao profissional de saúde que assinou a receita e o relatório médico ou nutricional, com as sugestões das possíveis substituições, conforme preconizam a ciência e a medicina, baseadas em evidências. Medicina baseada em evidências é um método rigoroso e sistematizado com provas científicas intransigíveis, que norteiam as decisões sobre um determinado cuidado ou tratamento, na área da saúde, estabelecendo informações contundentes sobre o cuidado, o

¹⁴ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2007: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/justica-numeros-2017.pdf>>. Acesso em 12-10-2018.

tratamento e a decisão a ser definida, em face das respostas ideais ao estado de saúde e doença.

O que significa Medicina Baseada em Evidências? MBE se traduz pela prática da medicina em um contexto em que a experiência clínica é integrada com a capacidade de analisar criticamente e aplicar de forma racional a informação científica de forma a melhorar a qualidade da assistência médica. Na MBE, as dúvidas que surgem ao resolver problemas de pacientes são os principais estímulos para que se procure atualizar os conhecimentos. A filosofia da MBE guarda similaridades e pode ser integrada com a metodologia de ensino-aprendizagem denominada Aprendizado Baseado em Problemas. A aquisição de conhecimentos de Epidemiologia Clínica, o desenvolvimento do raciocínio científico, atitudes de autoaprendizagem e capacidade de integrar conhecimentos de diversas áreas são fundamentais para a prática da MBE (LOPES, 2000, p. 285).

Neste contexto, observam-se a dinâmica e a flexibilidade do processo de conciliação, de modo a permitir a interferência de um terceiro, para sugerir uma possível solução para o conflito. Situação que não ocorre no processo judicial, em que a decisão é fundamentada no direito, os fatos e nos pedidos previamente definidos em uma petição inicial, visto que é proibido ao juízo proferir sentença diversa da exordial, reza o Art. 460 do Código de Processo Civil de 2015.

Neste íterim, o indivíduo terá um tempo previamente estabelecido pela CCS de 15 (quinze) dias, para retornar à Câmara de Conciliação de Saúde, com a mudança do pedido. Caso isso não ocorra, o processo será arquivado. É permitido ao usuário que retorne a qualquer tempo, iniciando um novo processo, com o pedido modificado ou novos pedidos. Para Matos e Gostinski (2017, p. 150), tais métodos propiciam alguns benefícios, a exemplo da redução de gastos, da diminuição de processos judiciais, da maior celeridade na resolução dos conflitos e da maior eficiência no cumprimento das garantias constitucionais.

Ao analisar as informações no banco de dados CCS/BA, constata-se que o perfil do usuário do serviço é ser residente do Município de Salvador/Ba (com comprovação documental através de contas de água, luz, telefone e outras); possuir cadastro no Sistema Único de Saúde, com a devida comprovação através do Cartão Nacional de Saúde/CNS, sem limitação de faixa etária e sexo. No caso de serem menores de 18 anos e maiores de 70 anos, que sejam representados, conforme rege o Código Civil Brasileiro. E apresentar, como objeto de conflito, a necessidade de acesso a medicações que possuam comprovação científica, em relação ao processo saúde/doença.

Conforme dados fornecidos pela Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia, por relatórios fornecidos pelo Sistema Eletrônico utilizado pelo serviço, observa-se, na

Tabela n. ° 01 e no Gráfico n. ° 01, que a Câmara de Conciliação de Saúde realizou, no período de novembro de 2016 a abril de 2018, 1.864 (mil, oitocentos e sessenta e quatro) atendimentos a cidadãos. Dentre eles, estão computados o primeiro atendimento e o retorno.

Nesse universo de 1.864 cidadãos atendidos, inclui-se desde uma orientação até uma inclusão na rotina de atendimento, como o cadastro do medicamento demandado pelo usuário do SUS. A gestão da CCS ressalta, em relatórios fornecidos, que a inclusão deste cidadão no sistema da CCS não implica, necessariamente, que o medicamento solicitado será cadastrado, visto que tudo dependerá do atendimento aos demais critérios, para ser considerado perfil da Câmara, a saber: a medicação deve estar cadastrada e autorizada pelo órgão regulador, a ANVISA; a medicação deve estar cadastrada no Sistema da Câmara, passível de fornecimento pelo SUS; o requerente ser munícipe de Salvador/BA.

Segundo o Relatório Quantitativo de Solicitantes, por Perfil da Câmara de Conciliação de Saúde, gerando em 03/05/2018, às 16:28:32, têm-se 1.675 (mil, seiscentos e setenta e cinco) cidadãos cadastrados, que possuíam o perfil da Câmara de Conciliação de Saúde. Pode-se inferir, ainda, que 1.068 (mil e sessenta e oito) cadastrados foram para o perfil feminino, em que, apenas, 965 (novecentos e sessenta e cinco) atendiam ao perfil da CCS/BA. Enquanto, para o perfil masculino, foram 796 (setecentos e noventa e seis) cadastrados, com, apenas, 710 cidadãos do sexo masculino em acordo com o perfil da Câmara de Conciliação de Saúde.

Outros dados relevantes deste Relatório são: 135 cidadãos que procuraram o serviço não eram munícipes de Salvador/BA; 13 cidadãos buscavam demandas de outras políticas de saúde (regulação de leitos e acesso a exames e consultas) e 41 cidadãos não possuíam o perfil exigido pela CCS; por outros motivos, citados pela gestão (medicação solicitada pelo médico assistente do cidadão, que não possuía cadastro no Sistema SUS/CCS); recusa do médico assistente em acatar a indicação de substituição de medicação, com a mesma eficácia, sugerida pela equipe multidisciplinar da Câmara de Conciliação de Saúde.

Tal orientação de substituição da medicação é feita, em relatório elaborado e substanciado, pela equipe multidisciplinar da CCS, entregue ao cidadão, e este o leva ao médico assistente. Segundo a gestão da CCS, muitos cidadãos voltam com a devolutiva do médico assistente com a negativa do aceite e outros não retornam. Depois de um período, determinado de não retorno ou de devolutiva negativa, o cidadão será considerado, no Sistema, como “Não é Perfil por outros motivos”.

A análise do Relatório sugere algumas providências: ampliar o atendimento da Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia para outros municípios do Estado; ampliar o atendimento da CCS para outras políticas de saúde e, não apenas, para a Assistência Farmacêutica; implementar políticas de divulgação e de adesão dos profissionais de saúde – por exemplo, para a categoria médica, a fim de que estes profissionais possam avaliar a necessidade do aceite de substituições, com a mesma eficácia, definida por métodos científicos comprovados em uma medicina por evidência.

TABELA N.º 01 – Total de Cidadãos Cadastrados com Perfil da Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia, Segundo Sexo – novembro de 2016 ao primeiro quadrimestre de 2018.

TABELA N.º 01 – Total de Cidadãos Cadastrados na Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia, Segundo Sexo – novembro de 2016 ao primeiro quadrimestre de 2018.			
PERFIL	FEMININO	MASCULINO	TOTAL
Perfil da Câmara de Conciliação de Saúde	965	710	1.675
Não Perfil da Câmara de Conciliação de Saúde	103	86	189
Total			1.864

Fonte dos dados: Sistema de Informação da Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia.

GRÁFICO N. ° 01 – Total de Cidadãos Cadastrados na Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia, segundo o Perfil – novembro de 2016 ao primeiro quadrimestre de 2018.



Fonte dos dados: Sistema de Informação da Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia.

Os Relatórios Quantitativo de Solicitantes, por Perfil, gerados em 14/06/2018, às 16:12:15, pelo Sistema da Câmara de Conciliação de Saúde, para o período de 01/01/2017 a 31/12/2017, tiveram 1.224 cidadãos cadastrados, sendo 1.099 com perfil da câmara; destes 639 cidadãos, 179 para o perfil feminino e 460 cidadãos para o perfil masculino. E, para o período de 01/01/2018 a 31/05/2018, foram 769 cidadãos cadastrados, sendo 403 usuários com o perfil feminino e 304 usuários com o perfil masculino. Considerando, na competência de 2018, um quantitativo 154 cidadãos atendidos, haverá, no final desta competência, um quantitativo de 1.846 cidadãos cadastrados no sistema da CCS/BA.

