

ESCOLA SUPERIOR DE MAGISTRATURA DO ESTADO DO CEARÁ
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

**CONTROLE SOCIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE
SAÚDE X ESTRATÉGIAS DE JUDICIALIZAÇÃO**

Antonio Abelardo de Sousa

FORTALEZA - CE

2012

ANTONIO ABELARDO DE SOUSA

**CONTROLE SOCIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE
SAÚDE X ESTRATÉGIAS DE JUDICIALIZAÇÃO**

Monografia submetida à
Coordenação do Curso de
Pós-Graduação em Direito
Constitucional, da Escola
Superior de Magistratura do
Estado do Ceará, como
requisito parcial para
obtenção do grau de
Especialista em Direito
Constitucional. Orientador:
Professor MS. Flavio José
Moreira Gonçalves

FORTALEZA - CE

2012

ANTONIO ABELARDO DE SOUSA

CONTROLE SOCIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE X ESTRATÉGIAS DE JUDICIALIZAÇÃO

Monografia submetida à coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Escola Superior de Magistratura do Estado do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Especialista em Direito Constitucional.

Aprovada em ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Flávio José Moreira Gonçalves Ms. (Orientador)

Escola Superior de Magistratura do Estado do Ceará – ESMEC

Prof. Emilio de Medeiros Viana, Ms.

Membro Examinador

Prof. Edilson Baltazar Barreira Junior, Dr.

Membro Examinador.

À Deus,

Por seu amor incondicional.

Ao ser humano, mulher, mãe e companheira, Ednea,

Pela cumplicidade e a total dedicação.

Ao Pedro,

Pelo carinho, caráter e dignidade.

AGRADECIMENTOS

À minha amada esposa, Ednea Miranda Sousa, razão do meu viver.

Aos meus filhos Tatiane, Thicianne, Abelardo Jr. e Pedro Abelardo, criaturas que me foram confiadas por Deus.

A todos os funcionários da ESMEC, em especial a Gessina e a Lara que me acolheram como a um filho.

Ao professor Flávio, por aceitar a árdua tarefa de orientar-me, ao qual devoto o mais sincero respeito, carinho e admiração.

À professora Fátima, pela atenção e dedicação dispensada nas orientações metodológicas.

A todos os ilustres professores que colaboraram com seus inestimáveis conhecimentos neste fantástico processo de ensino – aprendizagem.

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

Constituição Federal do Brasil/1988 – Art. 196.

RESUMO

A pesquisa tem como objetivo analisar o controle social na área da saúde como um instrumento capaz de produzir o fenômeno do empoderamento aos usuários do Sistema Único de Saúde – SUS – no fortalecimento da formação cidadã permitindo que exerçam o direito fundamental assegurado na Constituição Federal de 1988 no seu art. 196. O estudo inicia-se por um breve resgate histórico da democracia e da participação social sob o ponto de vista jurídico, político e doutrinário. São abordados os temas referentes à participação popular na democracia, o direito à saúde, no Brasil, com ênfase na participação social e no controle social, como ferramenta constitucional para o empoderamento individual e coletivo. Analisa-se ainda, o fenômeno judicialização da saúde no Brasil e seus impactos econômicos e sociais. A metodologia empregada é resultante de pesquisa bibliográfica, principalmente consultas a legislação pertinente. Conclui-se que nas democracias a participação dos cidadãos é que faz a diferença nos resultados e, no Brasil, se faz necessário o incentivo à criação de políticas públicas que promovam e estimulem a participação do povo no planejamento, execução e fiscalização das ações e serviços públicos de saúde como é defendido na Lei nº 8.142/90. Acredita-se que a judicialização das políticas públicas da saúde não conseguirá sanar as questões de direito à saúde.

Palavras-chave: Controle social. Direito à saúde. Judicialização da saúde. Participação social.

ABSTRAT

The research aims to analyze social control in healthcare as an instrument capable of producing the phenomenon of empowerment to users of the Unified Health System - SUS - the strengthening of civic education allowing exercise the fundamental right guaranteed in the Constitution of 1988 in his art. 196. The study begins with a brief historical review of democracy and social participation under the legal point of view, political and doctrinal. Are discussed themes related to popular participation in democracy, the right to health in Brazil, with emphasis on social participation and social control as a tool for the constitutional individual and collective empowerment. It also examines the phenomenon of judicialization of health in Brazil and its economic and social impacts. The methodology employed is the result of literature, especially consultations with relevant legislation. We conclude that in democracies citizens' participation is what makes the difference in results and in Brazil, it is necessary to encourage the creation of public policies that promote and encourage people's participation in the planning, execution and supervision of activities and services public health as is advocated by Law No. 8142/90. It is believed that the judicialization of public health policies can not address the issues of right to health.

Keywords: Social control, health law, legalization of health, social participation.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANVISA Agência Nacional de Vigilância Sanitária

CF Constituição Federal

CS Conferência de Saúde

CMS Conselho Municipal de Saúde

CNS Conselho Nacional de Saúde

LOS Lei Orgânica da Saúde

NOB Normas Operacionais Básicas

ONU Organização das Nações Unidas

OMS Organização Mundial da Saúde

SUS Sistema único de Saúde

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 DEMOCRACIA E PARTICIPAÇÃO POPULAR.....	17
1.1 Participação Popular na Democracia Direta.....	22
1.2 Participação Popular na Democracia Indireta.....	27
1.3 Participação Popular na Democracia Estendida.....	32
2 DIREITO À SAÚDE	36
2.1 Direito à Saúde Pública no Brasil	39
<i>2.1.1 Participação Popular e Social na Saúde.....</i>	<i>42</i>
2.2 Sistema Único de Saúde – SUS.....	44
<i>2.2.1 Controle Social do SUS.....</i>	<i>48</i>
<i>2.2.2 Empoderamento no SUS.....</i>	<i>50</i>
3 ATIVISMO JUDICIAL.....	55
3.1 Judicialização dos Direitos Fundamentais Sociais.....	56
3.2 Judicialização no Brasil	57
<i>3.2.1 Políticas públicas n Judicialização da saúde.....</i>	<i>62</i>
<i>3.2.2 Impactos Econômicos e Sociais da Judicialização da Saúde.....</i>	<i>65</i>
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	73
REFERÊNCIAS.....	76
ANEXOS.....	80

INTRODUÇÃO

Até que um dia a população decidiu mudar tudo.

Lana Bleicher¹

Atualmente, temos acompanhado na imprensa nacional, através dos programas de rádio, TV, jornais, revistas e demais mídias um agravamento na crise da saúde pública em todo o país, o que vem gerando nos últimos anos uma grande demanda judicial por parte da população, frente à inoperância do Sistema Único de Saúde – SUS que não consegue atender o que preconiza a Constituição Federal, no seu artigo 196, ao garantir a saúde como direito de todos e dever do Estado.

A gravidade da crise é tanta, que já foram realizadas na instância do Supremo Tribunal Federal – STF, inúmeras audiências públicas, objetivando buscar soluções para as questões que fazem parte da esfera administrativa dos gestores governamentais do pacto federativo.

O SUS, enquanto uma política pública de governo vem sofrendo da agonia degenerativa da estagnação e de sua desconstrução, uma vez que não consegue avançar e prestar serviços na quantidade e com qualidade para as demandas de saúde da população.

A aplicação de políticas públicas de saúde debilitadas, a fragilidade das ações básicas de saúde na média e alta complexidade, por exemplo, obrigam a população sofrida pelo precário atendimento dos serviços em saúde, a recorrer ao Ministério Público por meio das promotorias de saúde na busca da efetivação de procedimentos necessários à saúde individual e, conseqüentemente, ao direito à saúde com base nos princípios da universalidade e integralidade, princípios que servem de pilares de sustentação do SUS.

¹ BLEICHER, Lana. **Saúde para todos Já!** Expressão Gráfica, 2ª edição, 2004, Fortaleza, p. 12.

Observa-se, assim, que, para muitas e as mais variadas demandas na área operacional da saúde pública no Brasil, o Poder Judiciário é acionado no sentido de transformar a ação judicial no “cumpra-se” da nossa Carta Magna. E isto ocorre em função de uma série de mecanismos institucionais e regras de jogo desenvolvidas pelos modelos democráticos modernos da Europa ocidental e principalmente dos Estados Unidos da América.

Defende-se que esta situação não pode continuar. É preciso que os gestores possam garantir o funcionamento do SUS, não só pela pressão do controle social, mas pela exigência de equidade de suas ações.

Historicamente, a Democracia tem demonstrado a importância da participação popular no processo de escolha de políticas para a construção do bem estar comum, onde os governantes executem suas tarefas utilizando como instrumento de fiscalização o controle social.

Faz-se necessário um ideal participativo com foco mais explícito no que diz respeito à importância da participação na educação dos cidadãos, no sentido de estimulá-los a participarem nos processos de escolhas políticas na democracia representativa.

Tem-se o controle social conceituado como o poder do Estado sobre a sociedade e os indivíduos, no entanto, acredita-se que a participação popular no fortalecimento do SUS possibilitará a inversão deste conceito, passando, portanto, designar o controle social da sociedade sobre o Estado, por meio do qual os indivíduos são estimulados a serem agentes de sua própria saúde e, conseqüentemente, da saúde das comunidades que integram.

Busca-se, por assim dizer, um controle social, entendido como o exercício do controle sobre as políticas de saúde por parte dos representantes da sociedade civil, este garantido através dos conselhos de saúde, cuja potencialidade reside no acúmulo de forças mediante a organização e a participação ativa dos cidadãos nesses colegiados.

Neste contexto, a participação da comunidade para a efetivação do SUS, garantida como base de sustentação, vem estimular a *praxis* da cidadania, que é o cerne da democracia, para a formação da razão pública que poderá ser construída dentro dos conselhos locais de saúde.

Acredita-se que a *praxis* da cidadania, nesta perspectiva, possibilitará o surgimento do fenômeno do empoderamento do indivíduo com uma visão voltada para os problemas sociais, remetendo a participação popular ao planejamento e a gestão de atividades voltadas para a saúde nas comunidades locais.

Entretanto, as dificuldades para alcançar o empoderamento dos indivíduos, principalmente no que diz respeito a possibilitar formas concretas de estímulos à participação destes nas políticas públicas de saúde, é um grande desafio a ser conquistado pela sociedade civil na busca de um efetivo controle social.

Enquanto a sociedade não se empodera, verifica-se que a judicialização da saúde vem se tornando uma maneira de acesso a tratamentos não referenciados pelo SUS, especialmente provocada pelo controle fiscalizador exercido pelo Ministério Público especificamente nos núcleos de Promotoria da Saúde dos Estados.

Urge, destarte, a busca de novas alternativas participativas que possam, efetivamente, coadunar-se com as finalidades democráticas desejadas para a efetivação do SUS, já que estamos vislumbrando uma desconstrução deste sistema, em razão do não envolvimento dos indivíduos com esta problemática.

Neste trabalho monográfico, analisam-se estas questões, apontando acerca da importância do empoderamento dos indivíduos para estimular a cidadania através da participação popular no SUS, fortalecendo o controle social na lógica do controle do Estado pela sociedade, amparado pelos poderes de fiscalização do Ministério Público, bem como verificar se o fenômeno da Judicialização da saúde consegue atender aos princípios basilares do SUS.

Assim, ao longo da pesquisa que ora se apresenta, buscou-se responder, de forma clara e objetiva, aos seguintes questionamentos: o controle Social proposto pela Lei nº 8.142/90 possibilita aos usuários cidadãos alcançar o nível de empoderamento necessário para a consolidação do SUS? A judicialização da saúde consegue atender aos princípios basilares do SUS, ou seria mais interessante estimular a participação efetiva na gestão democrática do sistema? Que sugestões indicar como ferramentas para construção de uma gestão democrática do SUS?

Neste sentido, quanto ao controle social proposto pela Lei nº 8.142/90 entende-se que a democracia participativa ressalta a importância da participação da educação

política do cidadão, e advertimos que a democracia contemporânea vem perdendo legitimidade e eficácia exatamente porque não consegue mais reproduzir seus ideais democráticos para as novas gerações.

Em relação à Judicialização da saúde, verifica-se que este o fenômeno, sozinho, não irá salvar o SUS do fracasso como política pública de governo. Faz-se necessária uma atitude efetivamente ativa de intenções de todos os atores envolvidos, especialmente os gestores, desde a atenção básica até aos atendimentos de alta complexidade.

Em relação às sugestões indicadas como ferramentas para construção de uma gestão democrática do SUS, ao observar que a justiça e a política estão intimamente ligadas às possibilidades do debate democrático, entende-se que a criação de espaços públicos possibilitadores da participação nas decisões acerca do setor saúde, discussões a serem desenvolvidas pelos próprios cidadãos, é uma maneira de fortalecer o exercício da cidadania e a educação cívica.

A justificativa para esta pesquisa monográfica tem assento na calorosa discussão sobre os temas que mais têm chamado a atenção dos profissionais da saúde e do direito. Trataremos a respeito do controle social de políticas públicas dentro do regime político da Democracia, no intuito de refletir, criticamente, as estratégias de judicialização da saúde no Brasil.

Objetiva-se, com a pesquisa, de modo geral, analisar o controle social na área da saúde como um instrumento capaz de produzir o fenômeno do empoderamento aos usuários do SUS no fortalecimento da formação cidadã, permitindo que exerçam o direito fundamental assegurado na Constituição Federal de 1988, no seu art. 196. Especificamente, analisar o controle social proposto pela Lei nº 8.142/90, que possibilita aos usuários cidadãos alcançarem o nível de empoderamento necessário para a consolidação do SUS, assim como verificar se a judicialização da saúde consegue atender aos princípios basilares do SUS ou se seria mais interessante estimular a participação efetiva na gestão democrática do sistema e, deste modo, verificar que sugestões indicar como ferramentas para construção de uma gestão democrática do SUS.

Em relação aos aspectos metodológicos, as hipóteses são estudadas através de pesquisa bibliográfica, mediante explicações embasadas em trabalhos publicados sob a

forma de livros, revistas, artigos, enfim, publicações especializadas, imprensa escrita e dados oficiais publicados na Internet, que abordem direta ou indiretamente o tema em análise.

Assim, para uma maior análise do controle social de políticas públicas dentro do regime político da Democracia com intuito de refletir sobre as estratégias de judicialização da saúde no Brasil e para atender aos objetivos acima elencados, elaboramos a seguinte disposição dos capítulos:

O primeiro capítulo aborda a democracia e participação popular de forma mais abrangente, trazendo um breve resgate histórico da participação, sob o ponto de vista jurídico e, especialmente, político e doutrinário. Nesse primeiro momento, também são abordadas a participação popular na democracia direta, a participação popular na democracia indireta e a participação popular na democracia estendida.

Aborda-se, no segundo capítulo, o Direito à Saúde, objetivando situar em um primeiro momento, as contribuições da ONU, da OMS e doutrinadores a respeito do entendimento na dimensão de direito fundamental e prestacional. No segundo momento, analisamos o direito à saúde no Brasil, enfatizando a importância da participação social na saúde. No terceiro momento, verificamos o Sistema Único de Saúde – SUS, focando o papel do controle social no SUS, apontando para o empoderamento na saúde.

A abordagem do terceiro capítulo é dedicada ao ativismo judicial, observando o início do fenômeno da judicialização das políticas públicas, seguindo para análise da judicialização dos direitos fundamentais sociais, passando pela judicialização da saúde no Brasil, e procurando analisar as políticas públicas de saúde *versus* a judicialização da saúde, sem descuidar dos impactos econômicos e sociais da judicialização da saúde

Finalmente, descrevemos as derradeiras considerações deste estudo, refletindo sobre a importância da participação popular nas questões de saúde pública, demonstrando que as estratégias utilizadas pela judicialização da saúde sem o efetivo controle social não conseguirão sanar os problemas que envolvem o direito à saúde pública no Brasil.

1 DEMOCRACIA E PARTICIPAÇÃO POPULAR

Democracia é a liberdade entendida como participação direta na formação das leis através do corpo político cuja máxima expressão está na assembléia do povo.

Rousseau².

Ao analisar o termo Democracia do grego *demo+kratos* verifica-se ser um governo do povo, para o povo e pelo povo.

BOBBIO,³ ressalta:

O pensamento político grego nos transmite uma célebre tipologia das formas de governo das quais uma é a democracia, definida como governo de muitos, dos mais, da maioria, ou dos pobres (mas onde os pobres tomam a dianteira é sinal de que o poder pertence ao *plétheos*, a massa), em suma, seguindo a própria composição da palavra como governo do povo, em contraposição ao governo de poucos.

Percebe-se, que os governos democráticos por meio de alguns princípios e práticas distinguem-se de outras formas de regime político, uma vez que na democracia tem-se o governo no qual, o poder e a responsabilidade cívica são exercidos por todos os cidadãos.

Encontra-se, no Dicionário de política⁴ o termo democracia conceituado, com base na teoria Aristotélica, como sendo o governo do povo, de todos cidadãos, ou seja, de todos aqueles que gozam dos direitos de cidadania, fazendo distinção da monarquia que trata-se do governo de um só, bem como da aristocracia, este, como governo de poucos.

² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 24º ed. São Paulo. Saraiva, 2003. p. 145.

³ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 3ª ed. Brasiliense. São Paulo. 1990. P. 31

⁴ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUIN, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução Carmem C. Varriale, Caetano Lo Mónaco João Ferreira, Luis Guerreiro Pinto Cocais e Renzo Dini, vol. 113ª ed. UNB. 2007, pp. 319/320.

Importante ressaltar, que na democracia encontram-se aspectos relevantes, por exemplo, as garantias e o respeito aos direitos humanos e fundamentais, na qual se busca preservar as liberdades públicas conforme a lição de Bonavides,⁵.

