

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO DIREITO BRASILEIRO E OS SEUS DESDOBRAMENTOS DEMOCRÁTICOS

THE JUDICIAL CONTROL OF HEALTH IN THE BRAZILIAN LAW AND THE DEMOCRATIC CONSEQUENCES

Gabriela Soares Balestero¹

Resumo: A finalidade do presente estudo é proporcionar o debate em torno dos direitos fundamentais e a sua efetividade, ou seja, a sua eficácia social diante da crescente judicialização de diversas demandas, baseadas, principalmente, na concretização do direito constitucional à saúde. Este estudo também busca analisar quais seriam os limites e a legitimidade do controle jurisdicional das políticas públicas na seara administrativa como garantidor da efetivação dos direitos fundamentais. É necessário valorizar a democracia direta participativa, de maneira a dotar de legitimidade as decisões oriundas do poder público bem como atender os problemas da comunidade.

Palavras-chave: Políticas Públicas. Reserva do possível. Mínimo existencial.

Abstract: The purpose of this study is to provide the debate on fundamental rights and its effectiveness, or their social effectiveness in the face of increasing of the judicial control of various demands, based mainly on the implementation of the constitutional right to health. This study also seeks to analyze what are the limits and legitimacy of judicial control of public policy in harvest management as a guarantor of enforcement of fundamental rights. It is necessary to enhance the participatory direct democracy, in order to give legitimacy to the decisions coming from the public and meet the community's problems.

Keywords: Public Policies. Budget Reserve. Minimum conditions.

Considerações iniciais

O objetivo do presente estudo é analisar a crescente judicialização de diversas demandas na busca da efetividade dos direitos fundamentais, em especial os prestacionais, como o direito à saúde onde o Poder Judiciário passa a ser obrigado a se manifestar em

¹ Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Buenos Aires, Mestre em Direito pela FDSM, especialista em Direito Constitucional e em Direito Processual Civil pela FDSM, bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, advogada, professora universitária da Faculdade São Lourenço. E-mail: gabybalestero@yahoo.com.br

diversas questões como a alocação de recursos públicos, bem como atos comissivos ou omissivos do Administrador Público.

No próprio artigo 196 da Constituição Federal está previsto que “A saúde é um direito de todos e um dever do Estado”. Nesse sentido, é dever do Estado garantir a todos o direito à saúde, que o efetivará, segundo o mesmo artigo “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. O direito à saúde é um direito fundamental previsto no ordenamento e como tal merece plena eficácia.

As políticas públicas são constituídas de um conjunto de ações desenvolvidas pelo Poder Público com vistas à satisfação do bem comum, da coletividade. As políticas públicas possuem um sentido de complementaridade na execução dos direitos fundamentais prestacionais previstos na Constituição Federal. Verifica-se, então, a necessidade de implantar políticas públicas realmente eficazes.

A falta ou a falha na prestação da assistência farmacêutica, que é um fator de ineficiência do Sistema Público de Saúde, caracteriza violação ao direito fundamental à saúde pelo poder público. Portanto, a população tem se valido do Poder Judiciário para executar essa prestação, ou seja, o Judiciário tem sido provocado a coagir a Administração a cumprir o dever que a Constituição lhe impõe, de maneira a tentar garantir a efetividade do direito à Saúde e, quando a Administração é obrigada via Poder Judiciário a prestar atendimento médico e assistência médica, os cofres públicos acabam sendo comprometidos abalando o funcionamento daquele ente estatal.

Nesse sentido, no presente estudo será discutido o papel do Poder Judiciário no controle das políticas públicas relacionando-o com o princípio da reserva do possível e o mínimo existencial, ou seja, o mínimo necessário a uma existência digna, especialmente para assegurar a eficácia e a efetividade dos direitos fundamentais, em especial no que se refere à saúde, diante do expressivo número de demandas judiciais a esse respeito.

Portanto, o objetivo deste artigo é discutir a necessidade do incentivo à participação direta dos cidadãos na destinação dos recursos públicos, utilizando-se a teoria procedimentalista de Jürgen Habermas (Teoria do Discurso) e a ideia o “agir conjunto” de Hannah Arendt, de maneira a resgatar a democracia participativa no sistema brasileiro.

1 A Efetividade dos Direitos Fundamentais: O Direito à Saúde

A Declaração Universal de Direitos Humanos, em 1948, estabeleceu vários dispositivos referentes aos direitos fundamentais, em especial à saúde, como em seu dispositivo XXV, que prevê que “todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de

desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.”