Outrossim, ao analisar o Relatório Quantidade de Atendimento, por tipo de senha, gerado pelo Sistema da Câmara de Conciliação de Saúde, em 14/06/2018, às 16:07:24, observa-se que foram 4.918 senhas geradas para a CCS/BA, para o período de 01 de

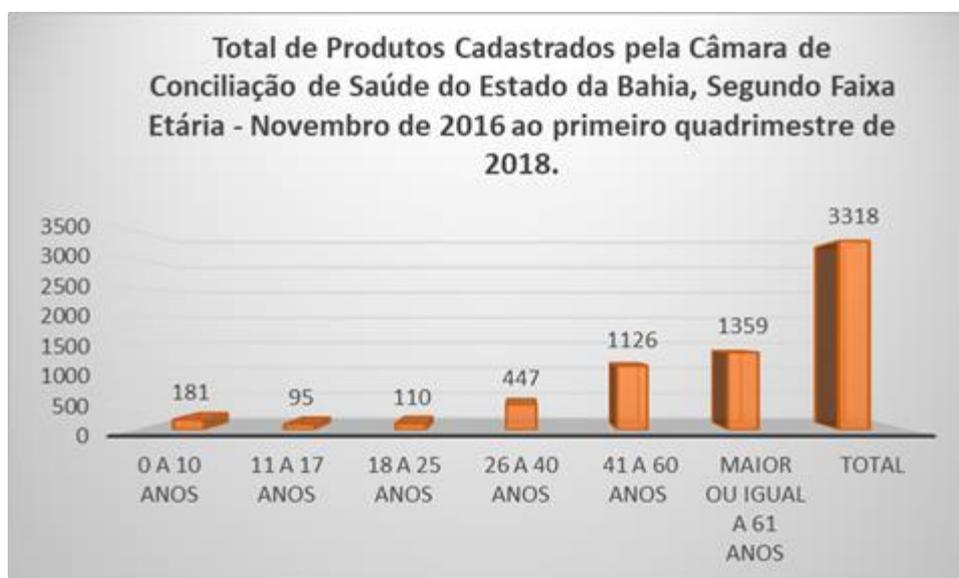
novembro de 2016 a 31 de maio de 2018. Um total de 1.479 senhas foram destinadas para cidadãos que não possuíam critério de prioridade; 1.080 senhas para cidadãos que estavam inseridos nos critérios legais de prioridade; e 2.218 senhas para cidadãos na modalidade de retorno, ou seja, pessoas que já tinham sido atendidas e cujo medicamento estava cadastrado no sistema, e regressaram para atender pendências, para receber o parecer ou por outros motivos.

Além disso, 26 senhas foram para cidadãos provenientes do interior da Bahia e 115 senhas para cidadãos que buscavam a judicialização da saúde, através do atendimento da Defensoria Pública e Ministério Público, lotados na Câmara de Conciliação de Saúde, para atender os cidadãos que não obtiveram êxito no acesso ao direito da Saúde. Constata-se, ao analisar este tipo relatório do sistema da CCS/BA, que a maior parte do atendimento é para pleitear o direito fundamental à saúde; houve registro de, apenas, 115 cidadãos, de um total de 4.918 senhas geradas para o período de novembro de 2016 a maio de 2018, que buscaram a judicialização da saúde.

A análise dos dados da Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia, demonstrados no Relatório Quantitativo de Atendimento, por Faixa Etária do Solicitante, gerado em 03/05/2018, às 16:29:52, para o período de 01 de novembro de 2016 a 31 de maio de 2018, revelou a contagem de atendimentos que tiveram o produto (medicamento) cadastrado no Sistema da CCS/Ba, tomando por base a faixa etária do solicitante. Segundo o Relatório, a quantidade por faixa etária leva em conta que pode haver mais de um produto/medicamento para um mesmo atendimento.

No Gráfico n. ° 02, observa-se que o maior número de produtos cadastrados ocorreu na faixa etária com mais de 61 anos, com 1.359 (mil e trezentos e cinquenta e nove) produtos cadastrados, seguido da faixa etária que compreende de 41 anos a 60 anos, com 1.126 (mil, cento e vinte seis) produtos cadastrados. A faixa etária entre 11 anos a 17 anos foi a que teve o menor número de produtos cadastrados.

GRÁFICO N. ° 02 – Total de Fármacos Deferidos pela Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia, Segundo Faixa Etária – novembro de 2016 ao primeiro quadrimestre de 2018.



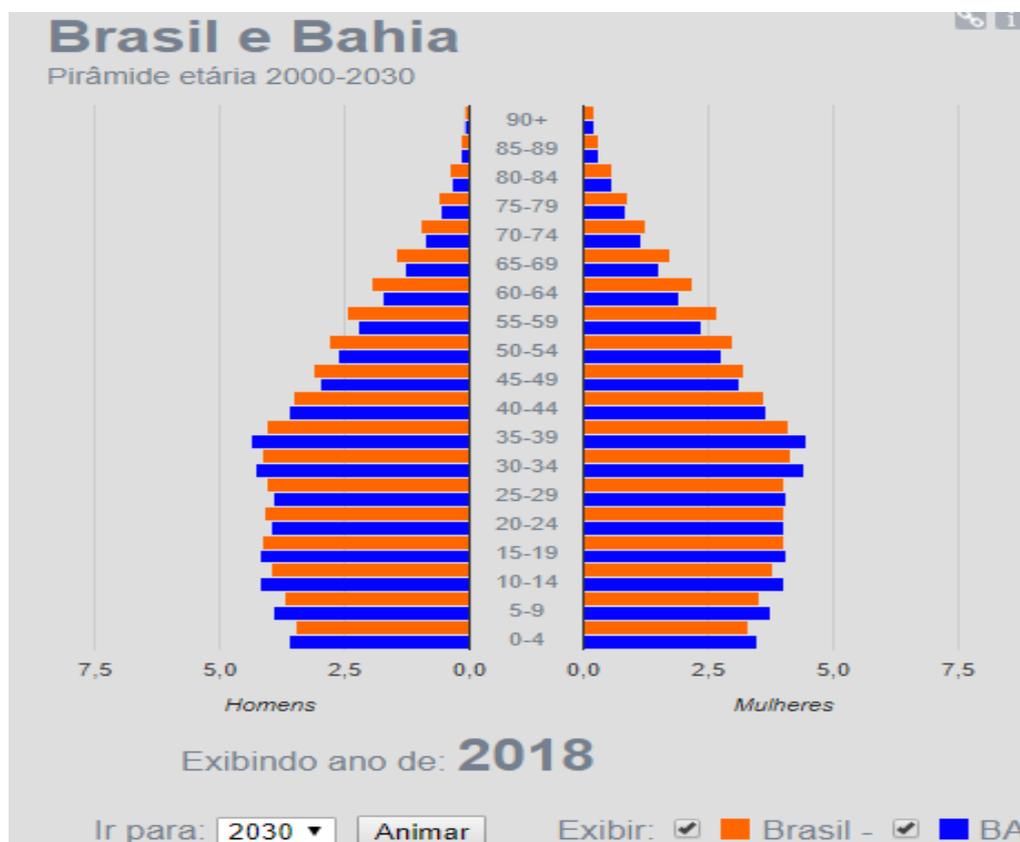
Fonte dos dados: Sistema de Informação da Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia.

Portanto, pode-se afirmar que a população adulta e idosa necessita de políticas públicas mais efetivas, tendo em vista o envelhecimento da população brasileira e baiana, cuja pirâmide etária apresenta estreitamento em sua base e aumento do centro e ápice – vide dados do IBGE/2010¹⁵, que dá conta da projeção da população para o ano de 2018.

Observa-se, assim, que a faixa etária dos mais idosos está mais sujeita a gerar novas judicializações, ao mesmo tempo em que a sua demanda mais específica por cuidados na área de saúde poderá subsidiar melhorias nas estratégias para intensificar o uso da conciliação como alternativa à judicialização. Dessa forma, é preciso promover melhorias nas Políticas Públicas de Saúde, não apenas no que tange às Políticas Públicas da Assistência Farmacêutica, mas no âmbito de todas as políticas que atendam o indivíduo em sua integralidade e no seu direito fundamental à saúde.

¹⁵ Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>>. Acesso em 01-06-2018.

GRÁFICO n. ° 03 – Pirâmide Etária do Brasil e da Cidade de Salvador/BA, segundo dados do IBGE/Projeção 2018.