[...] poder político e poder democrático, ainda com prerrogativas dos governantes, tendo por contramolde dessa limitação uma teoria das liberdades públicas, uma teoria das liberdades afirmadas e conquistadas penosamente, gradativamente, sustentando o direito de opinião, o direito de reunião, o direito de associação, a liberdade de imprensa, da liberdade de confissão religiosa.

Concorda-se com Kelsen, que democracia é, sobretudo, um caminho de progressão para a liberdade e a igualdade e seus defensores o fazem pelo fato de constituir um progresso político e social.

Neste contexto KELSEN,⁶ argumenta:

A Democracia no plano da idéia é uma forma de Estado e de Sociedades em que a vontade geral, ou, sem tantas metáforas, a ordem social, é realizada por quem está submetido a essa ordem, isto é o povo. Democracia significa identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo

Compreende-se a democracia como um regime de governo em que o poder de tomar importantes decisões políticas está com os cidadãos – com o povo – de maneira direta ou indiretamente por meio de seus representantes.

Ao analisar axiológica e teleologicamente a democracia, observa-se que o conceito de governo não mudou muito desde a Grécia antiga, muito embora tenham-se as concepções de democracia antiga, moderna e contemporânea, todas fortemente atreladas à participação da população para sua legalidade.

BONAVIDES,⁷ preconiza:

A legalidade de um regime democrático, por exemplo, é seu enquadramento nos moldes de uma Constituição observada e praticada; sua legalidade será sempre o poder contido naquela Constituição, exercendo-se de conformidade com as crenças, os valores e os princípios da ideologia dominante, no caso a ideologia democrática.

⁵ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 6ª ed. Rev. e atual. Malheiros, São Paulo. 2007, p. 232.

⁶ KELSEN, Hans. **A Democracia** Trad. Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. Martins Fontes. São Paulo 1973, P. 10

⁷ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 12ª ed. Malheiros. São Paulo, 2006, p. 121.

Observa-se, que a legalidade democrática constitui-se por meio de expressão da representação popular legitimada pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com igual valor para todos.

Neste sentido encontra-se a contribuição de Bonavides⁸ ao afirmar que a “democracia é aquele regime a que se refere Duverger, onde o poder político se sustenta numa teoria da soberania popular, é aquela forma de poder em que os governantes são escolhidos em eleições livres, mediante sufrágio universal”.

BONAVIDES,⁹ contribui:

Não há democracia sem participação. De sorte que a participação aponta para as forças sociais que vitalizam a democracia e lhe assinam o grau de eficácia e legitimidade no quadro social das relações de poder bem como a extensão e abrangência desse fenômeno político numa sociedade, repartida em classes ou distintas esferas e categorias de interesses.

Verifica-se que a participação popular direta e indireta nos regimes democráticos materializa a legitimidade do exercício do poder, na medida em que contribui para submeter o Estado às reais necessidades e aos interesses do povo e se apresenta como alternativa ao mero exercício formal da democracia.

Assim, percebe-se que, por meio do processo de despersonalização do poder, característico do Estado Moderno, que o poder de uma pessoa, imposto pela força, passa ao poder de uma instituição legitimada pelo poder de cada cidadão e fundado na aprovação do grupo.

MÜLLER,¹⁰ preleciona:

Assim a espécie de legitimidade, que venha a inferir do poder constituinte do povo, pode ser formulada em gradações: A incorporação dessa pretensão ao *texto* [...] da Constituição tem por interlocutor [...] o povo enquanto instância de atribuição, o procedimento *democrático* de por em vigor a Constituição dirige-se ao povo ativo; e a preservação de um *cerne constitucional* (que sempre e também democrático) na duração do tempo investe o povo destinatário nos seus direitos. (Grifos do autor)

O mesmo autor vem afirmar que “a legitimidade é por igual um processo que reage a realidade, configurando-a ao mesmo tempo”, o que significa que a legitimidade

⁸ *Ibidem*, **Teoria do Estado**, p. 232.

⁹ BONAVIDES, Paulo. A Teoria da **Democracia Participativa** por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Hermenêutica, por uma repolitização de legitimidade. 3ª Ed. Malheiros. São Paulo. 2008, p. 51.

¹⁰ FRIEDRICH, Müller. **Quem é o Povo?** A questão fundamental da democracia. 5ª ed. rev e atual. Revista dos Tribunais. São Paulo 2010, pp. 86/87.

nos regimes democráticos se processa e se produz a partir da participação do indivíduo com as questões sociais que o envolve, uma vez que a democracia é um nexó necessário, legitimador com a organização de liberdade e da desigualdade.

Verifica-se que a legitimidade se relaciona com a necessidade e a finalidade mesma do poder político que se exerce na sociedade por meio, principalmente de uma obediência consentida e espontânea, decorrente do princípio da soberania popular.

MÜLLER,¹¹ adverte:

Aqui não está em jogo apenas a legitimação no quadro do Estado de Direito – ou a legitimação no quadro do Estado de Bem estar social – à medida que no *status positivus* são estatuídas e implementadas e.g. prescrições de direito trabalhista, de direitos sanitários, de direito de educação e cultura e direito previdenciário. Aqui está em jogo – também e, sobretudo – a legitimação democrática.

Ressalta-se, no entanto, que no regime democrático apesar de conferir a liberdade e o direito de participar, necessariamente não se estabelece, mecanismos e muito menos processos para atingir estes objetivos.

Müller compreende que a legitimação do Estado democrático deveria oferecer alternativas distinguíveis como também exibir gradações mensuráveis pela compreensão do povo.

Muito embora os estudiosos da democracia ressaltem a importância da participação da educação cívica do cidadão nas questões sociais, os mesmos advertem que a democracia contemporânea vem perdendo legitimidade e eficácia exatamente porque não consegue mais reproduzir seus ideais democráticos para as novas gerações.

GOYARD-FABRE¹², neste sentido, assevera:

Por causa da diversidade das individualidades que, ao se exprimirem, tentaram e continuam tentando dar uma unidade à vontade geral do povo. A democracia secretou ilusões de que hoje, se tem consciência e pelas quais ela é severamente censurada. [...] é por isso que, no mundo contemporâneo que vive globalmente na era democrática, denuncia-se a crise que mina esse sistema pelo qual tantas gerações lutaram dando o melhor de si.

Em sendo assim, requer-se, portanto, uma participação ativa dos cidadãos nas tomadas de decisões para o bem estar contemporâneo destas sociedades.

¹¹ *Ibidem*, p. 88.

¹² GOYARD-FABRE, Simone. **O que é Democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução Cláudia Berliner. Martins Fontes, São Paulo 2003- p. 342.

Ao deter-se sobre as diversas teorias políticas, percebe-se que nos Estados onde se adota a democracia como regime político de governo, a participação direta e indireta de seus cidadãos nas decisões políticas é fundamental para a legitimidade de suas Constituições.

BONAVIDES,¹³ destaca:

O teorema político da sociedade nacional contemporânea já não é tanto o da legalidade – qual fora nos séculos XVII e XIX – formulado com evidência da racionalidade e das leis codificadas, senão o da constitucionalidade, que busca um poder legítimo maior, derivado de princípios e premissas constitucionais

Verifica-se uma busca eterna, haja vista que o pensamento político democrático tem de questionar seus pressupostos, visando à incolumidade dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, de forma que cada qual a sua maneira proponha a melhor forma de organização da sociedade a fim de alcançar a justiça social.

Neste sentido HESSE,¹⁴ contribui:

[...], transforma-se em força ativa se existir a disposição de orientar a própria conduta segunda a ordem nela estabelecida se fizerem presentes, na consciência geral – particularmente na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional.

Percebe-se que a consciência geral, não raramente, de maneira aparentemente impalpável e sutil, circula nas estruturas institucionais de toda a sociedade em marcha para um grau superior de democracia e legitimidade.

Verifica-se que o princípio democrático da participação encontra-se consagrado no ordenamento jurídico brasileiro no parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal de 1988, ao dispor que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, nos termos desta Constituição”.

Segundo contribuição de LOPES¹⁵, tem-se:

¹³ BONAVIDES, Paulo. *Ibidem*, p. 279.

¹⁴ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**: Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre - RS: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 8.

¹⁵ LOPES, Ana Maria D’Avila. A participação política das minorias do Estado democrático de direito brasileiro. In **Democracia, Direito e Política**: Estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller/ org. Martonio Mont’Alverne; Paulo Antonio de Menezes Albuquerque. Florianópolis: Conceito, 2006, p. 92.

A Constituição Federal de 1988 inovou o ordenamento jurídico nacional ao introduzir importantes avanços em relação à ampliação dos mecanismos de exercício da cidadania, no entanto, os problemas referentes à ampliação da titularidade e ao real exercício da cidadania persistem.

Defende-se, para que o Estado brasileiro não se desvirtue de sua finalidade precípua, qual seja, atender da melhor maneira possível às necessidades sociais, cada vez mais o povo reserve para si, individual ou coletivamente, meios de exercício direto do poder do qual é o titular originário.

Insiste-se que a democracia tem como principal base de sustentação a participação popular, esta como instrumento de controle social que indica a soberania popular em ação, representando o efetivo exercício do poder político pelo seu verdadeiro titular de direito.

Diante do exposto passa-se a discorrer como se processa a participação do cidadão na democracia direta.

1.1 Participação Popular na Democracia Direta

Ser cidadão era cuidar dos negócios da cidade participando dos debates políticos nas diversas assembleias e conselhos e nas sessões de muitos tribunais, discutindo, persuadindo e decidindo.

Arnaldo Vasconcelos¹⁶.

Observa-se que o primeiro modelo organizado de civilização participativa do ponto de vista do empoderamento social de que se tem notícia diz respeito à Grécia antiga, mais precisamente em Atenas, onde os historiadores e os filósofos dão conta de alguns regimes de governo que se fizeram presentes e em especial a democracia que ao longo do tempo tem arrebanhado defensores e críticos¹⁷.

VASCONCELOS,¹⁸ avalia:

Os atenienses, contudo, além de reivindicarem a precedência do autogoverno para sua cidade, inaugurado em tempos antiqüíssimos pelo mítico rei Teseu, lembravam ainda em prol de sua decantada vocação igualitária, que Atenas também fundava e mantinha democracias por todo o mundo helênico.

¹⁶ VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, Humanismo e Democracia**. São Paulo. Malheiros Editores 1998. p. 82.

¹⁷ GOYARD-FABRE, Simone. *Ibidem*, introdução, p. 2

¹⁸ VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito, Humanismo e Democracia**. São Paulo, Malheiros 1998, p. 78.

Analisa-se que a celeuma levantada quanto ao regime político do governo democrático devem-se às experiências vivenciadas pelos gregos quando da participação de seus cidadãos de forma direta nas decisões políticas de Estado.

BOBBIO,¹⁹ compreende:

Para que exista democracia direta no sentido da palavra, isto é, no sentido em que direto quer dizer que o indivíduo participa ele mesmo nas deliberações que lhe diz respeito, é preciso que entre os indivíduos deliberantes e a deliberação que lhes diz respeito não exista nenhum intermediário.

Percebe-se, por meio de relatos históricos, que a participação dos cidadãos atenienses nas discussões e nos planejamentos das ações de interesse coletivo, bem como nas tomadas de decisões políticas relaciona-se com a quantidade de cidadãos envolvidos e comprometidos com o desenvolvimento da *polis*.

Nesse sentido, Albert²⁰ defende que a democracia direta, praticada nas assembleias onde os cidadãos eram convidados a deliberar sobre questões comuns, torna-se possível apenas em coletividades muito pequenas, que não ultrapassem alguns milhares de eleitores.

Relata-se que na cidade Estado de Atenas²¹, foi graças à iniciativa do então imperador *Psistrato*, de estimular o sentimento de patriotismo por meio da participação dos atenienses em novas festas cívicas, na busca de apoio dos cidadãos para sustentação de seu governo, que resultou no envolvimento dos cidadãos nas questões coletivas que os afligiam.

Neste sentido, pode-se afirmar que na democracia direta a participação de pensadores e estudiosos sobre as questões públicas foram essenciais, uma vez que levou aos cidadãos tomarem importantes decisões que vieram beneficiar toda a coletividade.

Evidencia-se, portanto, o fato de que a participação dos cidadãos atenienses necessitou, sem sombra de dúvidas, de pensadores – por que não dizer de estimuladores –, para que a história da democracia direta chegasse até os nossos dias com tamanha importância e influencia.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**: uma defesa as regras do jogo. Trad. Marcos Aurélio Nogueira. Paz e Terra. Rio de Janeiro, 1986, p. 51.

²⁰ ALBERT, Jean-François. O que é Democracia? In **Democracia**, tradução Clóvis Marques, Record. Rio de Janeiro, 2001, p. 20.

²¹ OBER, Josiah. Democracia direta. In **DEMOCRACIA**, autor Philippe Ardant et al... trad. Clovis Marques. Org. Robert Darnton; Oliver Duhamed. Record. Rio de Janeiro, 2001, p. 193.

Ao analisar a contribuição de OBER²², tem-se que “depois do estabelecimento da democracia, a população explodiu, e Atenas tornou-se a mais rica e poderosa de todas as cidades Estados da Grécia antiga”, verifica-se o nível de desenvolvimento que a sociedade grega alcançou com o regime político democrático pela via direta.

Neste contexto cabe analisar a contribuição de VASCONCELOS,²³ em *apud* Péricles:

Vivemos sob uma forma de governo que não se baseia nas instituições de nossos vizinhos, ao contrário, servimos de modelo a alguns ao invés de imitar os outros. Seu nome, como tudo depende não de poucos, mas da maioria, é democracia. Nela, enquanto no tocante as leis todos são iguais para a solução de suas divergências privadas... [...] não é o fato de pertencer a uma classe, mas mérito, que dá acesso aos postos mais honrosos; inversamente a pobreza não é razão para que alguém, sendo capaz de prestar serviços a cidade, seja impedido de fazê-lo pela obscuridade de sua condição.

Percebe-se uma profunda satisfação por parte de Péricles ao demonstrar com entusiasmo o quanto a democracia direta possibilitou o desenvolvimento e a convivência pacífica entre os atenienses.

Constata-se que Atenas não tinha uma classe política “profissional” nem “políticos” no sentido moderno da palavra ou qualquer burocracia permanente. No entanto não podemos negar que foi esse sistema de governo que fez de Atenas o grande centro militar e cultural da Grécia clássica.

OBER,²⁴ demonstra que;

A chave do sucesso do governo ateniense era a negociação presente entre os cidadãos comuns e uma elite que se situava acima das normas e valores. Esta negociação era conduzida em vários foros públicos, mas especialmente na assembléia e nos tribunais do povo.

Observa-se que a participação dos cidadãos acontecia mediante discussões em locais públicos onde os cidadãos, após ouvirem opiniões, informações, elogios e críticas de oradores sobre o tema tinham condições de decidir sobre os procedimentos a serem adotados para a questão.

²² OBER, Josiah. *Ibidem*, p. 192.

²³ VASCONCELOS, Arnaldo. *Ibidem*, p. 82.

²⁴ *Ibidem*, p. 195.

Tem-se, portanto, que a democracia vivenciada na Grécia antiga no primeiro momento, é caracterizada pela participação direta dos cidadãos na solução das questões de governo.

Importante ressaltar que a *demos* ateniense exigia muito esforço dos que esperavam ser seus líderes e se levantavam na assembléia para apresentar seus pontos de vistas sobre as questões de ordem pública.

Para conquistar e reter a atenção do público, os oradores tinham que demonstrar que além de ser bem informados e patriotas eram ao mesmo tempo superiores e comuns, pois sabiam muito mais que a maioria dos cidadãos e que eram um partidário inarredável do poder do povo.

Cita-se como exemplo de talentoso orador, Demóstenes, que tendo dado provas de trabalho e aos valores democráticos, conquistou a assembleia e as suas opiniões arrazoadas sobre as questões públicas ajudaram ao povo ateniense a manter-se estável durante quase dois séculos.

Diante do exposto, conclui-se que foram os profundos combates dos grandes oradores atenienses e os fatos reais da democracia direta que estabeleceram os fundamentos do pensamento político ocidental.

Ressalta-se que, quando a democracia funciona, os efeitos considerados da crítica e dos valores da comunidade podem ser extraordinariamente fortes, e são esses efeitos que explicam a chegada ao poder e a produtividade cultural da antiga cidade – Atenas.

BONAVIDES,²⁵ ressalta:

Com o Estado democrático participativo o povo organizado e soberano é o próprio Estado, é a democracia no poder, é a legitimidade na lei, e a cidadania no governo, a Constituição aberta no espaço das instituições concretizando os princípios superiores da ordem normativa e da obediência fundada no contrato social e no legítimo exercício da autoridade.

Percebe-se, na contribuição do autor, uma ideia clara de que o regime democrático, na sua forma da participação direta pelo povo venha a ser a tendência de

²⁵BONAVIDES, Paulo. A Teoria da **Democracia Participativa** por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Hermenêutica, por uma repolitização de legitimidade. 3ª Ed.. São Paulo. Malheiros. 2008, p. 20.

regime político de governo que atenderá as reais necessidades da sociedade contemporânea.

A participação direta é a base de sustentação do regime democrático, que oferece aos eleitores a possibilidade de estimular os eleitos pelo exercício do direito de iniciativa ou de controlar seus atos por referendo.

Portanto, acredita-se que a democracia direta favorece a coesão entre as classes sociais ao desvendar simultaneamente fortes valores comuns à crítica reflexiva em um Estado de bem estar social.

STUART MILL,²⁶ enfatiza

[...] torna-se evidente que o único governo capaz de satisfazer a todas essas exigências do Estado Social é aquele do qual participou o governo inteiro; que toda a participação, por menor que seja, é útil, que a participação deverá ser, em toda parte, na proporção em que permitir o grau geral de desenvolvimento da comunidade; e que não se pode desejar nada menor do que a admissão de todos a uma parte do poder soberano do Estado.