Além do alcance universal dos direitos humanos, a Declaração Universal também inova, ao consagrar que os direitos humanos compõem uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, na qual os direitos civis e políticos não de ser conjugados com os direitos econômicos, sociais e culturais. A Declaração de 1948 introduz assim extraordinária inovação, ao combinar o discurso liberal da cidadania com o discurso social, de forma a elencar tanto direitos civis e políticos (arts. 3 a 21) como direitos sociais, econômicos e culturais (arts. 22 a 28). Duas são as inovações introduzidas pela Declaração: a) parificar, em igual importância, os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais; e b) afirmar a inter-relação, indivisibilidade e interdependência de tais direitos.²

O Brasil recebeu enorme influência da Declaração Universal de Direitos Humanos. Inicialmente o direito à saúde foi incorporado como um direito à assistência em saúde dos trabalhadores que possuíam vínculo formal no mercado de trabalho e, nesse sentido, a saúde somente era vista como um benefício da previdência social, pois contemplava apenas parcela da população, não havendo prioridade para as políticas de promoção da saúde.

Diante da indignação de diversos setores da sociedade civil surgiu nos anos sessenta o Movimento pela Reforma Sanitária,³ que adquiriu força no fim da década de 1970 e posteriormente em 1986 com a 8ª Conferência Nacional de Saúde permitindo a participação de membros da sociedade civil para debater sobre o direito à saúde com o seguinte slogan: “saúde como direito de todos e dever do Estado”.

A Constituição Federal de 1988 confirmou as principais resoluções da 8ª Conferência Nacional de Saúde e apresentou diversas disposições a respeito do direito à saúde, como: a) o artigo sexto da CF/88 que informa que o direito à saúde é um direito social; b) o artigo 23, inc. II, da CF na qual prevê que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem competência comum para cuidar da saúde; c) o artigo 24, inc. XII, da CF que dispõe que a União, os Estados e o Distrito Federal possuem competência concorrente para legislar sobre a defesa da saúde; d) o artigo 30, inc. I, da CF também prevê que os Municípios podem legislar sobre a saúde, uma vez que se trata de assunto de inegável interesse local; e) o artigo 30, inc. VII, da CF confere aos Municípios a competência para prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população.

Ademais, a Emenda Constitucional de n. 29, de 13/9/2000, acresceu a alínea “e” ao inc. VII do art. 34, de maneira a permitir a intervenção da União nos Estados e no Distrito Federal no caso de não ser aplicado o mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento

² PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 118.

³ Caminhos do direito à saúde no Brasil / Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa, Departamento de Apoio à Gestão Participativa. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2007, p. 7.

do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde, além de modificar o inc. III do art. 35, prevendo a possibilidade de intervenção dos Estados nos Municípios, na hipótese de não ser aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

Segundo o artigo 196 da Constituição Federal, a saúde passou a ser considerada como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Além disso, o artigo 197 da Constituição Federal prevê que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei,³ sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por intermédio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado

O artigo 198 da Constituição Federal trouxe a estrutura geral do Sistema Único de Saúde (SUS), considerando-o uma rede regionalizada e hierarquizada, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: a) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; b) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; c) participação da comunidade. Esse sistema será financiado com recursos da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes (§ 1º), ficando previstos recursos mínimos a serem aplicados, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde (§§ 2º e 3º).

O artigo 200 da Constituição Federal enumera as atribuições do Sistema Único de Saúde, a saber: a) controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; b) executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; c) ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; d) participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; e) incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; f) fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; g) participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; e h) colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Os princípios do SUS, definidos na Constituição Federal, são detalhados nas leis n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, e n. 8.142, de 28 de dezembro de 1990 e compreendem a universalidade de acesso aos serviços de saúde; a integralidade da atenção, a igualdade e a participação social nas instâncias de gestão e de controle social.⁴

Como corolário desta decisão em prol da fundamentalidade dos direitos sociais na ordem constitucional brasileira, e por mais que se possa, e, até mesmo (a depender

⁴ Caminhos do direito à saúde no Brasil / Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa, Departamento de Apoio à Gestão Participativa. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2007, p. 8-9.