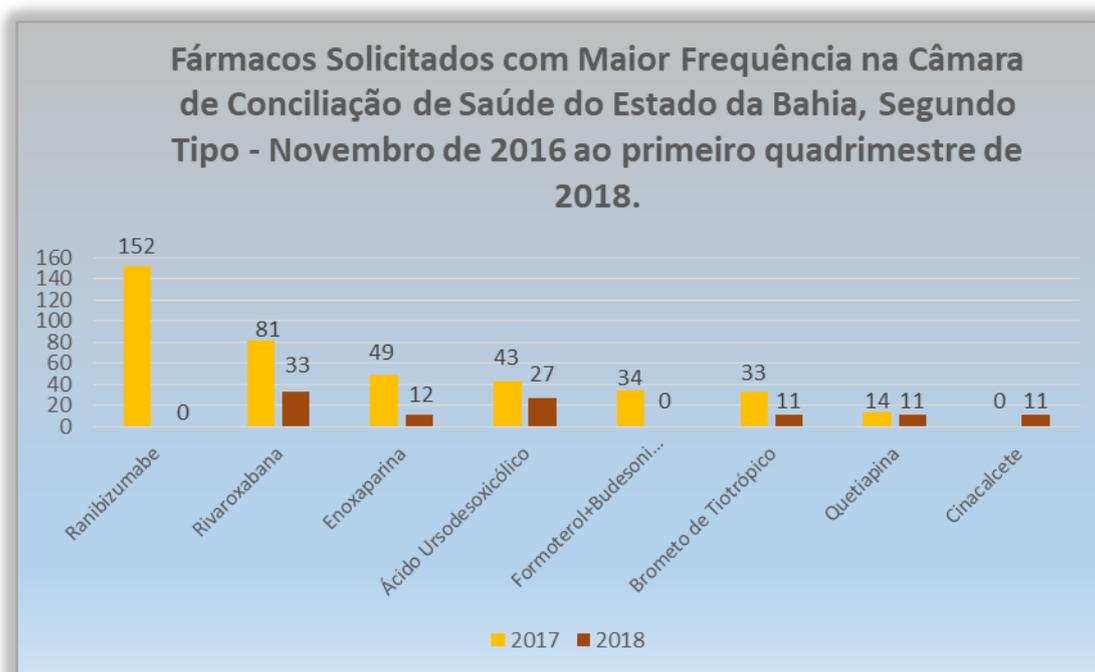
Fonte: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>.

Dentre os fármacos pleiteados na Câmara de Conciliação em Saúde, em aguardo do parecer da equipe multidisciplinar, tem-se, no Gráfico n. ° 04, a projeção dos medicamentos mais solicitados. Essas informações subsidiam a gestão estratégica das Políticas Públicas de Saúde, pelas Secretarias de Saúde Municipal e Estadual, as quais poderão implementar ações preventivas e de promoções da saúde, e não apenas o tratamento da doença. Tal ação também permitirá ao Sistema Único de Saúde tornar as Políticas Sociais mais efetivas e, quiçá, minimizar a judicialização da saúde, nas questões em maior conflito.

Dentre as medicações mais solicitadas na Câmara de Conciliação de Saúde, em 2017, segundo o Relatório Medicamentos Mais Solicitados, fornecido pela gestão do serviço, figuravam: Ranibizumabe (Lucentis), Rivaroxabana (Xarelto), Enoxaparina (Clexane, Versa), Ácido Ursodexocólico (Ursodiol) e Formoterol+Budesonida (Alenia, foraseq, symbicort). Já

em 2018, foram requisitados: Terapia antiangiogênica, Rivaroxabana (Xarelto), Ácido Ursodesoxicólico (Ursodiol), Enoxaparina (Clexane, Versa), Quetiapina, Cinacalcete (Conitec, Mimpara) e Brometo de Tiotrópio (Spiriva, Respimat).

GRÁFICO N. ° 04 – Fármacos Deferidos pela Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia, segundo o Tipo de Fármaco – novembro de 2016 ao primeiro quadrimestre de 2018.



Fonte dos dados: Sistema de Informação da Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia.

O Gráfico n. ° 04 demonstra os oitos fármacos mais solicitados na Câmara de Conciliação em Saúde, pelos municípios de Salvador/BA. E a Tabela n. ° 02 apresenta a quantidade dos principais fármacos solicitados na Câmara de Conciliação em Saúde do Estado da Bahia, em relação às competências de 2017 e 2018. Analisar a frequência com que estes fármacos são solicitados permite auxiliar as Políticas Públicas de Saúde em relação ao planejamento das ações e serviços, no que se refere à promoção, à prevenção e à recuperação da saúde dos municípios de Salvador/BA.

Dentre os medicamentos mais solicitados no ano de 2017, estão: Ranibizumabe, a Rivaroxabana, Enoxaparina e o Ácido Ursodexocólico. Seguidos pelos medicamentos Formoterol associado a Budesonida, Brometo de Tiotrópico, Quetiapina e Cinacalcete com demandas, conforme demonstra a Tabela n. ° 02.

Em relação ao ano de 2018, percebe-se ao analisar este tipo de relatório, fornecido pelo Sistema Eletrônico da Câmara de Conciliação em Saúde, que não houve demanda para o medicamento Ranibizumabe e Formoterol associado a Budesonida. Enquanto a maior demanda foi para a Rivaroxabana e Ácido Ursodesoxicólico, segundo Tabela n. ° 02.

Segundo a indicação farmacológica, tem-se: a Ranibizumabe é utilizado em pacientes em tratamento de degeneração macular neovascular (exsudativa ou úmida) relacionada à idade e edema macular diabético e outras deficiências visuais; a Rivaroxabana é indicado para prevenção de embolias sistêmicas e pulmonar e tratamento ou prevenção de trombose venosa profunda; o Ácido Ursodesoxicólico é indicado para doenças hepato-biliares e colestáticas crônicas; o Formoterol associado a Budesonida indicado no tratamento da asma e doença pulmonar obstrutiva crônica; Brometo de Tiotrópico indicado para paciente com doença pulmonar obstrutiva crônica; Quetiapina tratamento de esquizofrenia e outros transtornos psiquiátricos e o Cinacalcete é indicado nos tratamentos de hiperparatiroidismo secundário em pacientes com doença renal em estágio final.

Tais indicadores contribuirão para o planejamento das Políticas Sociais de Atenção Farmacêutica, pelas Secretarias de Saúde do Estado da Bahia e Secretaria Municipal de Saúde de Salvador/BA, da população em análise, ou seja, munícipes de Salvador/BA. Não apenas promovendo a saúde desta população, quanto provendo as unidades dispensadoras de fármacos suficientes para atender a demanda, evitando, assim, a geração de conflitos pela ineficiência da garantia do acesso aos medicamentos.

TABELA N.º 02 – Fármacos Solicitados com Maior Frequência na Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia, Segundo Tipo – novembro de 2016 ao primeiro quadrimestre de 2018.

TABELA N.º 02 – Fármacos Solicitados com Maior Frequência na Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia, Segundo Tipo – Novembro de 2016 ao primeiro quadrimestre de 2018.		
TIPO	2017	2018
Ranibizumabe	152	Não houve registro
Rivaroxabana	81	33
Enoxaparina	49	12
Ácido Ursodesoxicólico	43	27
Formoterol+Budesonida	34	Não houve registro
Brometo de Tiotrópico	33	11
Quetiapina	14	11
Cinacalcete	Não houve registro	11

Fonte dos dados: Sistema de Informação da Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia.

Por fim, analisamos um outro Relatório fornecido pela Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia, que foi o Relatório Quantitativo de Atendimentos pelo Resultado do Parecer. Este documento foi gerado em 14/06/2018, às 15:53:11, para o período de 01 de novembro de 2016 a 31 de maio de 2018. Este tipo de Relatório faz a contagem de pareceres emitidos pela equipe multidisciplinar do CCS/BA. A quantidade expressa no Relatório leva em consideração que poderá haver mais de um parecer para um mesmo produto, ou seja, medicamento.

Os Pareceres emitidos (Tabela n.º 03) foram classificados pela gestão como pareceres finais e intermediários. Os pareceres finais são aqueles que expressam uma decisão definitiva da equipe multidisciplinar; e os pareceres intermediários são aqueles que contêm despachos diversos – por exemplo, na sugestão de substituição de produtos, nos casos de sugestão de opções terapêuticas, informe de estoque em aguardo de reposição pelo ente público ou de emissão de pareceres de medicamentos excepcionais, feitos ao Órgão público

estadual ou Municipal, com o informe da demanda e a solicitação de disponibilidade de tal produto para um usuário específico, fundamentando com os exames, pareceres e relatórios médicos necessários. A presente pesquisa também denominou de relatórios mistos, aqueles que podem trazer tanto orientações definitivas quanto intermediárias*.

TABELA N.º 03 – Relatório do Quantitativo de Atendimento pelo Resultado do Parecer – novembro de 2016 ao primeiro quadrimestre de 2018.