Assim, defende-se na democracia direta um conjunto de procedimentos que possibilite aos cidadãos fazerem algo mais que eleger representantes, que venham a se pronunciar diretamente, com suas assinaturas ou indo às urnas manifestar-se sobre um texto, uma constituição, uma lei, uma despesa, um plano.

Acredita-se, portanto, que a participação dos cidadãos nas questões políticas de governo é de fundamental importância para auxiliar os governantes nas decisões a serem tomadas para o bem comum da coletividade.

O fato é que indiferente a todos os conceitos, elogios e críticas, a democracia direta que surgiu na Grécia antiga, hoje, não passa de curiosidade histórica em razão dos mais variados fatos que acompanham regime democrático.

Em outras palavras, verifica-se que a democracia direta revelou-se um algo mais que, somado às demandas políticas não atendidas, possibilitaram o surgimento da democracia indireta ou representativa, tema que se aborda a seguir.

1.2 Participação Popular na Democracia Indireta

²⁶ STUART MILL, John. **O Governo Representativo**. Trad. Manoel Innocência de L. Santos Jr. Editora Universidade de Brasília. Brasília. 1981. p. 38.

Na democracia representativa o povo concede um mandato a alguns cidadãos, para, na condição de representantes, externarem a vontade popular e tomarem decisões em seu nome, como se o próprio povo estivesse governando.

Dalmo de Abreu Dallari²⁷.

Como demonstrado acima, verifica-se que a experiência vivida na Grécia antiga, no primeiro momento, referente à prática da democracia direta na qual os cidadãos eram convidados a deliberar em assembleias sobre questões comuns, só foi possível dado ao número reduzido de participantes nos processos decisórios.

No entanto, percebe-se que para a sociedade moderna este regime se mostrou inviável já que nem todos os cidadãos participam das discussões, em razão da necessidade de uma enorme disponibilidade do cidadão para tratar de assuntos das cidades, exigindo uma competência e uma tenacidade para compreender os problemas e adotar a melhor solução, bem como um lugar suficientemente amplo para se reunir.

Neste sentido MÜLLER,²⁸ adverte:

A democracia radicalmente plebiscitária (cf. O projeto originário de Rousseau, modelos de conselhos) [...] é diante disso impraticável, com boas razões. Além disso, o encobrimento de que há razões cogentes, decorrentes do próprio objeto [...], em virtude dos quais o povo não se pode governar a si mesmo, equivaleria também a uma ideologia e não a um discurso sobre democracia, democraticamente estruturado.

Diante da necessidade de organizar e utilizar o poder e, sobretudo o fato de o povo não conseguir governar a si mesmo como sugerido por Müller, surge à democracia indireta ou representativa.

STUART MILL,²⁹ destaca:

Mas como, nas comunidades que excedem as proporções de um pequeno vilarejo, é impossível a participação pessoal de todos, a não ser uma porção muito pequena dos negócios públicos, o tipo ideal de um governo perfeito só pode ser o representativo.

Assim, verifica-se que as democracias representativas surgiram na Europa para servirem de aperfeiçoamento das organizações políticas absolutistas da aristocracia,

²⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 24ª ed. São Paulo. Saraiva, 2003 p. 162.

²⁸ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo**. *Ibidem*, p. 87.

²⁹ STUART MILL, John . **O Governo Representativo**. Trad. Manoel Innocencio de L. Santos Jr. Editora Universidade de Brasília. Brasília. 1981, p. 38.

portanto de origem recente e vem constituir as primeiras tentativas daqueles que decidiram planejar suas instituições governamentais.

FERRAZ,³⁰ declara:

A democracia representativa tem como característica fundamental, todas as decisões coercitivas dos cidadãos, comumente chamados de “vontade do povo”, de um modo geral, tomadas não diretamente de cada cidadão, mas por pessoas escolhidas por eles para onde convergem as reivindicações e partem as decisões coletivas principais.

Observa-se que o sistema de governo representativo é caracterizado, basicamente, pela liberdade de expressão e de escolha periódica de seus representantes, sendo o voto o meio legítimo de participação popular no processo de construção de normas que irão reger a sociedade.

BOBBIO,³¹ leciona:

Se a representação por mandato não é propriamente a democracia direta, é uma estrada entre a democracia representativa e a democracia direta. O que me permite repetir que entre a democracia representativa para a democracia direta pura não existe, como crêem os fautores da democracia direta, um salto qualitativo, como se existisse um divisor de águas e como se a passagem mudasse completamente tão logo passássemos de uma margem para a outra.

De acordo com Bobbio³² a “[...] democracia representativa e a democracia direta não são dois sistemas alternativos, mas são dois sistemas que se integram reciprocamente”, razão pela qual se verifica uma relação de existência de um e do outro quando se analisa os regimes políticos democráticos.

BONAVIDES,³³ preleciona:

Nas sociedades dos tempos modernos, os cidadãos têm seu comportamento conduzido pelos instrumentos tecnológicos, mais pelas regras de direito; estão muitos preocupados consigo mesmo e não com os interesses da coletividade, e são os mais dependentes das decisões políticas e governamentais.

O autor, com sua contribuição, vem demonstrar que o quesito participação, como fundamento da democracia direta, fica à margem das prioridades do cidadão

³⁰ FERRAZ, Hermes. **A Democracia na Sociedade Moderna**. Ensaio Scortecci. São Paulo 1994, pg. 56.

³¹ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**: uma defesa as regras do jogo. Trad. Marcos Aurélio Nogueira. Paz e Terra. Rio de Janeiro, 1986, p. 52.

³² *Ibidem* p. 52.

³³ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 6ª ed.Rev. e atual. Malheiros, São Paulo. 2007. p. 50.

moderno o que contribui fortemente para uma dependência crescente de políticas governamentais do Estado.

BOBBIO,³⁴ compreende que:

“[...] A melhor forma de governo é a democracia representativa, por constituir, ao menos nos países com certo grau de civilização, o prosseguimento natural de um Estado desejoso de assegurar aos seus cidadãos o máximo de liberdade. ‘A participação de todos nos benefícios da liberdade é o conceito ideal perfeito do governo livre’”.

Observa-se, claramente, uma defesa eminente da representatividade como uma forma de assegurar o regime democrático, muito embora nem todos os cidadãos participem, efetivamente, das tomadas de decisão.

Assim, verifica-se que o papel da representatividade, neste momento da história, passa a caracterizar a democracia, em que o povo se governa indiretamente, por meio de seus representantes.

Discorre-se que as escolhas dos representantes devem ser livres e justas, abertas a todos os cidadãos, de maneira que as eleições não podem ser processos de fachada atrás dos quais se escondem ditadores ou um partido único, mas verdadeiras competições pelo apoio do povo.

BOBBIO,³⁵ ressalta que:

[...] o indicador de desenvolvimento democrático não pode ser mais o número de pessoas que têm o direito de votar, mas o número de locais, diferentes dos locais políticos, nos quais se exerce o direito de voto, “não mais o número de ‘quem’ vota, mas o do ‘onde’ vota.

Pode se verificar de acordo com a contribuição do autor, que a quantidade de participantes não é tão importante e sim a quantidade de locais e a qualidade dos participantes representantes da coletividade.

Ressalta-se que nos regimes democráticos, os cidadãos não têm apenas direitos, têm o dever de participar do sistema político e fornecer sua contribuição para a construção e o desenvolvimento da democracia, garantindo, assim, a proteção dos seus direitos e as suas liberdades.

³⁴ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 3ª ed. Brasiliense. São Paulo. 1990, p. 68.

³⁵ BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. 8ª ed. Paz e Terra. Rio de Janeiro. 2002, p. 68.

BONAVIDES,³⁶ leciona:

A passagem do governo despótico para o governo democrático significa a transformação do súdito, ou vassalo em cidadãos; este com direito e deveres; sem estas transformações não haverá democracia, como não haverá também quando os pretensos cidadãos democratas, abusando de seu direito de governar, oprimirem os cidadãos impondo-lhes as responsabilidades financeiramente onerosas, mas sem trazer nenhum benefício social.

O problema é que, segundo FERRAZ,³⁷:

Não se deve esquecer que a ignorância das massas e os reduzidos níveis de um sistema de educação já não oferecem vantagens para a democracia. As assembleias representativas deveriam desenvolver um trabalho educativo sobre democracia através de discursos de alto nível, da parte dos políticos.

Neste sentido, defende-se, juntamente com o Ferraz³⁸ que se faz necessário devolver ao termo “democracia” seu verdadeiro significado, hoje deturpado pelos representantes políticos e demagogos dos povos subdesenvolvidos que tem se restringido apenas as campanhas eleitorais e com limites finais nas eleições.

MORAIS,³⁹ preleciona que:

O modelo da democracia representativa, como alternativa possível de uma sociedade que se complexificou – seja pela transformação dos modelos/sistema produtivo, seja pela destruição dos espaços tradicionais de decidir coletiva e coercitivamente – tornou-se um instrumento incapaz de responder adequadamente a todos os anseios, pretensões, interesses, etc.

Neste sentido, verifica-se nas democracias representativas um verdadeiro distanciamento do cidadão nas questões de governo quanto às decisões a serem tomadas. Do mesmo modo, uma forte restrição nas possibilidades de envolvimento da população nas discussões políticas e sociais, apesar de necessitarem da participação efetiva dos representados para a escolha de seus representantes.

Importante ressaltar que as “assembleias” na concepção de Ferraz⁴⁰ não têm nenhum interesse de desenvolver um trabalho educativo que possibilite aos representados empoderar-se das questões políticas e sociais.

³⁶ BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado** 6ª ed.Rev. e atual. Malheiros, São Paulo. 2007, pg. 47.

³⁷ FERRAZ, *ibidem* p. 65.

³⁸ FERRAZ *ibidem*, p. 60

³⁹ MORAIS, José Luiz Bolzan de. Crise do Estado e Democracia. ONDE ESTÁ O POVO? *In Democracia, Direito e Política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. Org. Martonio Mont’Alverne Bertoline, Paulo Antonio de Menezes Albuquerque. Conceito editora. Florianópolis, 2006. p. 116.

⁴⁰ FERRAZ *ibidem* p. 62.

Na lição de Bonavides,⁴¹ constata-se que:

O importante e consensual, absolutamente indispensável para definir hoje a identidade da democracia direta, é que o povo tenha a seu imediato dispor, para desempenho de uma desembaraçada e efetiva participação, os instrumentos de controle da mesma. Sem isso a participação será sempre ilusória, e o é nos chamados democracia de terceiros mundo, onde aqueles instrumentos compõem, não raro, o biombo atrás do qual se ocultam as mais obnoxias ditaduras sociais de confisco da liberdade humana.

Neste sentido, defende-se que se faz necessário repensar novos mecanismos que venham promover um interesse maior dos cidadãos quanto às questões sociais que os envolvem não deixando as decisões apenas nas mãos dos seus representantes.

Busca-se no sistema representativo, uma modalidade de participação direta que promova uma discussão com o objetivo de como alcançar uma democracia participativa que possa permitir um maior envolvimento da população nos processos decisórios e desta maneira diminuir as diferenças da formação política da opinião advindas com o modelo econômico hegemônico.

Ressalta-se que o grande destaque que se dá ao modelo democrático participativo é que nele o cidadão deixa de ser um mero expectador, em cujo papel era restrito à escolha de líderes, para ser ator principal no processo de construção política.

Feitas estas considerações, passa-se à análise da participação popular na ótica de uma democracia estendida.

1.3 Participação Popular na Democracia Estendida

*No domínio da democracia participativa,
mais do que em qualquer outra, a
democracia é um princípio sem fim, e as
tarefas da democratização só se sustentam
quando elas próprias são definidas por
processos democráticos cada vez mais
exigentes.*

Santos & Avritzer⁴²

Ao analisar a democracia direta, verifica-se a presença efetiva dos cidadãos em praça pública, nas assembleias ou nos tribunais do povo, discutindo e participando das

⁴¹ BONAVIDES, *Ibidem*, p. 499.

⁴² SANTOS, B.S; AVRITZER, L. Introdução: para ampliar o cânone. In Santos B. S.(org). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização brasileira 2002. p. 75.

questões comuns da coletividade, buscando auxiliar nas tomadas de decisões, muito embora estes tivessem de atender algumas exigências da civilização grega.

Do mesmo modo, ao observar a democracia indireta, percebe-se que os representantes eleitos substituem o cidadão no momento das decisões, o que de certa forma, afasta os representados do centro das decisões e a participação fica mais fragmentada.

Diante destas questões, os governos democráticos – tanto na democracia direta quanto na indireta, têm de enfrentar os desafios da era atual, das grandes sociedades e das sociedades de massa, em especial da sociedade globalizada. Segundo Rocha⁴³:

A globalização embaralha a distinção, até então clara, entre o interno e o externo transformando-a em um conjunto de incertezas e imprecisões que reorganiza a territorialidade segundo uma lógica heterodoxa e desconforme às instituições do Estado moderno. Ela segmenta as sociedades nacionais e, ao mesmo tempo, entrelaça-as no espaço ampliado da globalidade que determina horizontes temporais fragmentados.

Neste sentido, o referido autor defende que a democracia precisa adaptar-se para somar esforços na busca de uma governança global⁴⁴, e, para tanto, sugere a democracia estendida, democracia que propõe um novo pacto social e uma nova aliança entre os povos e governos.

Segundo o autor, a democracia estendida tem como pressuposto assim como a democracia liberal, uma forte tendência à participação popular, uma vez que necessita da capacidade do cidadão, de informação, de se comunicar, de se expressar por si e defende⁴⁵:

A democracia estendida é um compromisso de realização comum do bem social que não mais podendo se dar dentro de uma única comunidade estatal, pretende abarcar um compromisso humanitário global que possibilite o avanço da comunidade humana para novos patamares, afinal é de demonstração desnecessária que o processo globalizante tornou as interdependências sociais e políticas muito mais nevrálgicas do que em qualquer outro momento da história. (grifo do autor)

Verifica-se que a democracia estendida propõe uma maior participação de mais atores relevantes, considerando que a sociedade contemporânea aumentou seus

⁴³ ROCHA, Luiz Alberto G.S. Estado Democracia e Globalização. Texto disponível no site <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma/.../489>. Acesso em: 01/11/2011.

⁴⁴ ROCHA, Luiz Alberto G. S. **Estado Democracia e Globalização**. Forense. Brasília. 2008. p. 248.

⁴⁵ ROCHA, *Ibidem*, p. 17

problemas sociais e não reforçou o trabalho. De acordo com o autor, na democracia estendida viabiliza-se uma maior participação, uma vez que⁴⁶:

Amplia-se o número de atores no debate social, abrem-se fronteiras para a participação coletiva do globo no entrecruzamento de informações e na interdependência de ações. Essa extensão reclamada pela pós-modernidade propõe exatamente incluir todo esse potencial discursivo no seio estatal criando lugares novos de troca, destinados exatamente à confrontação ampliada dos pontos de vista. Esse espaço de debate, novo e formalizado, substituirá com vantagens o espaço informal de negociação que não tendo regras, privilegia aqueles que podem impô-la normalmente com a agressividade que se exemplifica nos últimos episódios da *pax americana*.

Neste diapasão, Rocha⁴⁷ defende que a democracia estendida se apresenta doravante como o local de deliberação coletiva, onde se repousarão, os dilemas dos interesses sociais divergentes – democracia deliberativa –, bem como garantidora do direito do cidadão de observar e de agir diretamente na busca do interesse coletivo – democracia participativa.

Defende ainda, o referido autor, que o apogeu da *democracia estendida* visa justamente a superar o ponto de estrangulamento da representatividade de interesses particulares da democracia moderna pela democracia representativa a partir de uma confrontação ampliada entre os diversos atores e interesses sociais em debates de maneira transversal de qualidade de vida, meio-ambiente, saúde, direitos humanos e demais setores.

E destaca⁴⁸:

A democracia estendida, participativa por essência, prospecta a participação ampliada da sociedade global, construindo-se uma espécie de neocontratualismo que possa gerenciar o deslocamento, se necessário, dos elementos de soberania nacional para um órgão supranacional, diminuindo o risco de surgirem déficits de independência econômica, política e cultural. (grifo do autor)

Deve se compreender a participação ampliada da sociedade global, de massa ou social, como um conjunto de relações culturais, sociopolíticas e econômicas em que os sujeitos, individuais ou coletivos, diretamente ou por meio de seus representantes, direcionam seus objetivos para o ciclo de políticas públicas, procurando participar ativamente da formulação, implementação, implantação, execução, avaliação, fiscalização e discussão orçamentária das ações, programas e estratégias que regulam a

⁴⁶ ROCHA, *ibidem*, p. 15.

⁴⁷ ROCHA. *Ibidem*, p. 15

⁴⁸ ROCHA. *Ibidem*, p. 15

distribuição dos bens públicos e, por isso, interferem, diretamente, nos direitos de cada cidadão.

Em seu trabalho, Rocha ressalta que a essência de um conteúdo mínimo da democracia não se modificou e, destaca: para que “falemos de democracia estendida é preciso observar uma estrutura valorativa mínima a ser mantida e trabalhada no pós-modernismo”⁴⁹ e defende a importância de ampliar a tolerância, valorização das regras de convivências sociais e a renovação gradual da sociedade pelo livre debate das ideias.

Verifica-se que, desde os primórdios da democracia ateniense de maneira direta, como na sociedade moderna, na sua forma indireta, chegando por assim dizer na sociedade contemporânea ou globalizada, verifica-se que a participação do cidadão é imprescindível para a continuidade do regime de governo democrático.