das circunstâncias e a partir de uma exegese sistemática) por mais que se deva reconhecer possíveis diferenças de tratamento, os direitos sociais – por serem fundamentais, comungam do regime pleno da dupla fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais. Com efeito, para além de poderem ser reconhecidos como protegidos contra uma supressão e erosão pelo poder de reforma constitucional (por força de uma exegese necessariamente inclusiva do art. 60, § 4, inciso IV, da CF) os direitos sociais (negativos e positivos) encontram-se sujeitos à lógica do artigo 5, § 1, da CF, no sentido de que a todas as normas de direitos fundamentais há de se outorgar a máxima eficácia e efetividade possível, no âmbito de um processo em que se deve levar em conta a necessária otimização do conjunto de princípios (e direitos) fundamentais, sempre à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras, também as normas de direitos sociais (inclusive de cunho prestacional) devem, em princípio, ser consideradas como dotadas de plena eficácia e, portanto, direta aplicabilidade, o que não significa (e nem o poderia) que sua eficácia e efetividade deverão ser iguais.⁵

Nesse passo, o conflito do julgador, ao decidir um caso envolvendo a aplicação do direito à saúde, é extrair da norma constitucional sua máxima eficácia jurídica sem ultrapassar os limites que lhes são impostos, cabendo o questionamento do que seria o “mínimo existencial”, ou seja, as condições mínimas para uma existência digna,⁶ e a “reserva do possível”.⁷

No caso do Brasil, embora não tenha havido uma previsão constitucional expressa consagrando um direito geral à garantia do mínimo existencial, não se poderia deixar de enfatizar que a garantia de uma existência digna consta do elenco de princípios e objetivos da ordem constitucional econômica (art. 170, *caput*), no que a nossa Carta de 1988 resgatou o que já proclamava a Constituição de Weimar, de 1919. De outra parte, os próprios direitos sociais específicos (como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores, entre outros) acabaram por abarcar algumas das dimensões do mínimo existencial, muito embora não possam e não devam ser (os direitos sociais) reduzidos pura e simplesmente a concretizações e garantias do mínimo existencial, como, de resto, já anunciado. Por outro lado, a previsão de direitos sociais não retira do mínimo existencial sua condição de direito-garantia fundamental autônomo e muito menos não afasta a necessidade de se interpretar os demais direitos sociais à luz do próprio mínimo existencial, notadamente para alguns efeitos específicos.⁸

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 17-18.

⁶ “Neste contexto, há que enfatizar que o mínimo existencial – compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável.” (SARLET; FIGUEIREDO. *Op. Cit.*, p. 25).

⁷ Na maioria das vezes a necessidade de previsão orçamentária é apontada como um limite à atuação do Estado na efetivação dos direitos sociais, uma vez que a Constituição Federal em seu artigo 167 veda o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual. Essa insuficiência de recursos pelo Estado vem sendo aferida pela doutrina e pela jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, com a denominação de “reserva do possível”.

⁸ SARLET; FIGUEIREDO. *Op. Cit.*, p. 24-25.

Nesse sentido, devendo o Estado, por intermédio de políticas públicas, efetivar o direito à saúde, em que medida a Administração Pública pode obstaculizar a prestação dos direitos fundamentais, apresentando como justificativa o princípio da reserva do possível⁹?

O princípio da reserva do possível não deve ser utilizado como argumento para inibir a eficácia e a aplicação do “mínimo existencial” (embora os direitos sociais não devam ser reduzidos ao mínimo), especialmente no que tange aos direitos fundamentais sociais prestacionais, como a saúde, a vida, pois a todas as normas de direitos fundamentais há de se outorgar a máxima eficácia e efetividade possível, sempre à luz do caso concreto.

Ana Paula de Barcellos afirma que “o chamado *mínimo existencial*, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica” (...) “o mínimo existencial que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça. Repita-se, ainda uma vez, que esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, *a fortiori*, o *status* de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário”.¹⁰

Ademais, baseado no entendimento doutrinário e jurisprudencial alemão, atendendo ao debate de Weimar, limitar o mínimo existencial apenas ao alcance fisiológico do indivíduo, desprezando o mínimo social, ocasionaria a redução da aplicabilidade não só dos direitos fundamentais sociais prestacionais, mas do próprio mínimo, de modo a colocar em risco a sobrevivência do ser humano.