TABELA N.º 03 – Relatório Quantitativo de Atendimento pelo Resultado do Parecer – Novembro de 2016 ao primeiro quadrimestre de 2018.		
Tipo de Parecer	Quantidade	Tipo de Relatório
Ofício da Impossibilidade de Dispensação	999	Final
Ofício de Encaminhamento de Dispensação para a Unidade Dispensadora	705	Final
Ofício de Orientação Diversas	658	Misto*
Ofício de Substituição de Produto	560	Intermediário
Ofício de Medicamentos Excepcionais	450	Intermediário
Ofício de Inclusão em Programa de Assistência Terapêutica	370	Final
Ofício de Regularização de Estoque (Prorrogação)	180	Intermediário
Ofício de Pendências	93	Intermediário
Ofício de Fórmulas Alimentares Especiais	27	Final
Outro Resultado (sem ofício) *	21	Sem Ofício
Submeter à Análise da Defensoria Pública	1	Sem Ofício
Total	4.064	

Fonte dos dados: Sistema de Informação da Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia.

Destarte, ao analisar os dados da Tabela n.º 03, referentes às informações geradas no Relatório Quantitativo de Atendimento pelo Resultado do Parecer, constata-se que, do total de 4.064 (quatro mil e sessenta quatro) pareceres emitidos, 999 (novecentos e noventa e nove) Ofícios foram emitidos indeferindo de forma definitiva; ou seja, 999 pedidos de usuários do Sistema Único de Saúde não conseguiram, através do método da conciliação, um parecer favorável ao acesso ao direito fundamental à saúde.

Doutra parte, 1.102 (mil, cento e dois) Ofícios foram emitidos com parecer favorável, através do método autocompositivo da conciliação, pela Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia, permitindo o acesso ao direito fundamental à saúde: 705 (setecentos e cinco) Ofícios de encaminhamento de dispensação para a Unidade dispensadora, 370 (trezentos e setenta) Ofícios de Inclusão em programas de Assistência Terapêutica e 27 (vinte e sete) Ofícios de dispensação de Fórmulas Alimentares Especiais. Ressalta-se que o Sistema Operacional da CCS/BA considera produtos com Parecer favorável (medicamentos com Parecer favorável), e não número de usuários, visto que poderá um mesmo usuário ter vários produtos ou medicamentos solicitados em apenas uma demanda.

Em posse do parecer favorável, o usuário do Sistema Único de Saúde/SUS é orientado pela equipe multidisciplinar da Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia a procurar determinada unidade dispensadora, conforme sua demanda. Entretanto, a CCS/BA não realiza o registro se tais usuários lograram êxito ou não perante o órgão público. Além disso, os usuários do SUS são orientados a retornarem a CCS/BA ou defensoria privada, para judicializarem suas demandas, caso não obtenham acesso ao direito fundamental à saúde, substanciado com o parecer emitido pela CCS/BA, sobre suas necessidades e pleito.

GRÁFICO N. ° 05 – Percentual de Pareceres favoráveis ao Acesso ao Direito Fundamental à Saúde, pela Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia.



Fonte dos dados: Sistema de Informação da Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia.

Em face dos dados apresentados pela Câmara de conciliação de Saúde, continua-se a inferir o percentual de conflitos resolvidos, por medicamentos solicitados, no âmbito dos métodos autocompositivos. Observa-se, no Gráfico n.º 05, que dos 1.102 (mil, cento e dois) pareceres, no período de novembro de 2016 a maio de 2018, deferiram o direito fundamental à saúde 999 (novecentos e noventa e nove) pareceres emitidos com a impossibilidade de dispensação do medicamento, pela Secretaria de Saúde do Estado da Bahia e pela Secretaria Municipal de Saúde de Salvador/BA. Então, uns percentuais de 52,45% de pareceres favoráveis a um determinado fármaco poderiam minimizar a judicialização da saúde e, conseqüentemente, evitar um impacto nocivo sobre as Políticas Públicas de Saúde.

Por outro lado, 999 (novecentos e noventa e nove) pareceres que foram desfavoráveis ao acesso ao direito fundamental à saúde, pelo método da conciliação, perfazem um percentual de 47,55% conflitos não solucionados, podendo levar à judicialização da saúde. As causas prováveis desses indeferimentos, citadas pela gestão da CCS/BA, podem ter sido: recusa do ente público, por motivos diversos, de adquirir aquele medicamento pleiteado; recusa do médico assistente em substituir o produto terapêutico etc.

Logo, compreende-se a necessidade de expansão do serviço para atender a outros Municípios do Estado da Bahia, fazendo jus à concepção de Sistema Único de Saúde – e, portanto, interligado e unido por capacidade resolutiva e de gestão, com o Estado e a União, consoante as concepções da intersetorialidade, que visa a unir poderes e saberes em prol de um único objetivo: a garantia dos direitos fundamentais à saúde de forma integral e imediata, conforme reza a Constituição Federal de 1988.

Segundo Spengler (2007, p. 376), “ao transferir ao judiciário a prerrogativa de tratamento dos conflitos, o cidadão ganha a tranquilidade de deter a violência privada/ilegítima, mas perde a possibilidade de tratá-los de modo autônomo”. Quando o indivíduo encontra deficiência na prestação positiva do Estado, no que se refere ao direito social à saúde, existem alternativas na resolução do conflito, além da judicialização, que são as Câmaras de Conciliação de Saúde, que permitem uma certa autonomia na resolução das querelas.

A proposta é a construção de uma estratégia de tratamento de conflitos que tenha por base uma temporalidade inovadora, que fique além do tempo processual contido no ritual judiciário; que parta de uma matriz do Direito relacionada com sujeitos históricos e não apenas com sujeitos processuais; que possibilite ultrapassar a barreira de caráter triádico (juiz, autor e réu), permitindo que o conflito seja visto como um evento fisiológico “tratável”, mas nem sempre “solucionável”; que possibilite dar um salto quantitativo no tratamento da conflitualidade atual mediante

a instauração de uma nova cultura que vá além da dicotomia positiva ganhador/perdedor para revisitar a possibilidade de ganho para ambas as partes, comungando de um estar “com” o outro e não “contra” o outro, fazendo do espaço comum não o momento do “juiz decisor”, mas das “partes” mutuamente consensuadas, autonomizadas e responsabilizadas (SPENGLER, 2007, p. 399).

Por conseguinte, os problemas e conflitos na área da saúde não podem ser compreendidos como algo isolado e único de um Município ou Estado, mas comum a todos e ao SUS. Sendo um Sistema considerado como um todo, formado por pequenas partes, que são os serviços e ações dos entes federados – União, Estado e Municípios –, deve agir para garantir o direito social à saúde previsto a Constituição Federal. É melhor unir as necessidades e capacidades do que separá-las. A intersetorialidade integra diversos saberes, poderes e capacidades para a consecução da efetivação das Políticas Públicas de Saúde e, consequentemente, para a efetivação dos direitos fundamentais sociais da saúde.

Mister se faz a ampliação das políticas em atenção pela Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia, além da amplitude de Municípios e a inclusão da união como parceiros, para garantirem a efetivação dos direitos fundamentais e minimizarem a judicialização no Estado da Bahia e seus impactos nocivos sobre as Políticas Públicas Sociais.

De igual modo, deve-se ampliar o atendimento diário na CCS/BA, visto que, ao disponibilizar 20 (vinte) senhas diárias para o atendimento dos munícipes de Salvador/BA, se alcançaria um total, no período de 26 de novembro a 31 de dezembro de 2016, de cerca de 500 (quinhentos) atendimentos; considerando o ano de 2017, com 251 (duzentos e cinquenta e um) dias úteis, seriam 5.020 (cinco mil e vinte) atendimentos ao ano e, em relação ao período compreendido de 01 de janeiro de 2018 a 30 de maio de 2018, seriam 2.100 (dois mil e cem) atendimentos, para 105 dias úteis de funcionamento da Câmara de Conciliação de Saúde.