Assim sendo, evidencia-se que na democracia estão presentes valores básicos que devem nortear as sociedades contemporâneas na garantia de direitos fundamentais, em especial os sociais, daí a importância da participação dos cidadãos na construção de políticas públicas que possibilitem o acesso aos direitos individuais e coletivos.

Neste sentido, para análise da efetivação dos direitos fundamentais sociais, passa-se a discorrer, especificamente, sobre o direito a saúde.

⁴⁹ ROCHA. *Ibidem*, p. 16

2 DIREITO À SAÚDE

O direito à saúde e as políticas de saúde são parte integrante dos direitos sociais e das políticas sociais pelo que o estudo dos direitos e políticas de saúde tem que ser feito no contexto dos direitos e políticas sociais.

Boaventura de Sousa Santos⁵⁰

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas – ONU, de 10 de dezembro de 1948, no artigo 28, estatui que “todo cidadão tem direito à saúde” e “todo indivíduo tem direito a qualidade de vida capaz de assegurar a sua saúde e o bem estar a si mesmo e a sua família”.

SANTOS,⁵¹ aborda o assunto da seguinte forma:

A Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Fosse isso cumprido – livres e iguais em direitos –, certamente dois terços dos problemas de saúde da humanidade estariam resolvidos, pois todos mereceriam do Estado e da sociedade mínimos existenciais, com a finalidade de garantir as básicas condições socioeconômicas que influenciam a saúde humana. (grifo do autor)

Observa-se que, apesar da Declaração Universal dos Direitos Humanos destacar a importância dos direitos fundamentais sociais, em especial o direito à saúde, a conquista deste tem se mostrado uma verdadeira luta nas sociedades contemporâneas.

Verifica-se, no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde – OMS, que o mais alto padrão de saúde a ser alcançado é um direito fundamental. Para tanto, no artigo primeiro encontra-se que “o objetivo da organização será a consecução por parte de todos os povos do mais elevado nível de saúde”.

A OMS define a saúde como um estado de completo bem estar físico, mental e social e, não meramente a ausência de doença e enfermidade.

⁵⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado, A sociedade e as Políticas Sociais o Caso das políticas de Saúde. In **Revista Científica de Ciências Sociais**, nº 23, set/1987, pg 13.

⁵¹ SANTOS, Lenir. Direito a Saúde e Qualidade de Vida um Mundo de Corresponsabilidades e Fazeres. In **Direito da Saúde no Brasil**, André Evangelista de Souza... et al. Org. Lenir Santos. Saberes Campinas. 2010, p. 32.

Dessa forma, passa-se a compreender a saúde de uma maneira ampla e permite-se entendê-la como um processo sistêmico, interdependente de diversos outros fatores e direitos que constituem os direitos sociais, estes afins ao direito à saúde como direito à qualidade de vida, ao bem estar, à vida e outros direitos que influirão no conceito de saúde.

SANTOS,⁵² leciona:

A organização Mundial da Saúde (OMS) define qualidade de vida como “a percepção do indivíduo de sua posição na vida no contexto de cultura e sistema de valores no qual vive e em relação aos seus objetivos, expectativas, padrões e preocupações.

Cita-se como exemplo contemporâneo da luta pela conquista ao direito à saúde, a preocupação demonstrada pelo presidente norte-americano, Barack Obama, ao defender em seu discurso de posse⁵³ em janeiro de 2009, a necessidade de uma reforma no sistema de saúde americano com o objetivo de proporcionar melhores condições de saúde e qualidade de vida da população.

Verifica-se que a saúde deixa de ser um conceito apenas biológico e espiritual, e transforma-se em um processo que tem um objetivo a ser alcançado, que depende de condições a serem preservadas, tanto sob a ótica do indivíduo, como do ambiente em que as pessoas habitam.

Portanto, a saúde é considerada um direito humano, subjetivo e necessário à consecução de uma sociedade saudável, em que a qualidade de vida do cidadão é fundamental, e requer, primordialmente, a ação de muitos outros setores sociais e econômicos, além do setor saúde, na busca do mais alto nível possível de saúde como principal meta social mundial.

No Brasil, observa-se que, no Título II e Capítulo II da Constituição Federal de 1988, encontra-se o artigo 6º, o qual elenca como garantia fundamental entre os direitos sociais, o direito à saúde.

WEICHERT,⁵⁴ enfatiza:

⁵² *Ibidem...*, pp. 18/19.

⁵³ “A receita de Obama para a saúde”, **Folha de S. Paulo**, Opinião, 25 mar., 2009, p. A3.

⁵⁴ WEICHERT, Marlon Alberto. O Direito à Saúde e o Princípio da Integralidade. *In Direito da Saúde No Brasil*. André Evangelista de Souza... *et al.* Org. Lenir Santos. Saberes editora. Campinas. São Paulo. 2010, p. 101.

Assim como ocorre com vários direitos fundamentais sociais, o direito à saúde está genericamente consagrado na cabeça do artigo 6º da Constituição Federal: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência social aos desamparados, na forma da constituição”.

Percebe-se que o direito à saúde é positivado em leis nacionais e internacionais, sendo reconhecido como um direito fundamental que deve ser garantido pelos Estados aos seus cidadãos, por meio de políticas e ações públicas que permitam o acesso de todos aos meios adequados para o seu bem-estar social.

Trata-se de um direito prestacional e inalienável, de todos e de qualquer cidadão, a ser garantido mediante políticas públicas que contribuam para a melhoria da qualidade de vida dos indivíduos e dos grupos.

Assim, o referido direito implica também em prestações positivas, incluindo a disponibilização de serviços e insumos de assistência à saúde, portanto, nota-se ainda que o mesmo possui natureza de um verdadeiro direito social, em virtude de comportar uma dimensão individual e outra coletiva em sua realização.

O direito à saúde como princípio básico da dignidade humana e, conseqüentemente, sua incorporação nas leis e políticas públicas a serem adotadas pelos cidadãos e os Estados, demonstram a real necessidade do envolvimento da população, na efetiva busca da saúde individual e coletiva, possibilitando discutir com os interessados quais os direitos e deveres a serem observados.

Neste contexto, defende-se que os Estados devem tomar medidas apropriadas não só para a recuperação como também para a promoção da saúde e o bem estar social, daí porque se passa a analisar, especificamente, o direito a saúde pública no Brasil.

2.1 Direito à Saúde Pública no Brasil

Garantir saúde aos brasileiros é efetivar o Sistema Único de Saúde como política de Estado, discutindo-o com a sociedade em todos os seus espaços de construção de idéias e dotando-o de meios necessários para a superação das dificuldades que retardam sua consolidação.

Ao analisar a história da saúde no Brasil, percebe-se que desde o Império até a Velha República, início da década de 30 do século XX, embora seja um grande período temporal, esta se apresentava como uma verdadeira “benesse” do Estado, já que ficou marcada por relações patrimonialistas de poder que caracterizava-se como um favor do Estado à população.

Verifica-se ainda que, da era Vargas, na década de 30, ao período da redemocratização do país, na década de 80, percebe-se uma crescente mercantilização à saúde no país, haja vista que seu acesso esteve ligado à capacidade do indivíduo pagar pelos planos privados, ou ainda a sua condição de trabalhador, na medida em que a saúde se caracterizou como serviço ou um benefício trabalhista.

Diante da concepção não universal de saúde, uma vez que cabia ao Estado cuidar somente da assistência pública e da prestação de assistência médica e hospitalar ao trabalhador filiado ao regime previdenciário, surge o movimento da reforma sanitária na década de 70, cujo objetivo se concentra na defesa da saúde como um direito de todos.

LUZ,⁵⁶ destaca que:

A reforma sanitária representou um movimento de professores, pesquisadores e intelectuais da saúde existente, denunciando as precárias condições de saúde de grande parte da população e apresentando alternativas para a construção de uma nova política de saúde efetivamente democrática. (Grifo do autor)

Ressalta-se que para a construção, no Brasil, de um modelo de saúde democrática desejada, a reforma sanitária foi de primordial importância neste processo, sendo levada adiante por estudiosos da área, em conjunto com os movimentos sociais e os partidos políticos progressistas, que definiram as diretrizes fundamentais da proposta de mudança das políticas e do sistema de saúde.

Assim, verifica-se que somente com promulgação da Carta Magna brasileira, em vigor, consagra-se o direito à saúde à totalidade dos cidadãos brasileiros, sendo obrigação do Estado a sua efetivação, conforme preconiza o artigo 196, *in verbis*:

⁵⁵ SILVA, Jurandir Frutuoso. O SUS, o PSF e o município. In **Revista Sustentação do COSSEMS**, nº 22, mai/jun/jul/ago/2008, p. 48.

⁵⁶ LUZ, M.T. Notas sobre as Políticas de saúde no Brasil de “transição democrática: anos 80. In **Physis – Revista de Saúde Coletiva** nº 1. Rio de Janeiro. 1991, pp. 77-96.

Artigo 196: - Saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (grifo nosso)

Evidencia-se, portanto, ser direito de todos e dever do Estado brasileiro não só quanto à recuperação à saúde, mas a obrigação deste na promoção e proteção da saúde por meio de políticas públicas que viabilizem este desiderato.

AITH,⁵⁷ destaca:

O reconhecimento constitucional da saúde como direito significou um grande avanço do Estado democrático de direito brasileiro e acarretou múltiplas inovações, revelando um vasto campo do conhecimento jurídico a ser desbravado. É sempre bom lembrar que a saúde não era reconhecida como direito antes da Constituição de 1988 e, por tal razão, o Estado não tinha os deveres hoje previstos no texto constitucional e na legislação complementar.

Verifica-se que como garantia fundamental do direito à saúde aos cidadãos, saúde reconhecida como algo mais abrangente, como a OMS a define, só aparece no texto constitucional na CF, de 1988, ou seja, 40 anos após a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Neste sentido SARLET,⁵⁸ ressalta:

Na contextualização constitucional empreendida o direito à saúde foi caracterizado como direito fundamental social, inserido em uma ordem social constitucional que tem por finalidade direta a promoção do bem estar e da justiça social como preceitua o art. 193 da Constituição.

Importante ressaltar que em uma república comprometida em construir uma sociedade justa, livre e solidária como preconiza o inciso I, do artigo 3º, da Constituição Federal do Brasil, os direitos fundamentais não podem ser reduzidos a pretensões egoístas e, necessariamente, devem ser integradas ou pelo menos discutidas com os cidadãos.

CARVALHO,⁵⁹ alega:

⁵⁷ AITH, Fernando. Perspectiva do Direito Sanitário no Brasil: As garantias Jurídicas do Direito à Saúde e os Desafios para sua Efetivação. In **Direito da Saúde no Brasil**. André Evangelista de Souza... *et al.* Org. Lenir Santos. Saberes. Campinas. 2010, p. 183.

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 1998, p. 247.

⁵⁹ CARVALHO, G. C. M. **Participação da Comunidade na Saúde**. Passo Fundo. IFIBE. 2007, p. 31.

A Saúde é um direito essencial que, na Constituição, está colocado como dever do Estado, mas que só acontecerá se todos nós cumprimos com nossos maiores e menores deveres cotidianos, o que nos fará cidadãos plenos. Na lei orgânica da saúde está bem explícito: só conseguiremos ter saúde na medida em que tivermos a contribuição das pessoas, das famílias, das empresas e da sociedade.

No entendimento do sanitarista Carvalho⁶⁰, o direito à saúde se refere às maiores conquistas de cidadania que um povo conseguiu incluir em sua Carta Maior, entretanto, muitas críticas surgiram acusando os legisladores constituintes de terem recepcionado muitos direitos sem, contudo, pensar como garanti-los de modo concreto, na prática.

Ao tratar do direito à saúde verifica-se que o Sistema Único de Saúde brasileiro é responsável por grande parcela deste direito, haja vista buscar garantir o acesso às ações e serviços de saúde, tendo a função de identificar e divulgar os fatores condicionantes e determinantes da saúde e formular políticas destinadas a promover, no campo econômico e social, a observância do disposto no artigo 2º, da Lei nº. 8080/90, conforme determina o artigo 5º, I e II.

Neste sentido, encontram-se as mais variadas discussões sobre a saúde como direito de todos e dever do Estado, em especial, a participação do cidadão no processo de construção do sistema de saúde, tema que se analisa a seguir.

2.1.1 Participação Popular e Social na Saúde

É indispensável ainda que o cidadão seja partícipe na construção de um sistema de saúde justo, efetivo, humano e o igualitário, assumindo também seus deveres individuais e sociais, sendo solidário e atuante como cidadão e responsável por sua saúde e da comunidade.

Lenir Santos⁶¹

Ao analisar o direito à saúde enquanto direito, fundamental e social, percebe-se que o mesmo se encontra inserido na categoria de titularidade coletiva, assim não se

⁶⁰ *Idem*, p.31.

⁶¹ SANTOS, Lenir. Direito a Saúde e Qualidade de Vida um Mundo de Corresponsabilidades e Fazeres. In **Direito da Saúde no Brasil**, André Evangelista de Souza... *et al.* Org. Lenir Santos. Saberes Campinas. 2010, p. 58.

restringe as meras partes individuais⁶², na medida em que são de titularidade de grupos e coletividades.

Em seu artigo Ventura e *et al...*,⁶³ assim se expressa:

A trajetória do reconhecimento do direito à saúde como relativo à dignidade humana e, conseqüentemente, sua incorporação nas leis, políticas públicas e jurisprudências, espelham as tensões e percepções sobre as definições de saúde e doença, de como alcançar este Estado de bem-estar, e quais os direitos e responsabilidades dos cidadãos e dos Estados.

Neste sentido, ao analisar o artigo 196, da CF/88, transcrito anteriormente, quando afirma ser a saúde “um direito de todos e dever do Estado”, ressalta-se, todavia, que para tais direitos foram estabelecidos deveres que devem ser submetidos e cumpridos por todos, conforme se verifica na contribuição de Carvalho,⁶⁴ ao afirmar que:

O direito à saúde exige que cada uma de nós cumpra com seus deveres. Entre omitir-nos e compactuar existe uma terceira via: a participação e luta de cada um de nós para que sejamos todos cidadãos plenos, iguais em direitos e deveres. Ou seja, assumir o direito à saúde como parte da transformação de nosso país.

Observa-se ser fundamental a participação individual e social de todos na elaboração do planejamento, execução e fiscalização das ações que levem, efetivamente aos referidos direitos.

Diferentes governos no enfrentamento das mais diversas situações têm defendido como estratégia comum, a participação da comunidade para resolvê-las.

Verifica-se, que o Brasil ao adotar a democracia representativa, especificamente quando se analisa o § único, do art. 1º, que destaca: “Todo poder emana do povo, que o exerce diretamente, ou por meio de representantes eleitos, nos termos desta Constituição”, instituído está, portanto, o princípio da participação social.

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 52.

⁶³ VENTURA, *et. al.* Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *In Physis: Revista de Saúde Coletiva*, vol. 20, nº 1. Rio de Janeiro. 2010.

⁶⁴ CARVALHO, *Ibidem*, p.31.

ESCOREL e MOREIRA,⁶⁵ contribuem:

A denominada Constituição Cidadã, consagrou juridicamente o princípio de que os direitos dos cidadãos (saúde, educação, trabalho, terra, habitação, salário mínimo digno...) são deveres do Estado que deve cumprí-los mediante a implantação de políticas públicas. Garantiu também a participação social por meio de algumas instâncias: Eleições diretas [...], Plebiscito [...], Referendo [...], Iniciativa popular.

Observa-se que princípio da participação encontra-se evidenciado no inciso III, do artigo 198⁶⁶, ao tratar da gestão de políticas públicas da saúde *in verbis*:

Artigo 198 – As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:
 I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
 II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas sem prejuízo dos serviços assistenciais;
III – participação da comunidade

Verifica-se que este princípio é de primordial importância por encontrar-se diretamente relacionado com o exercício da cidadania, considerando tratar-se da capacidade do homem compreender e estar informado dos problemas quer políticos, sociais, econômicos, ambientais e culturais, não só da sua comunidade como também de toda a sociedade.

Ao analisar a tradição sanitária brasileira, percebe-se que a participação comunitária tem demonstrado uma forma de conquistar maior eficácia e eficiência dos serviços de controle sanitário, melhor atendendo as próprias necessidades dos usuários, promovendo consensos e buscando a cooperação com a finalidade precípua de cumprir prazos e alcançar metas.

LABRA,⁶⁷ afirma:

As formas de participação direta e indireta da cidadania nas decisões de política pública, introduzida no Brasil com a Constituição Federal de 1988, estão pavimentando o caminho para a democracia participativa, tamanha é a quantidade de mecanismos existentes em muitos setores do fazer estatal nos três níveis de governo

⁶⁵ ESCOREL, Sarah; MOREIRA, Marcelo Rasga. Participação Social. *In Políticas e Sistemas de Saúde no Brasil*. Org. Giovenella, Ligia et al. Cebes. Fiocruz, Rio de Janeiro 2009, p. 993.

⁶⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

⁶⁷ LABRA, Maria Eliana. Política Nacional de Participação na Saúde: entre a utopia democrática do controle social e a prática predatória do clientelismo empresarial. *In Participação, Democracia e Saúde*. Org. Sonia Fleury e Laura de Vasconcelos Costa Lobato. Cebes. Rio de Janeiro. 2010, p.176

Em se tratando de questões relativas à saúde, percebe-se que as pessoas e a coletividade precisam ser responsáveis pela própria saúde e pela da comunidade. Esta responsabilidade também se entende aos profissionais de saúde, os prestadores de serviços e aos fornecedores.

Evidencia-se que a Saúde brasileira necessita da participação efetiva da comunidade na implantação, execução e fiscalização das ações, serviços e políticas públicas do Sistema Único de Saúde – SUS, tema que se aborda no item seguinte.