Ao fazer referência à Constituição brasileira, a doutrina atual se projeta no sentido de dar plena aplicabilidade às normas constitucionais que regem os direitos fundamentais sociais prestacionais, em especial, os direitos sociais. Ela não esvazia o mínimo existencial e mantém a sua condição de direito e garantia, independentemente de sua previsão constitucional expressa, não dispensando a análise de cada caso concreto. O direito à saúde, além de ser um direito fundamental social prestacional do Poder Público, é também um direito de defesa, de proteção contra atos do Estado ou de particulares.

⁹ Com efeito, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 267.612-RS (decisão publicada no *DJU* de 23.08.2000), o eminente Relator, Ministro Celso de Mello, em hipótese versando justamente sobre o fornecimento de medicamentos para o tratamento da Aids, consignou que “o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconstante, sob pena de o poder público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.” (extraído das transcrições efetuadas no *Boletim Informativo* do STF).

¹⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 77.

As decisões do Poder Público para a construção de suas metas de ação não são invioláveis, impenetráveis pelo Poder Judiciário, construindo-se a noção de que no âmbito do Estado Democrático de Direito é possível controlar as políticas públicas. Assim, caso haja a violação de direitos pela Administração Pública,¹¹ cabe ao Judiciário exercer seu papel contramajoritário e efetivar direitos fundamentais.

Neste contexto, dada a íntima conexão desta problemática com a discussão em torno da assim designada “reserva do possível” na condição de limite fático e jurídico à efetivação judicial (e até mesmo política) de direitos fundamentais – e não apenas dos direitos sociais, consoante já frisado – vale destacar que também resta abrangida na obrigação de todos os órgãos estatais e agentes políticos a tarefa de maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível não são, em si mesmas, necessariamente uma falácia. O que tem sido, de fato, falaciosa é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social.¹²

É necessário ter em mente que em um Estado Democrático de Direito, que é constitucional, é a Constituição quem governa impondo uma discricionariedade vinculada ao respeito aos direitos e princípios constitucionais aos administradores, aos legisladores e aos órgãos judiciais. O direito à proteção à saúde abrange um caráter curativo¹³ e preventivo garantindo a todos os indivíduos uma sensível melhora na qualidade de vida de todos os destinatários daquela prestação social, com a efetivação de medidas que tenham por escopo evitar o surgimento da própria doença, inclusive pelo contágio.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, “o mínimo existencial, está sujeito à demonstração e discussão com base em elementos probatórios, notadamente no que diz com as necessidades de cada um em cada caso, assim como em relação às alternativas efetivamente eficientes e indispensáveis de tratamento”.¹⁴

Por outro lado, não podemos ser ingênuos a ponto de ter como irrelevantes as questões vinculadas à reserva do possível, já que esta, para além das considerações

¹¹ A Administração Pública deve voltar-se para o dever de realizar e efetivar a Constituição na preservação dos direitos fundamentais, construindo um conjunto de ações governamentais com o escopo de alcançar efetivamente a implantação de um Estado Democrático de Direito.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 32.

¹³ “Nesse sentido, ao referir-se à ‘recuperação’, a Constituição de 1988 conecta-se com a chamada ‘saúde curativa’, quer dizer, a garantia de acesso dos indivíduos aos meios que lhes possam trazer, senão a cura da doença, pelo menos uma sensível melhora na qualidade de vida, o que, de modo geral, ocorre nas hipóteses de tratamento contínuo. Além disso, as expressões “redução do risco de doença” e “proteção” parecem guardar relação com a ideia de “saúde preventiva”, isto é, a efetivação de medidas que tenham por escopo evitar o surgimento da própria doença, inclusive pelo contágio. O termo “promoção”, enfim, atrela-se à busca da qualidade de vida, por meio de ações que objetivem melhorar as condições de vida e saúde das pessoas.” (SARLET; FIGUEIREDO. *Op. Cit.*, p. 41).

¹⁴ SARLET; FIGUEIREDO. *Op. Cit.*, p. 44.

de ordem financeiro-orçamentária estrita, envolve também aspectos outros, tais como disponibilidade efetiva de leitos, aparelhos médicos avançados, profissionais de saúde habilitados, etc. Além disso, assume relevo a exigência de capacidade de decisão específica (perícia) acerca das diretrizes terapêuticas a serem observadas quanto à prestação de saúde requerida. Isso porque os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas do SUS, que uniformizam as condutas de tratamento no âmbito do sistema de saúde brasileiro, têm por base o trabalho de profissionais especializados, buscando (pelo menos vale, em princípio, a presunção), acima de tudo, a garantia de eficiência e segurança dos tratamentos e medicamentos indicados, encontrando-se abertos à participação da comunidade científica, a quem é viabilizada a possibilidade de opinar sobre o protocolo em estudo, antes que seja definitivamente aprovado e estabelecido.¹⁵

Quanto ao direito à saúde e à “reserva do possível”, alguns pontos devem ser analisados como a existência de médicos especializados, aparelhos médicos avançados, disponibilidade de leitos, sendo necessário, inclusive, no curso da ação judicial perícia específica que avalie a real condição de saúde do envolvido na demanda.