Entretanto, segundo os dados fornecidos pela Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia, através do Relatório Quantitativo de Atendimento por tipo de Senha, o documento especificou um total de 4.918 (quatro mil, novecentos e dezoito) atendimentos, no período de 01 de novembro de 2016 a 31 de maio de 2018, perfazendo um percentual de 64,54 % de sua capacidade instalada, para o mesmo período.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O movimento neoconstitucional, que surgiu a partir do século XX, traz para o direito constitucional uma nova análise, sendo interpretado pelos agentes públicos e jurídicos à luz da axiologia dos princípios e regras, com força normativa vinculante e objetiva. Nesse cenário, os direitos sociais, as conquistas dos movimentos sociais por melhorias e o sentimento de liberdade e segurança foram positivados como direitos fundamentais do homem, fundamentados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Em constante polêmica no meio jurídico e na sociedade, o ativismo judicial, como nova postura do judiciário de ir além do positivado, de forma criativa e limitada, nesse estado neoconstitucional, visa a buscar, através da intersectorialidade, a cooperação e a colaboração, sejam técnicas ou jurídicas, aos demais Órgãos do Poder. Isso se torna imperativo, no âmbito de um país Democrático de Direito Social, a fim de que se efetivem as políticas sociais como direitos fundamentais do cidadão, tendo em vista a incapacidade do Estado em geri-las.

Nesse diapasão, ao se referir à efetividade dos direitos sociais e à reserva do possível, apresenta-se uma distorção da exegese brasileira em relação a tal princípio alemão, já que, no Brasil, se entende que a garantia desses direitos, que são direitos fundamentais, está condicionada à reserva do possível, que seria a disponibilidade de recursos financeiros, econômicos e estruturais para cumprir obrigações que são objetivas e de aplicação imediata.

Para sustentar tal tese, a da reserva do possível, faz-se necessário que o poder público demonstre, por meio de balancetes financeiros e orçamentários, a escassez de recursos para a garantia das políticas sociais. Além disso, precisa demonstrar a eficiência do planejamento estratégico para atender às necessidades sociais do indivíduo e do coletivo.

Tal justificativa, a da reserva do possível, mascara a ineficiência e os interesses escusos do poder neoliberal, ao limitar as políticas sociais e manter as desigualdades sociais, além de intensificar a vulnerabilidade da população, especialmente a que está em condição de risco. Dessa forma, distorce-se a concepção do que seja o mínimo existencial, que não é o diminuto ou o insuficiente, mas aquilo que é capaz de proporcionar o bem-estar ao indivíduo e atender suas necessidades humanas básicas.

Nesse cenário, com a justificativa do meio de Controle de Freios e Contrapesos, assim como do paradigma da intersectorialidade, o judiciário, fundamentado na força normativa do direito constitucional e na ponderação dos princípios, compreende que não é razoável para o cidadão e para a sociedade, em vista da segurança jurídica, que o poder

público não proporcione uma existência digna para todos. A partir dessa concepção, entende-se que a efetivação dos direitos sociais não poderá estar limitada ao capital e a interesses neoliberais, uma vez que isso não seria razoável e mitigaria o direito à vida, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

Com isso, o indivíduo busca na judicialização das políticas sociais a efetivação dos seus direitos constitucionais. Em relação à judicialização, que surge e se intensifica quando ocorre a ineficácia do Estado em cumprir o seu dever, trata-se de decisões com um teor político e jurídico, na qual o judiciário interfere em outros poderes, no Legislativo e no Executivo. Esta interferência, para a resolução de conflitos, deverá se limitar à legislação e, em especial, ao Controle de Freios e Contrapesos, caso contrário haverá uma desarmonia entre os poderes, no que se refere às suas funções típicas e atípicas.

O ativismo judicial, que muitas vezes se confunde com a judicialização, é uma decisão proativa do poder Judiciário frente à interpretação além do legal, em especial da Constituição. É uma interferência que ultrapassa os limites dos princípios constitucionais da divisão dos poderes; ou seja, não há nele qualquer respaldo legal. O ativismo ideal seria aquele que surge de uma forma nova, criativa e ampla de interpretar o direito, além do que está positivado, mas que se limita aos conteúdos essenciais e normativos constitucionais.

Portanto, a judicialização e o ativismo judicial, contidos nos limites da norma, tornam-se um bem necessário para a efetivação das políticas públicas, em especial do direito à saúde. Daí se tornam positivos, quando interpretam as normas e as políticas sociais de forma criativa e ampla, mas com respaldo na lei e nos princípios, a exemplo do princípio da dignidade da pessoa humana.

Conforme foi aqui abordado, a análise das políticas sociais no Brasil perpassa as condições do Estado frente à crise do capital e de unidade política, para manter as necessidades humanas dos indivíduos e da coletividade. A descentralização e a intersetorialidade são estratégias de enfrentamento da crise e forma de efetivação desses direitos e da cidadania.

A participação popular, como instrumento de controle e definição das políticas públicas, é fundamento de uma democracia participativa, em busca do bem-estar social universal e objetivo. Outrossim, os órgãos de controle, a exemplo do componente de Auditoria do Sistema Único de Saúde, contribuirão para a efetivação das políticas públicas sociais e para o combate à corrupção.

Portanto, a participação do cidadão nas decisões é imprescindível para as políticas sociais. Mister se faz o fortalecimento de uma cidadania atuante e organizada, no contexto de uma gestão participativa e estratégica. Não basta unir as competências e o poder de ação, para efetivar as políticas sociais; é preciso capacitação e reciprocidade, a fim de decidir o melhor caminho para a efetivação dessas políticas, que concorrem para o acesso aos direitos sociais fundamentais.

Compreende-se que a judicialização das políticas sociais não é a garantia de universalidade e equidade dos direitos sociais fundamentais, visto que o acesso à justiça é limitado a uma parte da sociedade. Deve-se levar em conta, ainda, que o recurso à judicialização acaba, muitas vezes, desestruturando os serviços e a implementação das próprias políticas sociais. Portanto, é primordial acumular conhecimentos e capacidades provenientes da sociedade civil, de diversas áreas do conhecimento, de entidades governamentais e não-governamentais, através da intersetorialidade, para efetivar as políticas públicas – sem esquecer, entretanto, que o Estado é o principal agente garantidor dessas políticas.

Nesse diapasão, a população será o controlador e o mediador das decisões do poder e da efetivação das ações, que atenderão de forma equânime, universal, objetiva e significativa às necessidades individuais e coletivas. A busca por caminhos e alternativas para superar a crise sistêmica que enfrenta o Estado, com recursos que são mal administrados, podem ser delineadas pela intersetorialidade, ao reunir conhecimentos, poder e capacidades.

Caso essa reunião de forças e alternativas não vingue, a população, que tem acesso à justiça, continuará a requerer guarida no judiciário, para fazer prevalecer o que está, constitucionalmente, garantido na Carta Magna. Doutra parte, grande parcela da sociedade, principalmente, os mais vulneráveis, continuarão invisíveis e à margem do direito, sem cidadania e sem guarida, ou seja, continuarão a serem dizimados pelo valor do capital.

Conforme prevê a Constituição Federal de 1988, em seu Art. 5.º e parágrafos, os direitos fundamentais são garantidos de forma imediata a todos, sem distinção de qualquer natureza ou qualquer óbice, inclusive a reserva do possível. Portanto, em caso de descumprimento desses preceitos legais, por omissão do poder público em garanti-los ou na presença de lacunas legislativas impeditivas de fruição desses direitos, o Poder Judiciário, em consonância com o Sistema de Freios e Contrapesos, oriundo do Princípio da Separação dos Poderes, poderá intervir.

No caso de omissão ou lacuna legislativa, o Poder Judiciário, nos limites constitucionais, interpretará o caso concreto à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, instrumento da analogia, costumes e princípios gerais de direito em busca da justiça ou do “meio termo” aristotélico, para garantir o acesso aos direitos fundamentais.

Outrossim, a dignidade da pessoa humana é critério direcionador para a identificação material dos direitos fundamentais e estará assegurada ao indivíduo, como garantia da cidadania e de preservação da vida. Portanto, é de extrema relevância encontrar caminhos para a aplicabilidade efetiva e imediata dos direitos fundamentais, sem o óbice da distorção do princípio da reserva do possível, à mercê dos interesses do poder e do capital. Deve-se compreender, enfim, que o mínimo existencial não é o diminuto, e que o dever-ser do Estado é fazer valer as garantias sociais.

A partir dessa concepção, o intérprete deve delimitar o caso concreto ao sentido e alcance do princípio da dignidade da pessoa humana, objetivando materializar o exercício dos direitos fundamentais. Deve, ainda, compreender que esse princípio encontra relação estreita com o direito à liberdade, à igualdade, à vida e outros que constituem ontologicamente o indivíduo como um todo e enquanto ser humano, pertencente a um meio social.

Os preceitos referentes à dignidade da pessoa humana não podem ser analisados, somente, do ponto de vista individual, mas, também, vislumbrando uma perspectiva coletiva, com valores e fins superiores de ordem jurídica, em face do poder estatal ou privado. Portanto, mister se faz reconhecer a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana, para a consolidação do direito justo, em sua ampla e plena eficácia.