2.2 Sistema Único de Saúde – SUS

O SUS é um sistema composto por muitas partes e por mais diferentes que pareçam, têm uma finalidade em comum: cuidar e promover a saúde de toda a população, melhorando a qualidade de vida do brasileiro.

Moacir de Sousa Soares,⁶⁸

Discorre-se que o Sistema Único de Saúde – SUS é resultado do movimento da Reforma Sanitária no Brasil, que possibilitou um processo de mudança mobilizando a sociedade brasileira para propor novas políticas e modelos de organização de sistemas, serviços e práticas de saúde.

Percebe-se que a reforma sanitária preconizou que as ações em saúde deveriam ser formuladas não somente pelo Estado, mas em conjunto com espaços públicos de participação social, na medida em que é a sociedade que vivencia o cotidiano das instituições de saúde e, portanto, conhece de forma mais próxima suas mazelas e avanços.

Verifica-se que este movimento permitiu ao cidadão o exercício da cidadania por meio da participação popular na construção de um sistema nacional de saúde.

Tem-se que o SUS é composto por um conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público.

MELO e *et al*⁶⁹ destacam:

⁶⁸ SOARES, Moacir de Sousa. A Maioridade do SUS: Um modelo Social Vitorioso. In **Revista Sustentação do COSSEMS**, nº 22, mai/jun/jul/ago/2008, pp. 39/40.

Como síntese das discussões sobre políticas de saúde e direito a saúde, o SUS procura unificar todas as instituições e serviços de saúde num único sistema – um comando único do governo federal (Ministério da Saúde), um comando único do Estado (Secretaria Estadual de Saúde), e um comando único dos municípios (Secretarias Municipais de Saúde).

Observa-se que o SUS configura a política de saúde brasileira como um direito de todos de forma indistinta, que possui não somente regras formais de organização, mas também princípios jurídicos que orientam seu desenvolvimento, tais como integralidade, descentralização, participação, universalidade e outros

Ao analisar os princípios ético-doutrinários do SUS como a integralidade ao desenvolver, prioritariamente, as atividades de promoção e prevenção à saúde, sem prejuízo dos serviços especializados, a equidade que almeja tratar de forma diferenciada os desiguais, oferecendo mais a quem precisa mais, procurando reduzir as desigualdades nos atendimentos e a universalidade que favorece a igualdade de acesso a todos os brasileiros ao sistema de saúde, sem importar onde sejam atendidos, conclui-se que são mecanismos que visam possibilitar que as determinações da Constituição Federal sejam respeitadas.

Ressalta-se a preocupação quanto às diretrizes constitucionais que traduz o anseio dos atores sociais brasileiros por uma democracia participativa em que os cidadãos influenciam de maneira decisiva a definição e a execução das políticas de saúde locais.

Nesta perspectiva observa-se o surgimento na década de 1990, das Normas Operacionais Básicas do SUS – NOB –. Trata-se de ferramentas importantes, uma vez que se possibilitou democratizar a organização dos serviços de saúde pública no nosso país, conforme se verifica no entendimento de Aith,⁷⁰:

Dessa forma, mesmo sendo instrumentos normativos de baixa hierarquia (portaria), possuem relevância dentro do Sistema Único de Saúde. Entendemos que dois são os motivos que fundamentam a importância das normas operacionais do SUS (NOB e NOAS): de um lado, a legitimidade democrática e federativa e, de outro, o fato de que o teor dessas portarias é fundamental para a concretização dos grandes princípios e diretrizes constitucionais do SUS.

⁶⁹ MELO, Enirtes Caetano Prates de, CUNHA, Fátima Terezinha Scaparo; TONINI Tereza. Políticas Públicas *In Ensinando a Cuidar em Saúde Pública*. org. Nébia Maria Almeida Figueiredo. São Caetano do Sul - SP. Yendis editora 2005, pg. 62.

⁷⁰ AITH, Fernando. Perspectiva do Direito Sanitário no Brasil: As garantias Jurídicas do Direito à Saúde e os Desafios para sua Efetivação. *In Direito da Saúde no Brasil*. André Evangelista de Souza... *et al.* Org. Lenir Santos. Saberes. Campinas. 2010, p. 211.

Assim, ao verificar a normatização da NOB – 91 percebe-se a transformação dos Estados e Municípios em prestadores de serviço, definindo-se na prática uma prestação de serviço mais próxima da população.

Mesmo sem alterações importantes, verifica-se que a NOB – 92 vem promover o início do movimento municipalista precursor do documento que promoveu a discussão da ousadia de cumprir e fazer cumprir a lei.

Em relação à NOB – 93, observam-se as definições dos tipos de gestões, a criação dos Fundos Municipais de Saúde e a criação das Comissões Intergestores Tripartite e Bipartite.

Entende-se que as Comissões Intergestores Bipartites têm como função principal adaptar as normas operacionais básicas do SUS às condições específicas de cada Estado, fiscalizar a movimentação de recursos repassados para os fundos Municipais de Saúde, elaborar o plano de Saúde e o relatório de gestão dos Estados, definirem os orçamentos municipais para área de Saúde.

Portanto, para que os recursos do governo federal sejam transferidos para o Fundo Municipal de Saúde – FMS – deve-se observar o número de habitantes, a existência do Plano Municipal de Saúde, o número de doentes graves e de óbitos do município, bem como a existência do conselho municipal de saúde, órgão colegiado formado paritariamente por gestores, prestadores de serviços, e usuários, que tem como função planejar e fiscalizar a atuação dos gestores na aplicação dos recursos na área de saúde.

SANTOS,⁷¹ observa:

Se já era importante discutir a saúde e suas condições, a sociedade começa a demonstrar interesse, certamente a crise econômica passa agora a impor um sentido de urgência a essa pauta, exigindo que seja criada uma agenda política, a qual deve incluir a ressignificação de certos valores da reforma sanitária brasileira, como a própria participação da comunidade – essencial – diga-se desde logo, mas que está a exigir revisão na forma de atuação.

Deste modo, demonstra-se ser indispensável que o cidadão participe na construção de um sistema de saúde justo, efetivo, humano e igualitário, assumindo

⁷¹ SANTOS, Lenir. Direito a Saúde e Qualidade de Vida um Mundo de Corresponsabilidades e Fazeres. In **Direito da Saúde no Brasil**. André Evangelista de Souza e *et al.* Org. Lenir Santos. Saberes. Campinas. 2010, p.16.

também seus deveres individuais e sociais, sendo solidário e atuante como cidadão e responsável por sua saúde e da comunidade.

Assim, os planos e programas governamentais brasileiros devem ser elaborados levando em conta os reclamos sociais e a participação social, sendo preciso que haja efetiva correlação entre as necessidades coletivas da saúde e as prioridades que o poder público venha a estabelecer nesses instrumentos de planejamento.

Neste contexto, verifica-se que a criação dos Conselhos de Saúde e realização das Conferências de Saúde é fundamental para efetivação do Controle Social, tema que se aborda a seguir, em que os cidadãos têm o direito e o dever de participar da construção do modelo de saúde que venha atender as reais necessidades de suas comunidades.

2.2.1 Controle Social do SUS

No processo de formalização da participação social no setor saúde no Brasil, 'controle social' passou a expressar a possibilidade de a sociedade controlar o Estado por meio de instâncias participativas.

SCOREL e MOREIRA⁷²

Observa-se que a participação das entidades e movimentos representativos da sociedade na definição das políticas de Saúde, na gestão e controle de sua execução, contribui para garantir o cumprimento da Lei Orgânica da Saúde – lei do SUS –, tornando-o democrático e representativo.

Para atender aos pressupostos constitucionais do artigo 196, citado acima, elaborou-se a Lei nº 8.080/1990 que instituiu o SUS, entretanto em razão dos vetos proferidos pelo então presidente da República – Fernando Collor de Melo – na referida lei em relação à participação da comunidade, promulgou-se a lei nº 8.142/1990, criando dois mecanismos estratégicos para garantia da democratização do poder decisório e de controle social.

⁷² SCOREL, Sarah; MOREIRA, Marcelo Rasga. Participação Social. *In Políticas e Sistemas de Saúde no Brasil*. Org. Giovanella, Ligia et al. Cebes. Fiocruz, Rio de Janeiro 2009, p. 1001.

Desse modo averigua-se primeiramente que a lei 8.142/90 regulamenta a participação da comunidade na gestão do SUS por meio dos conselhos de saúde que devem existir em nível local, municipal, estadual e federal.

Mediante a importância deste mecanismo, definem-se os Conselhos de Saúde como órgãos colegiados, em caráter permanente e deliberativo, composto por representantes do governo, prestadores de serviço e usuários, que atuam na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo.

De acordo com Labra,⁷³ “Os conselhos conjugam características da democracia representativa a elementos da democracia direta, como o controle dos atos do conselheiro, diretamente ou por meio das entidades, e a revogabilidade do mandato”.

Do mesmo modo, a referida norma legal⁷⁴ estabeleceu a realização das conferências de saúde a cada quatro anos com a representação de vários segmentos sociais para avaliar a situação de saúde e propor diretrizes para a formulação de políticas de saúde nos níveis correspondentes, convocada pelo Poder Executivo ou extraordinariamente, por este e pelo conselho de saúde, estabelecendo ainda que tanto nos conselhos quanto nas conferências a representação dos usuários deve ser paritária em relação ao conjunto dos demais seguimentos.

Verifica-se que os conselhos e as conferências de saúde apresentam-se como relevantes espaços para a continuidade do processo de garantia e efetivação do direito a saúde, sobretudo porque pressupõe uma horizontalização da relação Estado-sociedade.

Neste sentido, ESCOREL e MOREIRA⁷⁵ afirmam que o SUS tem como um de seus pilares a participação da população, legalmente garantida, tanto nos conselhos quanto nas conferências de saúde, interferindo, diretamente, nas políticas de saúde no âmbito federal, estadual e municipal.

⁷³ LABRA, E. Conselhos de Saúde: dilema, avanços e desafios. In: Lima, N. *et al.* (orgs.) **Saúde e Democracia: História e Perspectiva do SUS**. Rio de Janeiro. Editora Fiocruz, 2005.

⁷⁴ **Lei nº 8.142/90, de 28 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/Gestor/area.cfm?id_area=169>. Acesso em 04/09/2011.

⁷⁵ ESCOREL, Sarah; MOREIRA, Marcelo Rasga. Participação Social *in* **Políticas e Sistema de Saúde no Brasil**. Org. Giovenella, Lígia *et al.* Cebes. Fiocruz, Rio de Janeiro 2009, p. 979.

Esses espaços devem exercer importante papel para a efetiva participação da sociedade civil na tomada de decisão nas políticas públicas de saúde, servindo como espaço de poder, de conflito e de negociação, possibilitando aos cidadãos controlarem as ações governamentais, promover a mudança na forma de interferir, facilitando o processo pedagógico de aprendizado do exercício do poder político.

Verifica-se que, muito embora na legislação brasileira conste a diretriz e princípio constitucional da participação popular, por meio das instancias participativas como as conferências e os conselhos de saúde, estes acabam sendo manipulados, politicamente, na sua composição e funcionamento, comprometendo a representatividade da população e dificultando o controle social para a efetivação das políticas públicas de saúde.

Afirma-se que a manipulação destas instâncias pelo Poder Executivo contribui para a existência de um vácuo enorme da participação popular nas políticas públicas de ação e gestão da saúde pelos seus usuários, impedindo desta forma, que estes espaços públicos sejam utilizados como meio necessário para o exercício da cidadania.

VASCONCELOS e PASCHE,⁷⁶ ensinam:

A mobilização social e a qualificação da participação social, no contexto do pacto em defesa do SUS, se constituem em requisito indispensável para fortalecer as outras dimensões do pacto pela saúde, pois sem o acompanhamento e a cobrança de responsabilidade junto aos gestores do SUS, corre-se o risco de se postergar indefinidamente a efetivação dos compromissos acordados.

Neste contexto, é essencial uma reflexão profunda sobre o funcionamento destes órgãos colegiados, necessita-se qualificar a participação social, promover uma reflexão no conceito de controle social, como o controle exercido pelo Estado por meio de atividades fiscalizadoras e disciplinares sobre a sociedade e os indivíduos.

BONAVIDES,⁷⁷ enfatiza:

Tanto no campo institucional propriamente dito como também a mais alta e responsável esfera governamentativa, há de estender-se esse controle, em cujo meio de abrangência ficaria, por conseguinte, todos os ramos da

⁷⁶ VASCONCELOS, Cipriano Maia; PASCHE, Dário Frederico. O Sistema Único de Saúde. *In Tratado de Saúde Coletiva* Ed. HUCITEC, Ed, FIOCRUZ. São Paulo e Rio de Janeiro, 2007, pg. 557.

⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. A Teoria da **Democracia Participativa** por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Hermenêutica, por uma repolitização de legitimidade. 3ª Ed. Malheiros. São Paulo. 2008, p. 499.

administração de tal sorte que se não possa, e momento algum, contestar ou abalar a legitimidade dos atos capitais de exercício da autoridade pública.

Verifica-se que é necessária a participação no controle por toda a sociedade e para isto a promoção de atividades que possibilitem o empoderamento individual e coletivo dos indivíduos, tema discutido a seguir, é de fundamental importância.

2.2.2 *Empoderamento no SUS*

A libertação é um ato social.

Paulo Freire⁷⁸

Observa-se que na sociedade contemporânea o conceito de empoderamento surge a partir dos movimentos de direitos civis nos Estados Unidos nos anos de 1970, através da bandeira do poder negro, como uma forma de autovalorização da raça e conquista de uma cidadania plena.

Conceitua-se empoderamento como o mecanismo pelo qual as pessoas, as organizações e as comunidades tomam controle de seus próprios assuntos, de sua própria vida, de seu destino, tomam consciência da sua habilidade e competência para produzir, criar e gerir.

Embora, originalmente, encontremos na língua inglesa o termo *empowerment* no sentido de “dar poder, autorizar ou permitir a alguém para realizar uma tarefa sem precisar da permissão de outras pessoas”, percebe-se que se trata de uma simples doação ou transferência por benevolência, que transforma o sujeito em objeto passivo, ou ainda na construção de habilidades e competências para um determinado objetivo.

Analisa-se de acordo com a contribuição de Freire,⁷⁹ que na língua portuguesa a interpretação aplicada à palavra empoderamento, vem no sentido de “conquista, avanço e superação por parte daquele que se empodera”, tornando-se sujeito ativo do processo ao qual está envolvido.

Entende-se que o educador brasileiro criou um significado especial para o empoderamento no contexto da filosofia e da educação. Deixa-se, portanto de ser compreendido como um processo que ocorre de fora para dentro do indivíduo,

⁷⁸ FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Esperança**: um reencontro com a pedagogia do oprimido. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

⁷⁹ *Ibidem*.

percebido no *empowerment* inglês, passando a processar-se internamente pela conquista, compreendido como um fenômeno de empoderamento.

Na área da saúde, empoderar significa capacitar às pessoas ou comunidades a partir de processos educativos, em qualquer espaço individual ou coletivo, com a intenção de programar estratégias que visem à tomada de decisão, com fim de garantir fortalecimento das ações positivas para a saúde.

Verifica-se na literatura da Educação em Saúde, bem como na Promoção da Saúde a importância dos valores do autodesenvolvimento ou autorealização, pela relevância que dão à aquisição das habilidades pessoais para cuidar de si e ser responsável pela própria saúde.

MARTINS JUNIOR, 2003⁸⁰ afirma:

[...] Trata-se de um processo de reconhecimento do poder existente, ainda não exercido, mas disseminado na estrutura social que não escapa a nada e a ninguém. Se o poder é um elemento da sociedade, apoderamento, 'ad-poremanto' significa 'trazer o poder mais próximo de si' [...].

Verifica-se, que ao trazer o poder para mais próximo de si, o indivíduo ganha a capacidade de melhor interpretar os direitos e interesses das comunidades a que esteja prestando um serviço cidadão, contrapondo-se aos poderes de quem ordena, decreta, pune, dá prêmios, faz chantagem e manipula.

Percebe-se que o empoderamento trata-se da habilidade de pessoas conseguirem um entendimento e um controle sobre suas forças pessoais, sociais, econômicas e políticas, para poderem agir de modo a melhorar sua situação de vida.

O termo empoderamento empregado neste trabalho deverá ser analisado na óptica freireana de conquista da liberdade pelas pessoas que tem estado subordinadas a uma posição de dependência econômica, física ou de qualquer outra natureza.

Necessita-se que a participação deve ser interpretada numa visão ampla que vai além do compartilhar informações e da oferta de contribuições, pois envolve além da co-responsabilidade na elaboração conjunta de planos e propostas de ação, a criação de relacionamentos de confiança mútua e cumplicidade, bem como o comprometimento e o reconhecimento de interdependência na sociedade.

⁸⁰ MARTINS JUNIOR, Tomaz. Apoderamento. In **SANARE – Revista Sobralense de Políticas Públicas**. Ano IV, n.1, Jan./Fev./Mar. 2003, p 56.

BONAVIDES,⁸¹ destaca:

Aí temos a presença de uma assegurada e eficaz participação do povo em domínio decisório, que não seja meramente formal ou adjetivo. Mas incontestavelmente provido de substância e conteúdo. Por aí passará reconhecida e sem refutação a soberania do povo em toda a sua majestade e plenitude.

Defende-se que, com a participação efetiva da comunidade na organização e execução das políticas públicas de saúde, estimula-se o empoderamento coletivo.

Reconhece-se que o empoderamento, é um processo que ajuda as pessoas a firmar seu controle sobre os fatores que afetam a sua saúde. Utiliza-se como sinônimo para habilidades de enfrentamento, suporte mútuo, organização comunitária, sistema de suporte, participação da vizinhança, eficiência pessoal, competência, auto-estima e auto-suficiência.