Por isso, a decisão acerca da garantia do mínimo existencial muitas vezes demandará um exame mais acurado da pretensão formulada em juízo, pois nem sempre se estará diante de tratamentos e medicamentos eficazes e seguros, podendo em muitos casos ser temerária a extrapolação das decisões técnico-científicas constantes dessas diretrizes.¹⁶

Outra questão a ser estudada é a condenação do Estado à prestação de medicamentos ou à realização de tratamentos médicos não elencados nas listas do sistema de saúde (há um grande número de tratamentos em fase experimental, como aqueles com uso de células-tronco embrionárias¹⁷), passando a ser necessária a verificação pelo julgador da adequação do tratamento ou remédio solicitado àquela pessoa interessada no curso do processo por intermédio de um profissional especializado.

Nesse passo, problematizar a questão da alocação de recursos e a destinação dos mesmos à saúde significa refletir sobre o próprio conceito de democracia de maneira a, por meio da participação efetiva da população, garantir, da melhor forma possível, um tratamento igualitário para toda a comunidade e efetivar as políticas públicas¹⁸ adequadas e necessárias àquele meio social.

¹⁵ SARLET; FIGUEIREDO. *Op. Cit.*, p. 46.

¹⁶ *Idem*, p. 46.

¹⁷ No dia 29 de maio de 2008, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3510), que as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida, tampouco a dignidade da pessoa humana.

¹⁸ “Qualquer política pública, desta forma, deve estar vocacionada para fazer acontecer (*Ereignis*) os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil indicados no artigo 3º da Constituição Federal, como já explicitado anteriormente. Tais indicações já se constituem por si em indicações de políticas públicas, sequer havendo liberdade de ação política para os Poderes Públicos desprezarem tais fundamentos. A Constituição erigiu como importantes bens para a comunidade, por exemplo, a solidariedade e a proibição de práticas discriminatórias. Cabe ao Estado desenvolver programas de políticas públicas que internalizem tais bens jurídicos no imaginário da sociedade, sendo importante que os cidadãos igualmente assumam a responsabilidade

No âmbito da administração pública os recursos orçamentários obtidos por intermédio da arrecadação de tributos são escassos e, nesse sentido, para a boa prestação dos serviços públicos, especialmente em uma área como a da saúde pública, requer mais investimentos e, portanto, o emprego daqueles recursos deve ser realizado de maneira eficaz, visto que, conforme artigo 37 da Constituição Federal, o Estado Brasileiro está compromissado com a eficiência e a boa aplicação dos recursos públicos.

Dessa forma, é imprescindível reconhecer a importância da participação popular, a atuação dos chamados “atores sociais” na tomada de decisões quanto à destinação dos recursos públicos, dando-lhes maior eficiência, uma vez que somente com a abertura dos canais comunicativos a atuação do Estado na realização de políticas públicas se tornará eficaz e atingirá as necessidades reais da comunidade.

Com efeito, quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, assim como do próprio processo de administração das políticas públicas em geral, seja no plano da atuação do legislador, seja na esfera administrativa, como bem destaca Rogério Gesta Leal, o que também diz respeito à ampliação do acesso à justiça como direito a ter direitos capazes de serem efetivados e, além disso, envolve a discussão em torno da necessidade de evitar interpretações excessivamente restritivas no que diz com a legitimação do Ministério Público para atuar na esfera da efetivação também dos direitos sociais.¹⁹

Seguindo esse entendimento, verifica-se que é necessário criar instituições que canalizem o direito à participação direta na gestão política. Esse entendimento é embasado por teorias conhecidas como o contratualismo de Jean Jacques Rousseau, onde a sociedade política deve ser criada para, ao mesmo tempo, conservar a soberania e preservar a liberdade humana, tendo em vista ser esta inalienável, numa fusão entre ato de obediência e ato de liberdade: “A concepção de participação em Rousseau consubstancia o manancial teórico que inspirou diretamente todas as abordagens que, de uma forma ou de outra, destacam a importância da introdução de elementos de democracia direta, quando não a sua completa adoção”.²⁰ Assim, para Rousseau, a participação de todos na sociedade e a sujeição de todos à vontade comum, tanto no ato de associação quanto no exercício do poder.