Ressalta-se que os direitos fundamentais são todos aqueles definidos na Carta Magna, em tratados internacionais, quando recepcionados pela Constituição como tal e em outros textos legais, revestidos pela força de um direito fundamental e pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Buscar alinhar o caso concreto aos preceitos constitucionais, com todo seu acabo axiológico e normativo, é o desafio do intérprete do direito, consoante a concepção neoconstitucionalista. Entretanto, não se deve afastar dos limites constitucionais postos, além de ser correto buscar o liame do meio-termo entre aquilo que é justo e eficaz.

Para Barroso (2017, p. 86), um Direito Constitucional chancelado na efetividade deve ter os seguintes pressupostos: a Constituição deve conter limites, com base na razoabilidade e proporcionalidade, para não comprometer seu caráter normativo; ter eficácia jurídica e imperatividade; sua inobservância sujeita a ações coativas; essas normas devem

estruturar-se de forma que expressem a vontade do constituinte; e as normas devem ser resguardadas pela tutela de órgãos específicos.

Outrossim, a relevância da intersetorialidade se ancora na efetividade desses direitos fundamentais, principalmente, em face da crise estatal e da influência acirrada do capitalismo e dos interesses do poder. Deve-se buscar, com diversos saberes e ciências, além do direito e da saúde, criar estratégias efetivas e eficazes, a fim de propiciar um meio adequado para a efetivação dos direitos fundamentais, a exemplo dos direitos sociais à saúde. Afasta-se, assim, a justificativa da reserva do possível, visto que só poderá ser invocada quando o Estado garantiu a existência digna de todos (mínimo existencial). Ao aderir ao contrato formal (reserva do possível), nega-se o Estado Constitucional de Direito.

Dentre as estratégias para a garantia do acesso aos direitos fundamentais, têm-se os métodos autocompositivos de resolução de conflitos (mediação, conciliação e outros) como alternativa à judicialização da saúde, na omissão do poder público em efetivar esse direito fundamental. Dessa forma, a conciliação torna-se uma alternativa célere e com baixo custo para as partes e para o Estado, na resolução de conflitos na área da saúde, assim como na concretude de outros direitos sociais.

A atuação das Câmaras Permanentes de Mediação em Saúde, cuja finalidade é resolver os conflitos sobre a falta de acesso às Políticas de Saúde (seja na área da Vigilância em Saúde, Média e Alta Complexidade, Assistência Farmacêutica, regulação de leitos, acesso às Cirurgias e exames, fornecimento de materiais como órteses e próteses etc.), pode reduzir a judicialização e, assim, garantir o direito fundamental à saúde.

Portanto, os resultados do presente estudo, após descrever o processo de trabalho de uma Câmara de Conciliação de Saúde do Estado da Bahia como alternativa à judicialização ao direito social fundamental à saúde, demonstraram se tratar de um projeto inovador e que se encontra em fase de expansão e ajustes, de acordo com a avaliação dos gestores e segundo as necessidades da população assistida.

A Câmara de Conciliação de Saúde foi instituída por meio do Convênio de Cooperação nº 01/2015, contando com vários integrantes do Poder Executivo e do Poder Judiciário, tais como: Tribunal Regional Federal (TRF-1ª Região), Tribunal de Justiça da Bahia (TJ-BA), Ministério Público Estadual (MPE), a Defensoria Pública da União (DPU), a Defensoria Pública do Estado (DPE), a Secretaria Municipal de Saúde de Salvador/BA (SMS), a Procuradoria Geral do Município de Salvador/BA (PGM-SSA), a Procuradoria Geral do Estado da Bahia (PGE) e a Secretaria de Saúde do Estado da Bahia (SESAB).

Ressalta-se que a Câmara de Conciliação de Saúde está situada no Estado da Bahia, na cidade de Salvador/BA e atende, até a presente data, municípios de Salvador/BA em conflitos, em casos referentes ao direito de acesso à saúde, em relação às Políticas Públicas da Assistência Farmacêutica.

A Câmara é financiada pelos parceiros integrantes, que fornecem profissionais e mantém a estrutura física, ao exemplo das Secretarias de Saúde do Estado da Bahia e Secretaria Municipal de Saúde de Salvador/BA que disponibilizaram profissionais da área da saúde, tais quais, médicos, farmacêuticos e nutricionistas para comporem a equipe multidisciplinar da Câmara de Conciliação em Saúde. A despesa com a manutenção dos serviços é compartilhada entre os parceiros integrantes, enquanto as despesas com a manutenção dos processos judiciais de saúde pertencem ao judiciário. Segundo o CNJ (2017), “as despesas totais do Poder Judiciário, no ano de 2016, foram de R\$ 84,5 bilhões de reais e corresponde a 1,4% do PIB nacional, representando um crescimento de 0,4% com relação ao último ano”.

Pela análise dos dados fornecidos pela Secretaria de Saúde do Estado da Bahia, constatou-se que existem outras Políticas Públicas em constante litígio judicial, que levaram a bloqueios orçamentários, em face do pleito de garantias constitucionais, demandadas pelos usuários do Sistema Único de Saúde/SUS. Tais demandas poderiam ser objetos de conciliação da Câmara de Conciliação de Saúde, assim, evitariam o uso da máquina judiciária dilatando as despesas do Poder Judiciário com os processos judiciais e intensificando os efeitos da judicialização da saúde sobre o orçamento das Políticas Sociais.

Após descrever o processo de trabalho e as características dos processos conciliados, quanto ao perfil do usuário do SUS, constatou-se que o tempo médio de resposta à resolução do conflito, nesta Câmara de Conciliação, é de 2 (duas) horas. Esse tempo é considerado quando se está na presença de conformidade da documentação necessária para obtenção de um parecer da equipe multidisciplinar, lotada na Câmara de Conciliação de Saúde. O serviço é gratuito, não sendo demandado qualquer custo para o cidadão, e dispõe de uma equipe multidisciplinar, composta por diversos profissionais capacitados das diversas áreas do conhecimento, tais quais: saúde, direito, administração e outros.

Outrossim, a Câmara de Conciliação de Saúde/CCS-BA tem capacidade técnica e estrutural para ampliar o atendimento ao usuário do Sistema Único de Saúde/SUS para outros municípios do Estado da Bahia, desde que integre como parceiros ativos a União e demais Secretarias Municipais de Saúde. Compreende-se que o SUS, por ser um sistema complexo,

necessita da integração de todos os entes federados, principalmente da União, tendo em vista sua maior capacidade financeira. Assim como necessita de todas as áreas do conhecimento para atender à complexidade do problema em questão, seja em nível de capacidade de gestão, capacidade financeira e resolutive ou em atenção a normas e princípios constitucionais.

Os Pareceres emitidos pela Câmara de Conciliação de Saúde/CCS-BA favoráveis ao direito de acesso à saúde demonstram que o método autocompositivo do tipo conciliação, quando há uma interdisciplinaridade de saberes e de poder, pode ser um procedimento alternativo à judicialização da saúde, na garantia do acesso ao direito fundamental da saúde. Compreende que a CCS-BA não é capaz de garantir sozinha o direito à saúde, visto que depende da prestação positiva do ente público, conforme demonstrou o estudo em comento.

A pesquisa não teve a pretensão de resolver um problema complexo e sistêmico, mas buscar elementos que venham a estabelecer possível ampliação da conciliação de saúde no Estado da Bahia, com a adesão de outros entes públicos, no que concerne à intersetorialidade e à garantia dos direitos sociais pelas políticas públicas de saúde, de forma integral e imediata.

Em suma, o trabalho aqui apresentado pretendeu despertar o interesse para alternativas que possam ser ampliadas e milimetricamente estudadas, para garantir o direito fundamental das políticas sociais e o fortalecimento da cidadania, segundo o princípio da dignidade da pessoa humana, à luz do neoconstitucionalismo e da teoria dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa W.D. Ross. 4ed. São Paulo: Nova Cultura, 1991. Disponível em <http://portalgens.com.br/portal/images/stories/pdf/aristoteles_etica_a_nicomaco_poetica.pdf>. Acesso em 27 jan. 2018.

ARRETHE, M. **Políticas Sociais no Brasil: descentralização em um Estado federativo**. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v14n40/1712>>. Acesso em 16 mar. 2017.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, pp. 1-19, jan./fev./mar., 2009. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em fev. 2018.