Necessita-se de uma mudança de paradigma no conceito de controle social como um instrumento de controle do Estado sobre o indivíduo e a sociedade, passando a ser este, auxiliado pelo processo empoderativo, um instrumento conquistado para propor e fiscalizar a execução das ações de políticas públicas na saúde a serem implementadas nas comunidades.

FREITAG,⁸² alude que:

Para que as sociedades modernas alcancem esse objetivo supremo da democracia, precisam educar os seus membros nas regras do jogo, valores e normas democráticos, a partir das bases e desde início da vida do indivíduo na sociedade. A educação assume aqui claramente uma conotação política. A educação vem a ser o processo de socialização dos indivíduos para uma sociedade racional, harmoniosa, democrática, por sua vez controlada, planejada, mantida e reestruturada pelos próprios indivíduos que a compõem.

Verifica-se que, a mudança de paradigma depende de uma educação cívica dos cidadãos, levando-os a participar das discussões políticas na área da saúde, despertando-os para o exercício da cidadania e demais formas de participação popular que o regime democrático necessita.

⁸¹ BONAVIDES, Paulo. A Teoria da **Democracia Participativa** por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Hermenêutica, por uma repolitização de legitimidade. 3ª Ed. Malheiros. São Paulo. 2008, p. 499.

⁸² FREITAG, Barbara. **Escola, Estado e Sociedade**. São Paulo: Moraes, 1980, p.18.

Vale ressaltar que o fenômeno do empoderamento coletivo não poderá ser ensinado de maneira convencional, por se tratar de um processo gradativo e subjetivo, pois depende do envolvimento individual no processo de crescimento e amadurecimento pessoal através da participação popular no planejamento, execução e fiscalização das ações e políticas de saúde locais.

Defende-se que as pessoas se tornam capazes de articular-se e de agir sob determinadas formas de organização, se para isso superarem as confrontações entre as suas necessidades e seus deveres sem esquecer que a democracia é formada pela associação de ideias e de cidadãos.

Urge que se realize, por intermédio do empoderamento coletivo, um controle social para formar uma base social estável, com pressupostos institucionais firmes e uma cultura política bastante desenvolvida.

Verifica-se que a sociedade anda carente de sujeitos com responsabilidades sociais, voltados para o coletivo, dotados do forte sentimento de que o bem estar social não é uma obra exclusiva do Estado.

Acredita-se que, com o empoderamento coletivo dos indivíduos nas questões ligadas a saúde pública, diminuiria a necessidade (hoje verificada) de intervenção do Poder Judiciário, nas soluções das demandas de direito a saúde por meio de liminares que, muitas das vezes, chegam tarde demais ou são incapazes de medir o impacto econômico-social no sistema SUS como um todo.

Nesta Perspectiva, no capítulo seguinte propõe-se tratar do fenômeno da judicialização das políticas públicas, e especial das políticas de saúde pública.

3 ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance.

Luís Roberto Barroso⁸³

Verifica-se que nas democracias contemporâneas, o Poder Judiciário tem sido chamado a tomar decisões com alto teor político com o intuito de garantir os direitos fundamentais, gerando assim o movimento até então denominado de ativismo judicial.

Neste sentido, a jurisdição constitucional tem contribuído intensamente para a expansão dos domínios de intervenção dos Tribunais para além do controle tradicional de constitucionalidade, incumbindo-se cada vez mais, do papel relevante na criação de regras jurídicas e na implementação dos direitos humanos e sociais por meio da reformulação de instituições ou de políticas públicas.

Daí, afirmar-se que este movimento ocorre em razão do aumento desordenado da legislação conhecida como “inflação legislativa” e pela inércia do legislador, levando, portanto o Judiciário a agir, haja vista que este não pode eximir-se da sua função típica de julgador e guardião da Constituição.

Assim, a atuação judiciária nas questões políticas tem levantado os mais diversos questionamentos no mundo acadêmico, político, econômico e jurídico, a ponto de ser tratada como um fenômeno de Judicialização das políticas.

Compreende-se por judicialização – a interferência do Judiciário na vida pública – a expansão do direito e o fortalecimento das instituições de Justiça, e a inserção dos agentes jurídicos na esfera política e no mundo real, positivamente ou negativamente, de acordo com a perspectiva do intérprete.

Neste sentido Furtado, 2009⁸⁴ esclarece:

⁸³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 2004, p 158.

O fenômeno da judicialização da política é paralelo ao da expansão da discricionariedade judicial. Os dois têm em comum o fato de alargarem os limites da intervenção judicial na sociedade, majorando o poder dos juízes. [...] a pluralidade de leis pode ocasionar, na prática, a falta de efetividade das normas jurídicas.

Portanto, observa-se que as questões políticas estão cada vez mais presentes nos tribunais, elevando, sobremaneira, a participação efetiva dos juízes na solução de conflitos de outras searas, haja vista ser o direito uma ciência humana que se relaciona de forma íntima com a política, a economia, a administração e outras.

Conclui-se que o ativismo judicial ou o fenômeno da judicialização nas questões políticas é fruto do vazio deixado pelos poderes Legislativo e Executivo, instituições majoritárias criadas com o objetivo de atender às demandas sociais, que não poucas.

Na busca de compreender o ativismo judicial nas políticas públicas sociais, passa-se a discorrer sobre algumas concepções de judicialização dos Direitos Fundamentais Sociais.

3.1 Judicialização dos Direitos Fundamentais Sociais

Havemos de convir que a problemática jurídica dos direitos sociais se encontra hoje numa posição desconfortável.

J. J. Gomes Canotilho⁸⁵.

Encontra-se que a ideia de Estado como grande responsável pela concretização dos direitos fundamentais, especificamente os sociais, foi uma conquista que se deu dentro da chamada geração de direitos fundamentais, após o esgotamento do modelo de Estado Liberal, que apenas se abstinha de praticar qualquer ato que oferecesse determinado rol de direitos tidos por fundamentais, previstos pelas constituições liberais de séculos XVIII e XIX.

⁸⁴ FURTADO, Emmanuel Teófilo, O Fenômeno da Judicialização da Política: A Tensão entre Democracia e Constitucionalismo. In **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, orgs. Antonio Augusto Cançado Trindade e Cesar Oliveira de Barros Leal, ano 9, Vol. 9, Fortaleza. 2009, p. 109.

⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos Sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 253.

Averigua-se que o fenômeno crescente da judicialização política e social, que emergiu com a crise de representação do Legislativo e do recuo do Executivo no campo dos direitos sociais, vêm reconfigurando o perfil dos profissionais do Direito, ampliando de modo significativo as suas ações em defesa da cidadania e dos direitos humanos fundamentais.

Neste contexto, ressalta-se que o direito à saúde, encontra-se categorizado no que se convencionou chamar de direitos sociais ou direitos humanos de segunda geração, haja vista ser reconhecido como um direito humano fundamental⁸⁶.

Verifica-se que, no Brasil, o simples reconhecimento formal da saúde como um direito fundamental na sua Carta Magna não tem produzido o milagre de fazer com que, esse direito seja usufruído por toda a população.

Importante lembrar que para que um direito seja concretizado e respeitado, é necessário que este seja dotado de garantias eficazes, conforme se observa na lição de Jorge de Miranda⁸⁷, os direitos representam, por si só, certos bens, enquanto as garantias se destinam a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, ao passo que as garantias são acessórias. Na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, ao passo que as garantias se estabelecem.

Neste sentido, convém verificar algumas ponderações sobre o que se convencionou chamar fenômeno da Judicialização da Saúde no Brasil.

3.2 Judicialização da Saúde no Brasil

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política.

Luís Roberto Barroso⁸⁸

Ao observar a mídia nacional, percebe-se que, constantemente, o Poder Judiciário brasileiro tem sido acionado para garantir os mais diversos direitos

⁸⁶ AITH, Fernando. Perspectiva do Direito Sanitário no Brasil: As garantias Jurídicas do Direito à Saúde e os Desafios para sua Efetivação. *In Direito da Saúde no Brasil*. André Evangelista de Souza... et al. Org. Lenir Santos. Saberes editora. Campinas. São Paulo. 2010, pg. 193.

⁸⁷ Jorge de Miranda. *Manual de Direito Constitucional* 2ª ed. Coimbra editora. Coimbra, 1998, p. 88.

⁸⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 6.

fundamentais e sociais, muitas das vezes na defesa do direito fundamental à vida e à dignidade de algumas pessoas.

Pode-se citar como exemplo, o caso de pessoas que necessitam de medicamentos que não estão elencados na relação disponibilizada pelo SUS, através da Agencia Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA⁸⁹.

DELDUQUE e MARQUES,⁹⁰ afirmam:

O Poder Judiciário, em todas as suas instâncias, vem se deparando com um volume cada vez maior de ações judiciais, individuais que reivindicam os mais diversos medicamentos, insumos, tratamentos e produtos de saúde em face do Estado, como garantia do direito à saúde constitucionalmente resguardada.

Neste sentido, as crescentes demandas judiciais relacionadas às questões de saúde fortalecem e elevam o número estatístico de processos conflituosos entre o Estado e os cidadãos, que sem alternativas para sanarem suas querelas, buscam como última fonte garantidora da efetivação dos seus direitos fundamentais, as sentenças judiciais.

De fato, estudos demonstram que o número de ações judiciais que demandam medicamento para o Estado vem crescendo de forma exponencial e, paralelamente, as reiteradas decisões judiciais que se seguem, fundamentadas nos dispositivos legais que garantem o direito à saúde sob a perspectiva integral e universal, acabam por conferir aqueles que acessam o Judiciário as mais diferentes prestações de saúde, focadas nas necessidades individuais, postas nos autos.

Encontra-se na jurisprudência, em especial no voto proferido do Ministro Gilmar Mendes no Agravo Regimental 175⁹¹, que:

O estudo do direito à saúde no Brasil leva a concluir que os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas a implementação e manutenção das políticas públicas de saúde já existentes – o que implica também a composição dos orçamentos dos entes da Federação – do que a falta de legislação específica.

⁸⁹ Reporta-se ao RENAME – Relação de Medicamentos Essenciais – trata-se de uma relação que abrange um elenco de medicamentos necessários ao tratamento e controle das enfermidades prioritárias em saúde pública nos diversos níveis de atenção no País (MS, 2007).

⁹⁰ DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Silvia Badim. O Direito Social a Saúde deve ser Garantido por Políticas Públicas e decisões Judiciais In Temas Atuais de **DIREITO SANITÁRIO**. (Org.) Maria Célia Delduque. Brasília: CEAD/FUB, 2009. p. 121.

⁹¹ STA 175 AgR / CE - CEARÁ ,AG.REG. NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente)Julgamento: 17/03/2010,Órgão Julgador: Tribunal Pleno, p. 15.

Percebe-se que, os recursos que adentram no Supremo Tribunal Federal, necessitam de serem resolvidos e as decisões judiciais devem ser cumpridas e para isso se faz necessário que o Poder Legislativo e o Executivo se planejem melhor no sentido de atender as demandas sociais, especificamente referentes ao direito à saúde.

Afirma-se que, a judicialização da saúde refere-se a decisões judiciais, que, por conseguinte, acaba por incidir, de forma reflexa, na política de saúde, destinada a garantir o direito social a saúde sob a perspectiva coletiva e distributiva.

SANTOS,⁹² relata:

A judicialização da saúde nos últimos anos revela a crescente importância da saúde pública, ainda que o Judiciário venha demonstrando não conhecer a organização do Sistema Único de Saúde (SUS), o que gera dificuldades em relação as suas decisões, nem sempre boas para a organização do SUS.

Verifica-se que para concretização do direito à saúde brasileira, conferida pelas normas constitucionais e infraconstitucionais, vivencia-se um processo sem fim, que passa pelo comprometimento de inúmeras instâncias de poder, dentre as quais e por último a intervenção da esfera judicial.

BARROSO,⁹³ ressalta:

Uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos foi à virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e garantias de magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar o papel político dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo.

Percebe-se, que com estas novidades passa-se a cobrar uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes.

As intervenções constantes nas esferas executivas e legislativas ocorrem no momento de omissão quanto à aplicação dos recursos na área da saúde como única ferramenta de acesso do usuário ao SUS por falta de políticas públicas que não tem

⁹² SANTOS, Lenir. Direito a Saúde e Qualidade de Vida um Mundo de Corresponsabilidades e Fazeres. *In Direito da Saúde no Brasil*. André Evangelista de Souza... et al. Org. Lenir Santos. Saberes editora. Campinas. São Paulo. 2010, p. 16.

⁹³ BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito – O triunfo do direito constitucional no Brasil. *In Revista de Direito Administrativo*, n.240. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

organização, planejamento, gestão e fiscalização por parte dos órgãos colegiados para este fim.

Entende-se que estas intervenções não são salutares ao processo democrático de direito, uma vez que deixam fora das discussões os maiores interessados na saúde pública do Brasil, os usuários.

Neste sentido, o melhor seria que os Poderes Públicos instituídos levassem a sério a concretização dos direitos fundamentais e, conseguissem oferecer um serviço de saúde de qualidade a toda a população, independentemente de qualquer manifestação da Justiça.

Ademais, a despeito de intervenções judiciais, Gilmar Mendes por meio de seu voto⁹⁴ entende que “ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento”.

Diante do exposto, percebe-se que o constitucionalismo brasileiro encontra-se em um momento importante quanto às práticas jurisprudenciais, com a mudança de paradigma em razão do compromisso com a efetividade de suas normas e elaboração científica no desenvolvimento de uma dogmática de interpretação constitucional.

Neste sentido, Sarlet,⁹⁵ leciona que o constitucionalismo brasileiro deu um enorme passo rumo à afirmação dos direitos fundamentais sociais, em especial o direito a saúde, ao reconhecer por meio da hermenêutica dos direitos fundamentais o seu caráter normativo e sua aplicabilidade imediata.

No entanto, inúmeros são os argumentos apresentados pelo Estado para justificar sua ineficiência na efetivação desses direitos sociais, destacando-se como principal deles o alto custo que prestações materiais na saúde, educação e moradia geram aos cofres públicos.

Assim, ao verificar os argumentos dos poderes públicos brasileiros para não efetivarem as políticas públicas de saúde embasadas no fato de que o direito à saúde foi positivado como norma de eficácia limitada, além de não disporem de recursos

⁹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - SL 047 – Agr./PE – 17/03/2010 - Inventário de Análise de Jurisprudência DJe. nº 76. Divulgação 29/04/2010. Publicação 30/04/2010. Ementário nº 2399-1, p. 23.

⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, TIMM Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais**: Orçamento e Reserva do Possível. Livraria do Advogado. Porto Alegre. 2002.

suficientes, e finalmente por não ser competência do Poder Judiciário decidir sobre alocação e destinação dos recursos públicos, Sarlet⁹⁶, neste sentido, defende que:

O questionamento é relevante, especialmente em razão das reiteradas decisões judiciais que, baseadas em entendimento do Direito à saúde como poder individual a ser exercido a margem da coletividade, obriga os entes públicos a financiar, das mais variadas formas, ações e serviços sem qualquer viabilidade da universalização.

Entretanto, o próprio Sarlet⁹⁷, adverte que este entendimento não deve prevalecer, considerando se tratar do direito à preservação da vida, conforme se verifica:

Não esqueçamos de que a mesma constituição que a consagrou o direito a saúde, estabeleceu – evidenciando, assim o lugar de destaque outorgado ao direito à vida – uma vedação praticamente absoluta (salvo em caso de guerra regularmente declarada) no sentido da aplicação da pena de morte (art. 5º, inciso XLVII “a”).

Importante ressaltar que o reconhecimento constitucional da saúde como direito significou um grande avanço do Estado democrático brasileiro e acarretou múltiplas inovações legislativas e institucionais, revelando um vasto campo do conhecimento jurídico a ser observado.

Neste contexto, observe-se a ementa do Agravo Regimental na suspensão de tutela antecipada 175, do Ceará pelo Pleno do STF, em 17/03/2010:

EMENTA: Suspensão de segurança. Agravo Regimental. Saúde Pública. Direitos Fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave ameaça lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.

Analisar-se ainda, o Mandado de Segurança nº 700000696104, do Primeiro Grupo de Câmaras Cíveis, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

MANDADO DE SEGURANÇA. SAÚDE PÚBLICA. MEDICAMENTOS. É direito do cidadão exigir, e dever do Estado fornecer, medicamentos excepcionais e indispensáveis à sobrevivência quando não puder prover o sustento próprio sem privações. Segurança concedida. Relator: Desembargador Arno Werlang, Julgado em 05/05/2000.

⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 1998, p. 237

⁹⁷ SARLET, *idem*, p. 298.

No mesmo sentido, verifique-se também o Agravo de Instrumento n.º 1999.002.12096, Nona Câmara Cível, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

SAÚDE PÚBLICA. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS POR ENTIDADE PÚBLICA MUNICIPAL, PARTICIPANTE DO SUS. CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA EM PLEITO ORDINÁRIO. DIREITO À VIDA. DEVER COMUM DOS ENTES FEDERADOS. ARTS. 196 E 198 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES PRETORIANOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA QUE NÃO PODE PENALIZAR O CIDADÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO. DECISÃO CONFIRMADA. As entidades federativas têm o dever ao cuidado da saúde e da assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência de saúde, a teor do disposto no art. 23 da Constituição Federal. Assim, não se pode prestar à fuga de responsabilidade a mera arguição de violação ao princípio do orçamento e das normas à realização de despesa pública, quando verificado que o “Estado” na condição de instituição de tributo especial dirigido a suplementar verbas de saúde não o faz com competência devida. Relator: Desembargador Marcus Tullius Alves, Julgado em 02/05/2000.

Percebe-se que o entendimento da jurisprudência nacional, encontra-se embasado no sentido de confirmar a importância teórica e prática da judicialização do direito à saúde em razão de envolver não apenas os profissionais do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo.