Recentemente, a versão mais exponenciada da associação entre proteção e participação encontra-se no conceito de *partizipative Siherheitsstaat* “Estado de segurança participativo”, criado por MATHIAS KOTTER. Ao abordar a temática da segurança pública, o autor faz emergir a dimensão participativa como o vetor

fenomenológica de fazer acontecer tais indicações constitucionais, exigindo ações governamentais em tal direção.” (OHLWEILER, Leonel Pires. *Políticas Públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado democrático de direito*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 332).

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 31.

²⁰ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito constitucional democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 152.

essencial para o combate tanto das ameaças tradicionais, quanto das ameaças modernas, catalisadas através da figura emblemática do terrorismo. Segundo suas perspectivas, a situação ideal de segurança pública depende imediatamente da existência de uma rede de cooperação entre Estado e cidadãos que sustente a transposição da regulação exclusivamente estatal da questão da segurança para a auto-regulação social influenciada pelo Estado.²¹

Nesse passo, portanto, uma questão deve ser debatida: a necessidade de repensar as estruturas administrativas, ainda maculadas pelo estereótipo do racionalismo, de maneira a adaptá-las aos princípios constitucionais.

Infelizmente, em nosso modelo de organização administrativa ocorre ainda a centralização dos processos de decisão e de construção de programas de ação, o que leva a desconsiderar as realidades locais. Precisa acontecer o oposto disso, as ações administrativas devem ser pautadas em um planejamento moderado, proporcional, de maneira a se adequar às comunidades nas quais se aplicam.

A implementação do princípio da participação popular no governo, consoante o Estado Democrático de Direito, é um remédio a ser aplicado para corrigir essa ausência de diálogo de uma sociedade oligárquica e patrimonialista. Daí sobrelevar-se a importância da educação política como condição inarredável para uma cidadania ativa numa sociedade republicana e democrática.²²

Com o princípio da representação verifica-se o distanciamento exacerbado entre a esfera política e a esfera pessoal e, portanto, é necessário o exercício do princípio da integração, aproximando o cidadão da política. Como modelo podemos destacar o instituto do Orçamento Participativo, criado no município de Porto Alegre, no Estado do Rio Grande do Sul, no qual é muito bem recebida como um modelo de resgate da dimensão participativa direta dos cidadãos.

Os Orçamentos Participativos não contrariam a legislação em vigor, pois a possibilidade de participação direta da população também está prevista na Constituição Federal, a qual considera que todo o poder emana do povo, podendo ser exercido de forma representativa ou direta. Assim, mediante a participação popular na elaboração da proposta orçamentária conduz a um maior engajamento político da população.

A sugestão, portanto, é o reequilíbrio dos institutos da participação e da representação popular, reconhecendo a atuação de atores coletivos na esfera pública, de maneira a resgatar a democracia direta, com a abertura do Estado à participação popular.

No entanto, para materializar políticas públicas é imperioso que os governos e a própria sociedade assumam-se como co-responsáveis por este processo e tenham a capacidade de construir espaços públicos de aprendizagem social, quer dizer, um

²¹ PEREIRA. *Op. Cit.* p. 154-155.

²² SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 328.

planejamento temporalizado, mas preparado para o acontecer ou os fracassos possíveis da democracia.²³

Consoante o entendimento de Mário Lúcio Quintão Soares,²⁴ “esta nova cidadania, erigida pelo novo paradigma, consiste na capacidade de participar no exercício do poder político e da gestão dos negócios da comunidade. As formas desse exercício definem os meios diretos ou não de participação dos cidadãos”.