AWAD, Fahd. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. **Revista Justiça do Direito**. Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, v. 20, n. 1, pp. 111-120, 2006. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/viewFile/2182/1413>>. Acesso em mar. 2018.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado. **Manual de Conciliação Judicial**. Bahia: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Revista Atualidades Jurídicas**. n. 4. Brasília: OAB Editora, 2009b. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em 24 jun. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em 24 jun. 2017.

BELLINI, Maria Isabel Barros et al. **Políticas Públicas e Intersetorialidade em Debate**. Extraído de <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/sipinf/edicoes/I/24.pdf>>. Acesso em 15 mar. 2017.

BITENCOURT, Caroline Müller. A reserva do possível no contexto da realidade constitucional brasileira e sua aplicabilidade em relação às políticas públicas e aos direitos sociais. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 14, n. 55, pp. 213-244, jan./mar. 2014.

BOURDIEU, Pierre. O neoliberalismo, utopia (em vias de realização) de uma exploração sem limites. In: **Contrafogos** – táticas para enfrentar a invasão neoliberal. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. pp. 81- 89

BRASIL. **Justiça em Números 2017**: ano-base 2016. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2017.

_____. **Lei Federal nº 6.360, de 23 de setembro de 1976**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L6360.htm>. Acesso em 03 mar. 2018. ed. Brasília, DF: Diário Oficial da União, Seção 1, p. 12647, 24 set. 1976.

_____. **Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 03 mar. 2018. ed. Brasília, DF: Diário Oficial da União, Seção 1, p. 1, 17 mar. 2015.

_____. **Resolução nº 31, de 30 de março de 2010**. Disponível em <http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/recomendacao/recomendacao_31_30032010_22102012173049.pdf>. Acesso em 03 mar. 2018. Brasília, DF: Diário Eletrônico da Justiça, n. 61, pp. 4-6, 07 mar. 2010.

_____. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em 03 mar. 2018. Brasília, DF: Diário Eletrônico da Justiça, Seção 1, pp. 2-15, 01 mar. 2011.

_____. **Resolução nº 466, de 12 de dezembro de 2012**. Disponível em <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2013/res0466_12_12_2012.html>. Acesso em 03 mar. 2018. ed. Brasília, DF: Diário Oficial da União, v. 12, Seção 1, 13 jul. 2013.

_____. **Resolução nº 134, de 07 de dezembro de 2016**. Disponível em <<http://www.dpu.def.br/conselho-superior/resolucoes/37083-resolucao-n-134-de-07-de-dezembro-de-2016-fixa-o-valor-de-presuncao-de-necessidade-economica-para-fim-de-assistencia-juridica-integral-e-gratuita>>. Acesso em 03 mar. 2018. ed. Brasília, DF: Diário Oficial da União, n. 146, Seção 1, 02 maio. 2017.

_____. **Portaria nº 2001, de 03 de agosto de 2017**. Disponível em <<http://www.brasilsus.com.br/index.php/legislacoes/gabinete-do-ministro/15678-portaria-n-2-001-de-3-de-agosto-de-2017>>. Acesso em 03 mar. 2018.

CADEMARTORI, Sérgio. **O Estado de Direito Sob Novo Prisma**. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15671/14191>>. Acesso em 11 out. 2013.

CARVALHO, Érica Rios. **A Judicialização das Políticas Públicas de Saúde**: interlocução entre os princípios da integralidade e isonomia. Salvador, 2015. 145f. Dissertação (Mestrado) - Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania. Universidade Católica do Salvador (UCSAL), Salvador, 2015.

CHIEFFI, Ana Luiza e BARATA, Rita Barradas. **Judicialização da Política Pública de Assistência Farmacêutica e Equidade**. Disponível em: <<http://www.scielosp.org/pdf/csp/v25n8/20.pdf>>. Acesso em 24 fev. 2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed., rev. atual. e amp., Salvador: Editora Juspodivm, 2010.

_____. Ativismo judicial e concretização dos direitos fundamentais. **Revista da Faculdade Baiana de Direito**. Disponível em: <<https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/ativismo-judicial-e-concretizacao-dos-direitos-fundamentais.-por-dirley-da-cunha-junior>>. Acesso em 23 jun. 2017.

_____. Neoconstitucionalismo e o novo paradigma do Estado Constitucional de Direito: um suporte axiológico para a efetivação dos direitos fundamentais sociais. In: CUNHA JÚNIOR, Dirley da; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Orgs). **Temas de Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2007, pp. 71-112.

CUSTÓDIO, André Viana e CÍCERO, Ricardo Cavalcante da Silva. **A Intersetorialidade nas Políticas Sociais Públicas**. Disponível em: <<https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/viewFile/14264/2708>>. Acesso em 25 jun. 2017.

DARDOT, Pierre e LAVAL, Christian. **A Nova Razão do Mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016, p 413.

FARIAS, Luciano Chaves de. **Mínimo Existencial**: um parâmetro para o controle judicial das políticas sociais de saúde. 2010. 148 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Políticas Sociais e Cidadania, Superintendência de Pesquisa e Pós-graduação, Universidade Católica do Salvador, Salvador/BA, 2010

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Aurélio Júnior: dicionário escolar da língua portuguesa. 2 ed. Curitiba: Positivo, 2011.

FILGUEIRAS, Luiz. **O Neoliberalismo no Brasil**: estrutura, dinâmica e ajuste do modelo econômico. Disponível em: <<http://www.flexibilizacao.ufba.br/C05Filgueiras.pdf>> Acesso em nov. de 2018.

GLASENAPP, Maikon Cristiano. Neoconstitucionalismo: garantias constitucionais dos direitos fundamentais e judicialização. **Revista Eletrônica Direito e Política**. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 8, n. 3, pp. 1-5 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/5432/2857>>. Acesso em 13 fev. 2018.

HACHEM, Daniel Wunder. A utilização do mínimo existencial como critério de exigibilidade judicial dos direitos fundamentais econômicos e sociais: reflexões críticas. **Revista do Direito do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado**. Universidade de Santa Cruz do Sul. Rio Grande do Sul: UNISC, n. 40, pp. 90-141, ago./out., 2013. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/3594>>. Acesso em 10 jan. 2018.

HARVEY, David. Até agora, o combate à crise resolveu a situação de uma minoria, que acumula grandes riquezas à custa da maioria. **Desafios do Desenvolvimento – IPEA**, ano 9, edição 71, 08 mai. 2012. Disponível em:

<http://desafios.ipea.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2720:catid=28&Itemid=23>. Acesso em out. de 2017.

HESKETH, José Luiz; COSTA, Maria T. P. M. **Construção de um Instrumento para Medida de Satisfação do Trabalho.** Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rae/v20n3/v20n3a05>>. Acesso em 16 jun. de 2017.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

IUNES, Roberto F. **Demanda e Demanda em Saúde.** Extraído de <<http://desafios2.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/CAP4.pdf>> Acesso em 11 nov. 2016.

LINS JÚNIOR, George Sarmiento; SILVA JÚNIOR, José Ailton da. O neoconstitucionalismo no Brasil e o protagonismo do Poder Judiciário: o caso do Supremo Tribunal Federal. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife.** Universidade Federal de Pernambuco, Programa de Pós-Graduação em Direito. Recife: PPGD, v. 88, n. 1, pp. 76-100, jan./jun. 2016. Disponível em: <<https://periodicos.ufpe.br/revistas/index.php/ACADEMICA/article/view/1668>> Acesso em jan. 2018.

KRELL, Adreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha:** os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

KURZ, Robert. **A Falta de Autonomia do Estado e os Limites da Política:** quatro teses sobre a crise da regulação política. Disponível em: <<https://revistas.fee.tche.br/index.php/indicadores/article/view/921/1204>> Acesso em abr. 2017.

_____, Robert. Buracos de Ratos para Elefantes. In: **Os Últimos Combates.** Petrópolis: Vozes, 1997, pp. 223-230.

_____, Robert. **O Fim da Economia Nacional:** a globalização e a longa despedida do mundo das nações. Disponível em: <<http://obeco.planetaclix.pt/rkurz39.htm>> Acesso em abr. 2018.

LIMA, Juliano de Carvalho. Histórias das lutas sociais por saúde no Brasil. **Instituto de Consciência de Goiás.** Ano 4, n. 4, pp. 1-33 2006. Disponível em: <<http://www.institutoconscienciago.com.br/pdf/lutassocias.pdf>>. Acesso em nov. de 2017.

SOUZA E SILVA, Sebastião Antônio Loureiro de et. al. Epidemiologia e economia da saúde. In: ALMEIDA FILHO, Naomar de; BARRETO, Mauricio L. **Epidemiologia e Saúde.** Editora Guanabara Koogan: Rio de Janeiro, 2013, pp. 659-669.