Analisa-se que, se por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais tem significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se vêem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias

Diante do exposto, se propõe analisar a seguir as políticas públicas de saúde *versus* a judicialização da Saúde.

3.2.1 Políticas Públicas de Saúde X Judicialização da Saúde

Com a crise econômica mundial que afeta todas as sociedades, em maior ou menor escala, é urgente que o Estado se antecipe, indique caminhos e proponha soluções que evitem o atraso nas conquistas da saúde, ou, pior, seu retrocesso. É preciso olhar a saúde com a mesma generosidade constitucional.

De acordo com o exposto acima se percebe que os desafios relacionados à garantia efetiva do direito a saúde no Brasil não são poucos, tanto por parte dos profissionais do direito quanto por parte dos elaboradores e executores da política de saúde.

Neste sentido Delduque e Marques⁹⁹, contribuem:

Uma vez mais o direito Sanitário esteve em evidência com a realização da audiência pública no Supremo Tribunal Federal (STF) sobre políticas públicas de saúde. Os senhores ministros do STF ouviram 50 especialistas entre magistrados, professores, advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, gestores e usuários do Sistema Único de Saúde (SUS), médicos e técnicos de saúde, nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009, sobre diversas questões que envolvem a garantia efetiva do Direito à Saúde no Brasil, intimamente relacionadas com a políticas públicas de Saúde, e a estruturação do Sistema de Único Saúde (SUS).

Tratar das relações entre Estado e saúde é um desafio intelectual, porque suas conexões não se estabelecem de forma linear, mas em uma complexa rede de relação¹⁰⁰. Ademais, a própria noção de saúde carece de definição satisfatória, isto é, para além da clássica formulação da ausência de doença.

Como se sabe, a Organização Mundial de Saúde (OMS) em sua constituição afirma, expressamente, que “saúde é o estado de completo bem estar físico, mental e social, e não somente a ausência de doenças e enfermidades”.

Nesta perspectiva, a saúde, como objeto de proteção jurídica, segue a evolução conceitual de que não se trata apenas de ausência de doenças, de patologias biologicamente determinadas, portanto proteger a saúde, juridicamente, deve corresponder à proteção estatal de todos os cuidados necessários para garantir a saúde

⁹⁸ SANTOS, Lenir. *Direito a Saúde e Qualidade de Vida um Mundo de Corresponsabilidades e Fazeres. In Direito da Saúde no Brasil*. André Evangelista de Souza e *et al.* Org. Lenir Santos. Saberes editora. Campinas. São Paulo. 2010, p. 42.

⁹⁹ DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Silvia Badim. O Direito Social à Saúde Deve ser Garantido por Políticas Públicas e Decisões Judiciais. *In Temas Atuais de Direito Sanitário*. (Org.) Maria Célia Delduque. Brasília: CEAD/FUB, 2009, p.121.

¹⁰⁰ Para alcançar a saúde pretendida pela OMS, se faz necessário o envolvimento do Poder Legislativo na construção das leis, estas com a participação efetiva da sociedade, do Poder Executivo, este atento as reais necessidades dos cidadãos sob sua responsabilidade, daí importância do princípio/diretriz da participação efetiva dos gestores, profissionais de saúde, fornecedores de insumos, prestadores de serviços e dos usuários. E por fim não havendo manifestações destes poderes, caberá ao Poder judiciário intervir na concretude do direito.

da população, por meio de ações, serviços e intervenções tanto de caráter preventivo quanto curativo.

Faz-se necessário, portanto, compreender a dimensão do conceito de saúde e a opção feita pela sociedade brasileira por um modelo organizativo, universal e público, estruturado sob a forma de um sistema único, com participação das três esferas do poder público e da sociedade.

Entretanto, importante perceber que para garantir o direito à saúde, o Estado brasileiro deve formular e implementar políticas públicas e prestar serviços públicos, contínuos e articulados, que garantam o acesso universal, igualitário e integral às ações e serviços de saúde, em todo os níveis de complexidade¹⁰¹.

Verifica-se que as políticas públicas, normalmente são resultado de uma criação legislativa, complementada por meio de edição de atos administrativos, nas suas mais variadas formas e que as políticas públicas sanitárias, enquanto garantidoras do direito à saúde sob a perspectiva coletiva, estão formuladas não apenas na Constituição e na lei *stricto sensu*, mas principalmente, em um arcabouço normativo infralegal em que se definem as metas e resultados a serem alcançados pela política pública.

Neste sentido explicam Delduque e Marques¹⁰².

O sistema político identifica-se com os programas político-eleitorais e com as propostas de governo. Suas decisões são coletivamente vinculantes e construídas em base normativa totalmente reconhecível pelo direito – as normas e regramento já mencionados. O sistema jurídico tem exatamente as normas e regramento em seu programa, que reconhece, portanto, a política definida em tais normas e regramentos. Quer dizer, a incorporação do arcabouço infralegal que define a política pública de saúde nas decisões judiciais, e não apenas a norma constitucional, revela-se indispensável para o avanço da jurisprudência no sentido de compatibilizar a justiça comutativa, dentro de cada processo, com a justiça distributiva, representada pela decisão coletiva formulada e formalizada por meio dos diversos atos normativos que compõem a política de saúde, emanados do Poder Legislativo e Executivo do Estado.

Ocorre que as políticas públicas encontram-se dispersas em inúmeros atos normativos sem uma sistematização clara, o que dificulta reconhecimento destas pelo órgão central no sistema jurídico, de modo que a compreensão das políticas públicas

¹⁰¹ Os artigos 196 a 201, da Constituição Federal de 1988, instituem uma estrutura política complexa e abrangente para o cuidado com a saúde da população brasileira, com a organização e um Sistema Único de Saúde (SUS) que integra a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, formando uma rede regionalizada e hierarquizada, com direção única em cada esfera do Governo e participação da comunidade, destinada a garantir, de forma sistêmica, o direito a saúde de todos os cidadãos.

¹⁰² DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Silvia Badim. *Ibidem*, pg. 126.

está muito distante de um padrão jurídico uniforme e claramente apreensível pelo sistema jurídico.

Necessita-se, portanto, de uma reflexão sobre a relação dos sistemas políticos e jurídicos em face de um direito fundamental constitucionalmente reconhecido – a saúde –, e o dever do Estado na prestação de serviço que atenda aos ditames do artigo 196, da CF/88 ao expressar que, esse direito será garantido “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário as ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

Ressalta-se, como já citado, que a judicialização das políticas de saúde é de uma enorme complexidade, posto que de um lado, encontra-se o Estado brasileiro e suas políticas públicas e de outro, o cidadão em busca de Justiça e de saúde, em face de um sistema fragilizado, e com evidentes problemas gerenciais e de acesso.

Percebe-se que a crescente demanda judicial acerca do acesso a medicamentos, produtos para a saúde, cirurgias, leitos de UTI, entre outras prestações positivas de saúde pelo Estado representa um avanço em relação ao exercício efetivo da cidadania por parte da população brasileira, proporcionando um ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas de saúde no Brasil, que passam a atender um número cada vez maior de ordens judiciais com o objetivo de garantir as mais diversas prestações do Estado.

Diante dessa nova realidade judicial, nas questões políticas de saúde, encontram-se argumentos por parte dos gestores de saúde, que defendem a existência de fortes impactos econômicos e sociais decorrentes da judicialização da Saúde.

Nesta perspectiva, busca-se, a seguir, discorrer sobre os impactos econômicos e sociais que a judicialização da saúde possa causar.

3.2.2 Impactos Econômicos e Sociais da Judicialização na Saúde

Ante a impreterível necessidade de ponderações, são as circunstâncias específicas de cada caso que serão decisivas para a solução da controvérsia. Há que se partir, de toda forma, do texto constitucional e de como ele consagra o direito fundamental à saúde

Percebe-se que para materializar os direitos sociais em especial o direito à saúde necessita-se um financiamento estatal de grande monta, haja vista o constante avanço das tecnologias médica e terapêutica, o que fez a política pública introduzir determinados critérios¹⁰⁴ para racionalizar a prestação coletiva, de acordo com os recursos públicos existentes e com a capacidade do Estado.

Neste contexto faz-se necessário que os gestores públicos de saúde, e demais elaboradores das políticas públicas de saúde no Brasil, devem enfrentar o complexo panorama da escassez de recursos para a saúde, de natureza econômica e altamente lucrativa dos laboratórios farmacêuticos e grandes indústrias médicas, e da ampla máquina administrativa centralizada e historicamente burocratizada para cumprirem seu dever constitucional e garantirem, de fato, saúde sob a perspectiva integral, equânime e universal.

Ao analisar as explicações acima percebe-se que a prestação jurisdicional sobre campos de políticas públicas de saúde tende a inovar nos casos concretos submetidos a sua apreciação, pois o fenômeno da judicialização da saúde vem garantir aos cidadãos o direito de acionarem o Poder Judiciário e dispor, por meio de decisões judiciais, tanto de prestações de serviço de saúde que constam na lista e protocolos oficiais do SUS, quanto das que não constam.

Defende-se que é dever do Poder Judiciário estar atento ao contexto e contar, para as suas decisões, com as diretrizes políticas formuladas pelo poder público, observando os limites de sua competência funcional, para evitar, inclusive, que sejam contempladas pretensões abusivas

DELDUQUE e MARQUES, 2009¹⁰⁵ aduzem:

[...] essa decisões acabam por incidir, de forma reflexa, para além dos domínios do sistema jurídico, atingindo a escolha discricionária do gestor público sobre a melhor oferta de saúde, tendo em vista a necessidade de toda

¹⁰³ STA 175 AgRr/CE- CEARÁ, julgamento do Tribunal do Pleno, Relator – Presidente, Ministro Gilmar Mendes em 17/03/2010.

¹⁰⁴ Tratar de efetivação de direitos sociais, de reconhecimento de direitos subjetivos aos particulares frente ao Estado, remete à noção de custos. É inegável que conferir a alguém um direito prestacional judicialmente oponível ao Estado implica dispêndio financeiro, inserindo-se neste contexto a tese da reserva do possível.

¹⁰⁵ DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Silvia Badim. *Idem*, pp. 122-123.

a população. E, também incide sobre os tão polêmicos gastos com a saúde pública, que passam por um orçamento apertado e distribuído após um árduo planejamento.

Vale ressaltar, que o Poder Judiciário, enquanto guardião constitucional, não pode deixar sem resposta os casos concretos que são submetidos à sua apreciação, assim, este vem enfrentando dilemas e decisões trágicas frente a cada cidadão que clama, urgentemente, por um serviço e um bem de saúde.

Diante daqueles casos em que o risco de morte é tal que se impõe esta intervenção, pois, caso contrário, a satisfação de um problema imediato poderá inviabilizar centenas de outros tão importantes e legítimos quanto este, haja vista que os recursos financeiros e materiais para tanto, são finitos.

Portanto apresenta-se aos magistrados, o desafio de incorporarem, em suas decisões, as políticas públicas legalmente estabelecidas, mas sem ocorrer o risco de, contudo colocar em risco a vida humana representada no processo, visto que muitas vezes os trâmites políticos e administrativos contrastam com as necessidades postas nos autos.

Neste sentido, Leal¹⁰⁶ ressalta:

No âmbito do dever público para alcançar os meios necessários à preservação da saúde, o que se tem de ter em conta, a uma, são os critérios utilizados para determinar quem efetivamente necessita do auxílio do Estado para prover suas demandas a este título e quem não precisa, o que de plano se sabe não existir ao menos em *numerus clausulus*, porque impossível a matematização desta questão em face de sua natureza complexa e mutável. A duas, quem é responsável por tal mister. Assim é que cada caso envolvendo prestação de saúde pública submetido ao Estado é merecedor de uma apreciação e ponderação em face de, no mínimo, duas variáveis necessárias: (a) a variável normativa-constitucional e infraconstitucional, enquanto direito fundamental assegurado à sociedade brasileira; (b) a variável responsabilidade institucional e familiar dispostas na estrutura normativa constitucional e infraconstitucional brasileira.

Verifica-se que, quando se fala em saúde pública e em mecanismos e instrumentos de atendê-la, é importante estar atento a demandas sociais e não somente às individuais submetidas à aferição administrativa ou jurisdicional, isto porque, atendendo-se somente àqueles que se valem, de pronto, ao Poder Judiciário corre-se o risco de esvaziar a possibilidade de atendimento de todos aqueles que ainda não

¹⁰⁶ LEAL, Rogério Gesta. **Impactos Econômicos e Sociais das Decisões Judicial:** aspectos introdutórios. Brasília. Tese apresentada na ENFAM 2010, p. 237.

tomaram a iniciativa de procurar o socorro público, por absoluta falta de recursos para fazê-lo.

Neste caso, defende-se que a Administração Pública deve construir critérios razoáveis e ponderados para escalonar, minimamente, o atendimento cada vez mais massivo de solicitações envolvendo o oferecimento de medicamentos, internações hospitalares, tratamentos médicos-ambulatoriais e cirurgias à população carente. Caso contrário, (in) felizmente, isto deverá ser feito na esfera da judicialização da saúde.

Ressalta-se, que o Direito à Saúde, enquanto direito fundamental constitucionalizado, dever do Estado, em primeiro plano, que é a todos garantido, configura-se como verdadeiro direito subjetivo¹⁰⁷, outorgando fundamento para justificar o direito a prestações, mas que não tem obrigatoriedade como resultado de uma decisão individual.

Verifica-se, na fala de Canotilho¹⁰⁸, que:

Acresce que o facto de se reconhecer um direito à vida como direito positivo a prestações existenciais mínimas, tendo como destinatário os poderes públicos, não significa impor como o Estado deve, *prima facie*, densificar este direito. Diferente do que acontece no direito à vida na sua dimensão negativa – não matar –, e na sua dimensão positiva – impedir de matar –, aqui, na segunda dimensão, positiva, existe um relativo espaço de discricionariedade do legislador (dos poderes públicos) quanto à escolha do meio (ou meios) para tornar efectivo o direito à vida na sua dimensão existencial mínima.

Deste modo, questões que envolvem o direito à saúde, especificamente, não podem ser resolvidas em termos de tudo ou nada, haja vista que engloba um universo de variáveis múltiplas e complexas, como a disponibilidade de recursos financeiros alocados preventivamente, as políticas públicas integradas em planos plurianuais e em

¹⁰⁷ O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de afirmar que o direito a saúde se trata de direito público subjetivo, não podendo ser reduzido à promessa constitucional inconseqüente – Agravo Regimental no RE nº271.286-8/RS. De igual sorte a decisão do Superior Tribunal de Justiça que asseverou que os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais – REsp 836913/RS; Recurso Especial nº2006/0067408-0. 1ª Turma, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 08/05/2007, publicado no Diário de Justiça de 31.05.2007 p. 371.

¹⁰⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos Sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.58.

diretrizes orçamentárias, as medidas legislativas ordenadoras das receitas e despesas públicas, e outras¹⁰⁹.

Neste sentido, entende-se como bem referiu o Superior Tribunal de Justiça¹¹⁰ no Brasil, que a realização dos direitos econômicos, sociais (saúde) e culturais, além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização, depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, “de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política¹¹¹”.

No entanto, é importante lembrar que o direito à saúde afigura-se, também como uma posição jurídico-prestacional, já que envolve ações concretas para viabilizar o acesso e a concretização de seus comandos normativos.

Observa-se que Ingo Sarlet¹¹² é incisivo ao afirmar que o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de tal sorte que a questão da limitação dos recursos constitui certo obstáculo fático à efetivação desses direitos. De outro lado, o Estado também deve ter a capacidade de dispor destes recursos para o cumprimento daqueles direitos.

Verifica-se que no Brasil, historicamente, até em face das particularidades de exclusão social, miserabilidade e fragilização de sua cidadania, o Estado chamou para si, de forma concentrada, um universo de atribuições com caráter protecionista, paternalista e assistencialista, promovendo ações públicas de sobrevivência social no âmbito notadamente da saúde, com poucas políticas preventivas, educativas e de co-gestão com a sociedade dos desafios daqui decorrentes, induzindo a comunidade a uma

¹⁰⁹ Todos estes condicionantes, encontram-se dispersos em diferentes atores institucionais, com competências e autonomias reguladas também pela Constituição Federal de 1988.

¹¹⁰ Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível' – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. REsp 811608/RS; Recurso Especial nº2006/0012352-8. 1ª Turma, Relator Min. Luis Fux, julgado em 15/05/2007, publicado no DJ 04.06.2007 p. 314.

¹¹¹ REsp 811608/RS; Recurso Especial nº2006/0012352-8. 1ª Turma, Relator Min. Luis Fux, julgado em 15/05/2007, publicado no DJ 04.06.2007 p. 314.

¹¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 1998, p. 347.

postura letárgica e de simples consumidora do que lhe era graciosamente presenteado, sem nenhuma reserva crítica ou constitutiva de alternativas das mazelas pelas quais passava e ainda vive.

Entretanto percebe-se hoje um cenário diferente, tanto pelos níveis de inclusão social construídos no país nos últimos anos, propiciando cenários materiais e formais de maior participação da cidadania na gestão de seu cotidiano, quanto em face do processo descentralizador da governança institucional que nestes últimos tempos vem ocorrendo, ensejando a abertura gradativa dos poderes instituídos e da administração pública dos interesses coletivos.

De maneira que a relação Estado *versus* sociedade é ainda marcada significativamente por graus de dependência hierárquica e alienada da segunda para com o primeiro, provocando o que Canotilho¹¹³ chama de introversão estatal da socialidade, ou seja:

1. os direitos sociais implicam o dever de o Estado fornecer as prestações correlativas ao objeto destes direitos;
2. os direitos sociais postulam esquemas de unilateralidade, sendo que o Estado garante e paga determinadas prestações a alguns cidadãos;
3. os direitos sociais eliminam a reciprocidade, ou seja, o esquema de troca entre os cidadãos que pagam e os cidadãos que recebem, pois a mediação estatal dissolve na burocracia prestacional a visibilidade dos actores e a eventual reciprocidade da troca.