Portanto, é evidente a contribuição positiva dos movimentos sociais para o fortalecimento das práticas democráticas, pois eles são atores que canalizam as principais preocupações e necessidades da população: 1º) facilitam a criação de elos para o entendimento mútuo; 2º) promovem o reconhecimento, a reconstrução e a proteção de identidades coletivas marginalizadas; 3º) facilitam a melhor representação dos interesses; 4º) promovem a abertura dos canais participativos; 5º) viabilizam a externalização dos dissensos, ou seja, a prática de tais movimentos tem como efeito direto tornar públicas as diversidades de interesses e as suas complexidades; 6º) exponenciam os índices de eficácia das funções de fiscalização e controle do poder. A efetividade da implementação de políticas públicas ocorre apenas com a integração entre o cidadão e o Poder Público, de maneira a fazer acontecer os planos construídos, exigindo certas estratégias como debates e audiências públicas para detectar as necessidades da comunidade, quebrando o “tabu” de uma organização administrativa clássica hierárquica, do administrador autoritário, ditatorial.

Através da participação direta a população tem a possibilidade de exercer o controle direto da Administração Pública, além de opinar e permitir a efetivação das prioridades nos investimentos oriundos dos cofres públicos em benefício de toda a coletividade. Dessa forma, na democracia, a participação do cidadão no poder configura-se pela efetiva atuação em movimentos sociais em suas comunidades, concretizando a cidadania sob o prisma constitucional.

2 O papel do Poder Judiciário no controle das políticas públicas

O controle jurisdicional das políticas públicas remete-nos a mencionar o controle jurisdicional sobre os atos administrativos discricionários. Nesse sentido, alguns apresentam como solução o controle judicial sobre o Poder Legislativo e os atos do Poder Executivo, na

²³ OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas Públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado democrático de direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 336.

²⁴ SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 307.

forma de prestação de contas,²⁵ para a efetivação dos direitos fundamentais sociais prestacionais, como é o caso da saúde.

Logo, é possível evidenciar que o controle jurisdicional das políticas públicas fundado no constitucionalismo poderá dimensionar dois âmbitos importantes do conjunto de ações governamentais: formal e material. Por certo, sem cair em dicotomizações, cabe ao Poder Judiciário garantir que as políticas públicas adotem uma processualidade capaz de salvaguardar a legitimidade democrática. O que antes foi indicado como necessário para o processo de construção de políticas públicas, com certeza, pode ser levado ao controle jurisdicional como forma até mesmo de realizar a transparência administrativa.²⁶

Entretanto, o Poder Judiciário, por mais bem intencionado que esteja, não pode pretender arvorar-se da tarefa de tentar suprir todas as carências sociais, mediante a expedição de uma ordem judicial, face à inexistência de condições materiais capazes de viabilizar sua eficaz implementação. Tal fenômeno, apelidado de ativismo judicial, é sintetizado pela afirmação de Streck: “Forma-se, desse modo, um círculo vicioso: primeiro, admite-se discricionarismos e arbitrariedades em nome da ‘ideologia do caso concreto’, circunstância que, pela multiplicidade de respostas, acarreta um sistema desgovernado, fragmentado...”²⁷

O que resta do direito? Qual é o papel da doutrina? Os julgamentos se tornaram monocráticos...! Milhares de processos são “resolvidos” no atacado...! Não mais discutimos *causas*, pois passamos a discutir “*teses*” jurídicas...! Como que a repetir a lenda do “leito de Procusto”, as causas são julgadas de acordo com conceitos previamente elaborados (súmulas, repercussão geral, etc). E as ações são julgadas por “pilhas”. Por isso, a repregunta: as duas décadas de fortalecimento do protagonismo judicial redundaram em que?

O que ocorreu é que voltamos a *um lugar de onde nunca saímos*: o velho positivismo. Isso porque apostamos em uma “autônoma razão teórica” e quando ela não é “suficiente”, delegamos tudo para a razão prática ...! E o que é a “razão prática”? Na verdade, nem precisamos buscar auxílio na hermenêutica para falar sobre ela. Basta ver o que diz Habermas, na abertura de seu *Fakticitat und Geltung*: substituo a razão prática (eivada de solipsismo) pela razão comunicativa...! Claro que não concordo com a solução dada por Habermas (...) Mas é inegável que ele tem razão quando ataca de forma contundente o solipsismo.²⁸

²⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 83.

²⁶ OHLWEILER, Leonel Pires. *Políticas Públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado democrático de direito*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 339-340.

²⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica; Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do sujeito – objeto*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 110-111.

²⁸ STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme a minha consciência?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 106.