MACHADO, Edimilson Donisete; HERRERA, Luiz Henrique Martim. **O Mínimo Existencial e a Reserva do Possível:** ponderação hermenêutica reveladora de um substancialismo mitigado. Disponível em: <

<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3480.pdf>>. Acesso em 02 jan. 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MATOS, Taysa; GOSTINSKI, Aline (Org.). **Meios Adequados de Resolução de Conflitos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

MIRA, Maria Lúcia Garcia. **Necessidades Básicas e Condições de Vida: um enfoque de saúde, um olhar de assistente social**. Disponível em: <<http://www.ts.ucr.ac.cr/binarios/congresos/reg/slets/slets-019-248.pdf>>. Acesso em 16 mar. 2017.

MONNERAT, Giselle Lavinias; SOUZA, Rosimary Gonçalves de. **Intersetorialidade e Políticas Sociais: contribuições ao debate contemporâneo**. Disponível em: <http://www.uel.br/pos/mestradoservicosocial/congresso/anais/Trabalhos/eixo2/oral/35_inters-etorialidade....pdf>. Acesso em 15 mar. 2017.

MONTAÑO, Carlos. **Pobreza, “Questão Social” e seu Enfrentamento**. Disponível em: <<http://www.cressrn.org.br/files/arquivos/nR33120487j7O65JW81e.pdf>>. Acesso em 16 mar. 2017.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 26 ed. São Paulo: Atlas. 2010, pp. 30-124.

NEVES, Isadora Ferreira. **O Lugar da Ponderação Alexyana na Doutrina Brasileira: por um reinterpretação à luz da crítica hermenêutica do direito**. 2014. 126 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito, Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Rio Grande do Sul, 2014. Disponível em: <http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3103/Isadora_Ferreira_Neves.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 29 maio 2018.

PEREIRA, Camila Potyara. Necessidades e preferências. In: **Proteção Social no Capitalismo: críticas a teorias e ideologias conflitantes**. São Paulo: Cortez, 2016, pp. 57-63.

PEREIRA, Potyara A.P. A intersectorialidade das políticas sociais na perspectiva dialética. In: MONNERAT, Giselle Lavinias; ALMEIDA, Nei Luiz Teixeira de; SOUZA, Rosimary Gonçalves de. **A Intersetorialidade na Agenda das Políticas Sociais**. Campinas, S.P: Papel Social, 2014, pp. 23-39.

_____, Potyara A.P. **Necessidades do Capital versus Necessidades Humanas no Capitalismo Contemporâneo: uma competição desigual**. Disponível em: <<http://www.portaldepublicacoes.ufes.br/argumentum/article/view/5057>>. Acesso em 15 mar. 2017.

_____, Potyara A.P. **Necessidades Humanas: subsídios à crítica dos mínimos sociais**. São Paulo: Cortez, 2000.

PIANA, Maria Cristina. **As Políticas Sociais no Contexto Brasileiro**: natureza e desenvolvimento. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/vwc8g/pdf/piana-9788579830389-02.pdf>>. Acesso em 23 jun. 2017.

PORTELLA, André Alves e TEIXEIRA, Rafaela Pires. Federalismo Fiscal e Efetividade da Dignidade da Pessoa Humana: análise da posição do município na estrutura do financiamento público brasileiro e a escassez de recursos para as ações de saúde. **Revista de Direito da Cidade**, v. 8, n. 02, p. 631-379, 2016.

_____, André Alves e JESUS, Jessica Ferreira de. Federalismo Fiscal e Descentralização Administrativa: a deficiência de autonomia dos municípios do baixo sul da bahia na promoção de ações de saúde. **Revista de Direito da Cidade**, v. 10, n. 02, p. 834-861, 2018.

QUARESMA, Silvia Jurema Leone. Movimentos sociais: legitimação da participação social na saúde. **Revista Grifos**. n. 32/33, pp. 171-190. 2012. Disponível em: <<https://bell.unochapeco.edu.br/revistas/index.php/grifos/article/download/1488/1444>> Acesso em nov. de 2017.

RANCIÈRE, Jacques. **O Ódio à democracia**. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014.

RINGEISEN, Adriana Torquato da Silva. **Mediação de Conflito no Sistema Único de Saúde**: visões e práticas de uma experiência no Município de Natal/RN. 2016. 165 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-graduação em Saúde Coletiva, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal/RN, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.ufrn.br/jspui/handle/123456789/21748>>. Acesso em: 29 maio 2018.

SANTIN, Janaína Rigo. **O Tratamento Histórico do Poder Local no Brasil e a Gestão Democrática Municipal**. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Janaina_Santin/publication/267562141_O_TRATAMENTO_HISTORICO_DO_PODER_LOCAL_NO_BRASIL_E_A_GESTAO_DEMOCRATICA_MUNICIPAL/links/556cbe7c08aec226830547c3.pdf>. Acesso em 15 mar. 2017.

SANTOS, Marta Alves. Lutas sociais pela Saúde Pública no Brasil: frente aos desafios contemporâneos. **Revista Katal**. v. 16, n. 2, pp. 233-240, jul./dez., 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rk/v16n2/09.pdf>> Acesso em nov. 2017.

SANTOS, Theotônio dos. **O Neoliberalismo como Doutrina Econômica**. Disponível em: <http://www.proppi.uff.br/revistaeconomica/sites/default/files/V.1_N.1_Theotonio_dos_Santos.pdf> Acesso em jan. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

_____, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33 ed., rev. e amp. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, Neurilene Gomes da Silva. O entrave da reserva do possível no caminho rumo à efetivação dos direitos fundamentais sociais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 105, pp. 829-878, jan./dez. 2010.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____, Ricardo Maurício Freire. Breve Notas sobre o Neoconstitucionalismo: pós-positivismo e dignidade da pessoa humana. Extraído em <<http://www.fasb.edu.br/revista/index.php/campojuridico/article/view/29/25>>. Acesso em 07 julho 2018. **Revista de Direito Agroambiental e Teoria do Direito**. v.1, n. 2. 2013.

_____, Ricardo Maurício Freire e BASTOS, Samantha Mendonça Lins. A Proteção à Dignidade da Pessoa Humana e as Medidas Provisórias nº 664/2014 e 665/2014: uma análise à luz da vedação ao retrocesso social. Extraído em <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1336>>. Acesso em 08 julho 2018. **Revista Jurídica UNICURITIBA**. v. 3, n. 40. 2015.

STÖBER, Michael. **Direito Estrangeiro e Comparado**- Generalidades: os meios alternativos de solução de conflitos no direito alemão e europeu: desenvolvimento e reformas. Extraído de <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.244.14.PDF> Acesso em 27 Agosto de 2018.

TESTA, Mario. **Pensar em Saúde**. Tradução: Walkiria Maria Franke Settineri. Porto Alegre: Artes Médicas, 1992.

TOLEDO, Luciano Medeiros de; SABROZA, Paulo Chagastelles (Org.). **Movimentos Sociais e Saúde**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2013.

TRAVAIN, Luiz Antônio Loureiro. **Direito Comparado**: princípios da conciliação e mediação na Americana Latina – breve análise - parte 1. Extraído de <<https://jus.com.br/artigos/64471/direito-comparado-principios-da-conciliacao-e-mediacao-na-america-latina-breve-analise-parte-01/2>> Acesso em 27 agosto 2018-A.

TRAVAIN, Luiz Antônio Loureiro. **Direito Comparado**: rede judiciária europeia – a mediação na União Europeia – parte 2. Extraído de <<https://jus.com.br/artigos/64831/direito-comparado-rede-judiciaria-europeia-a-mediacao-na-uniao-europeia-parte-2>> Acesso em 27 agosto 2018-B.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**: Modelos, Processos, Éticas e Aplicações. São Paulo: Método, 2008. 206 p.

WOLKMER, Antônio Carlos. **As Necessidades Humanas como Fonte Insurgente de Direitos Fundamentais.** Disponível em: http://domhelder.edu.br/veredas_direito/pdf/20_80.pdf. Acesso em 28 jul. 2016.

YASBEK, Maria Carmelita. Sistemas de proteção social, intersetorialidade e integração de políticas sociais. In: MONNERAT, Giselle Lavinias; ALMEIDA, Nei Luiz Teixeira de; SOUZA, Rosimary Gonçalves de. **A Intersectorialidade na Agenda das Políticas Sociais.** Campinas, S.P: Papel Social, 2014, pp. 77-103.