O autor sustenta que é tempo já de se descobrir os contornos da reciprocidade concreta e do balanceamento dos direitos sociais, até porque estes direitos envolvem patrimônio de todos quando de sua operacionalidade e concreção, e já que a todos são dirigidas tais prerrogativas, deve-se perquirir sobre a quota parte de cada um neste sentido, sob pena de constituirmos o que Canotilho denomina de uma “aproximação absolutista ao significado jurídico dos direitos sociais”, ou seja, confiar na simples interpretação de normas consagradoras de direitos sociais para, através de procedimentos hermenêuticos, deduzirem a afetividade dos mesmos direitos, produzindo resultados pouco razoáveis e racionais.

Em outras palavras, é preciso levar em conta que todo e qualquer exercício de direito social como a saúde, em tese, custa dinheiro – e não é pouco em nenhuma parte do mundo.

¹¹³ *Idem*, CANOTILHO, pg.102.

Seguindo este raciocínio, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal – STF reconheceu a repercussão geral da questão constitucional suscitada em Recurso Extraordinário 385, relativo ao fornecimento de medicamento de alto custo à paciente do Estado do Rio Grande do Norte, às expensas daquele Estado, questionando se a situação individual pode, sob o ângulo do custo, colocar em risco a assistência global a tantos quantos dependem de determinado medicamento, de uso costumeiro, para prover a saúde ou minimizar sofrimento decorrente de certa doença.

Verifica-se que, os casos concretos analisados, envolvem a questão dos limites do Estado frente aos direitos sociais, e permite uma ampla discussão: o Estado poderia de fato envolver-se em relações particulares dos indivíduos; analisar quais os limites de desempenho do estado de bem estar social; tais questões precisam ser bem apreendidas, sob pena de se inviabilizar de vez quaisquer políticas públicas de gerenciamento de demandas sociais coletivas, em especial as de saúde.

Observa-se em decisão de primeiro grau, no ano de 2006, a 5ª Vara Federal de Curitiba¹¹⁴, analisando postulação de medicamento para o tratamento de Hepatite C, aviado em sede de Ação Civil Pública, para atendimento de demanda individual e a todos os pacientes que, no curso da ação, comprovarem a necessidade do uso do referido remédio, resolveu por bem trazer à colação do caso, a análise de uma série de variáveis constitutivas da espécie que interagem no tratamento da patologia referida, e que, por essa razão, precisam ser levadas em consideração pelo aplicador da Lei.

Verifica-se que a análise dessas variáveis, mensuradas por laudos periciais competentes, ao lado das dúvidas igualmente científicas sobre o êxito do medicamento de alto custo postulado pela ação civil pública, impõe ao Estado-Juiz ponderações formais e materiais não sobre o custo-benefício do tratamento a quem pede, mas a eficácia social do atendimento de alguns postulantes em face do universo em que se encontra a matéria debatida.

Com base nos argumentos acima, conclui-se que melhores investigações deveriam ser feitas em nível de perícias médicas competentes para contribuir de forma efetiva com a jurisdição de 1º grau.

¹¹⁴ Autos do processo nº 2006.70.00.000547-6, Dra. Cláudia Cristina Cristofani, juíza federal prolatora da decisão, em 21/02/2006.

Entretanto, entende-se que o simples argumento da escassez de recursos dos cofres públicos não pode autorizar o esvaziamento de direitos fundamentais, muito menos os relacionados à saúde, eis que diretamente impactantes em face da vida humana e sua dignidade mínima, e por isso estarão sujeitos ao controle jurisdicional para fins de se aferir a razoabilidade dos comportamentos institucionais neste sentido, deve-se inclusive ser aprimorados os parâmetros, variáveis, fundamentos e a própria dissimetria concretizante do direito em discussão.

No entanto, verifica-se que não existem estudos recentes que possam aferir o quanto cada sentença judicial para um caso individual impacta nos orçamentos da saúde nas grandes cidades do país, e nem tão pouco existem estudos sobre o que deixa de ser feito realmente em razão da falta dos recursos que são destinados aos casos individuais.

Defende-se que esses estudos precisam ser realizados de forma sistemática porque, evidentemente, os valores gastos com medicamentos e tratamentos dispendiosos repercutem nos recursos públicos destinados a saúde e esses recursos, como todos sabem, são finitos e nem sempre administrados de forma eficiente.

Entende-se que quantificar o impacto das decisões judiciais individualizadas contribuiria, com certeza, para que o debate sobre a concessão de tutelas antecipadas se despidesse um pouco mais do caráter emocional com o qual quase sempre é tratado.

Contribuiria, ainda, para iniciar um debate mais aprimorado sobre o princípio da proporcionalidade, princípio da ponderação e, em linhas mais amplas, sobre a relativização de direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Saúde para todos, já!
Lana Bleicher, 2004¹¹⁵.

Sem dúvida, tratar das questões de saúde pública no Brasil possibilita verificar o quanto já foi feito e o muito que se faz necessário para concretizar o direito fundamental à saúde e sua universalização, sobretudo considerando tratar-se de um direito prestacional e resultante de inúmeras demandas espontâneas.

Durante a pesquisa, percebe-se que muitas são as normas constitucionais e infraconstitucionais no intuito de garantir a todos os brasileiros o direito à saúde. Ocorre que, apesar das inúmeras normas existentes, é fato que, para a concretude deste, a participação do cidadão na elaboração de políticas públicas de saúde é essencial para alcançar o SUS que queremos.

É neste contexto, de construção do sistema sanitário em vigor, e cuja eficácia se demanda, que se defende a participação da população como ferramenta importante para objetivar a democracia e, conseqüentemente, atingir a saúde como direito de todos e dever do Estado.

Ao longo da pesquisa, pôde-se demonstrar também que nas democracias a participação dos cidadãos é que faz a diferença nos resultados, embora governar todos ao mesmo tempo necessite, sem dúvida alguma, de uma maturidade dos representantes e representados.

Em relação à conquista ao direito à saúde no Brasil, verifica-se que os brasileiros dispõem de ferramentas legais que os credenciam para contribuir com a construção de políticas públicas de saúde do país. Mesmo assim, torna-se necessário o incentivo à criação de políticas públicas que promovam e estimulem a participação do povo no planejamento, execução e fiscalização das ações e serviços públicos de saúde.

¹¹⁵ BLEICHER, Lana. **Saúde para todos Já!** Expressão Gráfica, 2ª edição. Fortaleza, 2004.

Aliadas a esta problemática, estão as discussões doutrinárias acerca do fenômeno da judicialização das políticas públicas de saúde, uma vez que o Poder Judiciário passa a intervir nas searas do Poder Legislativo e Executivo quando, ao analisar o caso concreto, determina a execução de políticas públicas (in) existentes.

Diante disto, estamos convencidos de que a participação da população nas questões de saúde é imprescindível, uma vez que são os cidadãos ativos, que em tese, devem saber o que sentem, quais as condições e necessidades em termos de saúde de suas famílias e, desta forma, juntos podem elaborar um plano de saúde para suas comunidades.

Não se quer dizer com isso que os gestores não devem participar do processo de elaboração do plano de saúde. Pelo contrário, na prática, são estes os maiores promotores e responsáveis pela saúde que temos. Trata-se, na verdade, de alinhar as necessidades e condições locais ao fortalecimento do orçamento para garantir a execução das ações de saúde no momento propício.

Assim, atento à Lei 8.142/90, defende-se o fortalecimento do princípio da participação de toda a população, cada um dentro de suas localidades, como uma política promotora de saúde como um direito garantido para a sociedade.

Nesse passo, acredita-se que a judicialização das políticas públicas da saúde não conseguirá sanar as questões de direito à saúde, sobretudo se verificarmos as celeumas e a demora para atender demandas que necessitam de agilidades nos casos concretos, além das naturais dificuldades de ingerência de magistrados num setor ao qual não estão afeitos, o que pode causar sérios prejuízos nas tomadas de decisões, principalmente quando envolvam as chamadas “escolhas dramáticas”.

Um dos aspectos mais importantes e significativos da judicialização da saúde está no fato de ter, como ponto central, a alegação da reserva do possível e dos impactos econômicos e sociais que o Estado sempre alega em suas defesas sem, contudo, demonstrar faticamente, como se percebe nos acórdãos do STF.

Daí a intensa preocupação com a participação social, momento em que se demonstra que o controle social do SUS e o empoderamento das pessoas não só nas questões de saúde, mas nas demais questões políticas fortalecem sobremaneira a cidadania como instrumento de empoderamento individual e coletivo.

Assim, compreende-se o empoderamento social como um grande desafio a ser conquistado pela sociedade civil na busca de um efetivo controle social da oferta e da qualidade, apesar das reconhecidas dificuldades para alcançar o empoderamento dos indivíduos, principalmente no que diz respeito a possibilitar formas concretas de estímulos à participação destes nas políticas públicas de saúde.

Enquanto a sociedade não se empodera destas questões, salta a olhos vistos a necessidade, cada vez mais, infelizmente comum da judicialização da saúde como último refúgio do cidadão na defesa de seus direitos básicos , constituindo para muitos a única maneira de acesso a tratamentos não referenciados pelo SUS, com o auxílio do controle fiscalizador exercido pelo Ministério Público, especificamente nos núcleos de Promotoria da Saúde dos Estados.

Por fim, defende-se que o Estado brasileiro deverá articular os mecanismos legais para analisar as vantagens da participação individual e coletiva nas questões de saúde pública, promovendo uma discussão na sociedade, inclusive já demonstrando as experiências positivas existentes até hoje, sempre tendo em mente o respeito aos direitos fundamentais sociais, à saúde do indivíduo e aos benefícios trazidos à sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. Perspectiva do Direito Sanitário no Brasil: As garantias Jurídicas do Direito à Saúde e os Desafios para sua Efetivação. *In* **Direito da Saúde no Brasil**. André Evangelista de Souza e *et al.* Org. Lenir Santos. Campinas: Saberes. 2010.

ALBERT, Jean-François. O que é Democracia? *In* **Democracia**, tradução Clóvis Marques, Rio de Janeiro, Record. 2001.

BLEICHER, Lana. **Saúde para todos Já!** Expressão Gráfica, 2ª edição, 2004, Fortaleza, 110p.

BARROSO, Luiz Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito – O triunfo do direito constitucional no Brasil. *In* **Revista de Direito Administrativo**, n.240. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição:** Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 2004.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 3ª ed. São Paulo. Brasiliense. 1990.

_____. **O Futuro da Democracia:** uma defesa as regras do jogo. Trad. Marcos Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro, Paz e Terra. 1986.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUIN, Gianfranco. **Dicionário de Política** Tradução Carmem C. Varriale, Caetano Lo Mônaco João Ferreira, Luis Guerreiro Pinto Cocais e Renzo Dini, vol. 113ª ed. Brasília- UNB. 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 6ª ed. Rev. e atual. São Paulo. Malheiros, 2007.

_____. A Teoria da **Democracia Política** por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Hermenêutica, por uma repolitização de legitimidade. 3ª Ed. São Paulo. Malheiros. 2008.

_____. **Ciência Política**. 12ª ed. São Paulo. Malheiros. 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**, Brasília, DF, Senado, 1988.

_____. **Lei nº 8.080/90, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/Gestor/area.cfm?id_area=169>. Acesso em 04/09/2011.

_____. **Lei nº 8.142/90, de 28 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/Gestor/area.cfm?id_area=169>. Acesso em 04/09/2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos Sobre Direitos Fundamentais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CARVALHO, G. C. M. **Participação da Comunidade na Saúde.** Passo Fundo. IFIBE, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, 24º ed. São Paulo. Saraiva, 2003.

DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Silvia Badim. O Direito Social à Saúde Deve Ser Garantido Por Políticas Públicas e Decisões Judiciais. *In* Temas Atuais de **Direito Sanitário.** (Org.) Maria Célia Delduque. Brasília: CEAD/FUB, 2009.

ESCOREL, Sarah; MOREIRA, Marcelo Rasga. Participação Social. *In* **Políticas e Sistema de Saúde no Brasil.** Org. Giovenella, Ligia *et al.* Cebes. Rio de Janeiro. Fiocruz, 2009.

FERRAZ, Hermes. **A Democracia na Sociedade Moderna.** São Paulo. Ensaio Scortecci. 1994.

FURTADO, Emmanuel Teófilo, O Fenômeno da Judicialização da Saúde: A Tensão Entre Democracia e Constitucionalismo. *In* **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, orgs. Antonio Augusto Cançado Trindade e Cesar Oliveira de Barros Leal, ano 9, Vol. 9, Fortaleza. 2009.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Esperança:** um reencontro com a pedagogia do oprimido. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

FREITAG, Barbara. **Escola, Estado e Sociedade.** São Paulo: Moraes, 1980.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é Democracia?** A genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução Claudia Berliner. São Paulo. Martins Fontes, 2003.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**/. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LABRA, Maria Eliana. Política Nacional de Participação na Saúde: entre a utopia democrática do controle social e a práxis predatória do clientelismo empresarial. *In Participação, Democracia e Saúde*. Org. Sonia Fleury e Laura de Vasconcelos Costa Lobato. Rio de Janeiro. Cebes. 2010.

LABRA, E. Conselhos de Saúde: dilema, avanços e desafios. *In Lima, N. et al. (orgs.) SAÚDE E DEMOCRACIA: Historia e Perspectiva do SUS*. Rio de Janeiro. Fiocruz, 2005.

LEAL, Rogério Gesta. **Impactos Econômicos e Sociais das Decisões Judiciais: aspectos introdutórios**. Brasília. ENFAM, 2010.

LOPES, Ana Maria D'Avila. A participação política das minorias do Estado democrático de direito brasileiro. *In Democracia, Direito e Política: Estudos internacionais em homenagem a Friedrich Muller/ org. Martonio Mont'Alverne; Paulo Antonio de Menezes Albuquerque*. Florianópolis. Conceito., 2006.

LUZ, M.T. Notas sobre as Políticas de saúde no Brasil de “transição democrática: anos 80. *In Physis – Revista de Saúde Coletiva* n° 1. Rio de Janeiro. 1991.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. Trad. Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. São Paulo. Martins Fontes, 1973.

MARTINS JUNIOR, Tomaz. Apoderamento. *In Sanare – Revista Sobralense de Políticas Públicas*. Ano IV, n.1, Jan./Fev./Mar. 2003.

MIRANDA, Jorge de. **Manual De Direito Constitucional**. 2ª ed. Coimbra. Coimbra, 1998

MELO, Enirtes Caetano Prates de, CUNHA, Fátima Terezinha Scaparo;,TONINI Tereza. Políticas Públicas *In Ensinando a Cuidar em Saúde Pública*. org. Nébia Maria Almeida Figueiredo. São Caetano do Sul. Yendis, 2005.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. Crise do Estado e Democracia. ONDE ESTÁ O POVO? *In Democracia, Direito e Política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller*. Org. Martonio Mont'Alverne Bertoline, Paulo Antonio de Menezes Albuquerque. Florianópolis. Conceito, 2006.

MULLER, Friedrich. **Quem é o Povo?** A questão fundamental da democracia. 5ª ed. rev e atual. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2010.

OBER, Josiah. Democracia direta. *In Democracia*, autor Philippe Ardant *et al...* trad. Clovis Marques. Org. Robert Darnton; Oliver Duhamed. Rio de Janeiro. Record., 2001.

ROCHA, Luiz Alberto G. S. **Estado Democracia e Globalização**. Brasília. Forense, 2008.

———. **Estado Democracia e Globalização**. Texto disponível no site <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma/.../489>. Acesso em: 01/11/2011.

STUART MILL, John. **O Governo Representativo**. Trad. Manoel Innocencio de L. Santos Jr. Editora Universidade de Brasília. Brasília. 1981.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado, A sociedade e as Políticas Sociais o Caso das políticas de Saúde. *In Revista Científica de Ciências Sociais*, nº 23, set/1987

SANTOS, Lenir. Direito a Saúde e Qualidade de Vida um Mundo de Corresponsabilidades e Fazeres. *In Direito da Saúde no Brasil*. André Evangelista de Souza... *et al.* Org. Lenir Santos. Saberes. Campinas. 2010.

SANTOS, B.S; AVRITZER, L. Introdução: para ampliar o cânone. *In Santos B. S.(org). Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM Luciano Benetti. **Direitos Fundamentais: Orçamento e Reserva do Possível**. . Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2002.

SILVA, Jurandir Frutuoso. O SUS, o PSF e o município. *In Revista Sustentação do COSSEMS*, nº 22, mai/jun/jul/ago/2008.

SOARES, Moacir de Sousa. A Maioridade do SUS: Um modelo Social Vitorioso. *In Revista Sustentação do COSSEMS*, nº 22, mai/jun/jul/ago/2008

VASCONCELOS, Arnaldo. **Direito Humanismo e Democracia**. São Paulo. Malheiros, 1998.

VASCONCELOS, Cipriano Maia; PASCHE, Dário Frederico. O Sistema Único de Saúde. *In Tratado de Saúde Coletiva*. Ed. HUCITEC, Ed, FIOCRUZ. São Paulo e Rio de Janeiro, 2007.

VENTURA, *et. al.* Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *In Physis: Revista de Saúde Coletiva*, vol. 20, nº 1. Rio de Janeiro. 2010.

WEICHERT, Marlon Alberto. O Direito à Saúde e o Princípio da Integralidade. *In Direito da Saúde No Brasil*. André Evangelista de Souza e *et al.* Org. Lenir Santos. Saberes editora. Campinas. São Paulo. 2010.