Além disso, para quebrar o solipsismo judicial, o Poder Judiciário também pode criar comissões²⁹ para controlar o cumprimento, pelo Poder Público, das decisões judiciais favoráveis à prestação de direitos fundamentais sociais prestacionais, especialmente no que toca à saúde e à vida, não havendo, portanto, uma liberdade impenetrável dos agentes públicos. E o exercício do controle por parte do Poder Judiciário não representaria uma violação ao princípio da separação de poderes.

Destaca-se o entendimento do Ministro Eros Grau no sentido de que a reserva do possível “não pode ser reduzida a limite posto pelo orçamento, até porque, se fosse assim, um direito social sob ‘reserva de cofres cheios’ equivaleria, na prática – como diz José Joaquim Gomes Canotilho – a nenhuma vinculação jurídica”. Nesse passo, em complemento à citação supramencionada, é forçoso compreender que os direitos fundamentais sociais são plenamente eficazes independentemente da tentativa de restrição de sua aplicabilidade pelo Poder Público.

Não é necessária uma reforma constitucional para disciplinar a forma de execução dos direitos fundamentais sociais prestacionais, tanto em sua amplitude quanto em seu mínimo, mas apenas uma melhoria das leis infraconstitucionais buscando superar omissões legislativas ou lacunas orçamentárias,³⁰ e o cumprimento efetivo, pela Administração, da Constituição Federal, otimizando a aplicação dos direitos fundamentais sociais prestacionais, em especial o direito à saúde. E, nas situações já consolidadas, aplicando o legislador o princípio da proibição do retrocesso social, devendo, sim, o Poder Judiciário atuar como controlador dos atos do administrador em prol da preservação dos direitos fundamentais.

Ademais, cabe ressaltar o entendimento de Luciano Benetti Timm³¹ e de Ana Paula de Barcellos³² de que os recursos orçamentários obtidos por meio da tributação, incluindo a abertura de créditos adicionais, poderiam ser empregados pelo Poder Público de modo mais eficiente para que possa atingir o maior número de demandas da população, cumprindo as metas fixadas. É dever da Administração Pública a implementação de políticas públicas e

²⁹ MELO, Danielle; AMARAL, Gustavo. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 108.

³⁰ Nesse sentido, é interessante o entendimento de Ricardo Lobo Torres em O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 83: “Se não prevalece o princípio da reserva do possível sobre o direito fundamental ao mínimo existencial, nem por isso se pode fazer a ilação de que não deve ser observado o princípio da reserva do orçamento. A superação da omissão do legislador ou da lacuna orçamentária deve ser realizada por instrumentos orçamentários, e jamais à margem das regras constitucionais que regulam a lei de meios. Se, por absurdo, não houver dotação orçamentária, a abertura dos créditos adicionais cabe aos poderes políticos (Administração e Legislativo), e não ao Judiciário, que apenas reconhece a intangibilidade do mínimo existencial e determina aos demais poderes a prática dos atos orçamentários cabíveis”.

³¹ TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 67.

³² BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 146.

sociais, e tentar evitar o desperdício de recursos públicos, de maneira a efetivamente aplicá-los na melhora da qualidade da prestação dos direitos fundamentais sociais.

Por fim, cumprida a decisão judicial individual, com a obtenção do tratamento ou medicamento solicitado, o assunto se esgota sem repercutir de forma mais intensa, não contribuindo para o fortalecimento da democracia participativa.

3 O Papel dos Conselhos Profissionais na área da saúde

A necessidade de um bom atendimento na área da saúde a toda população brasileira implica também em destacar a importância do papel desempenhado pelos Conselhos Profissionais da área da saúde junto às Casas Legislativas, dos Ministérios, Secretarias e Conselhos de Saúde na tentativa de juntar forças em direção ao cumprimento de uma meta relevante de caráter social, a busca pela efetivação do direito à saúde para a população.

A importância dos Conselhos de Políticas Públicas é ressaltada por Paulo Hamilton Siqueira Jr. e Miguel Augusto Machado de Oliveira, que entendem que “a participação em Conselhos de políticas públicas, que são órgãos colegiados de caráter consultivo e deliberativo, é uma forma de exercício de cidadania, vez que o cidadão participa efetivamente da construção das políticas públicas”.³³ Os Conselhos Profissionais na área da saúde são um segmento das entidades de trabalhadores que nasceram como uma necessidade social de organizar o exercício profissional, vez que ele possui caráter público e é objeto de fiscalização do Estado.

Os Conselhos Profissionais possuem função pública, são entidades de natureza jurídica e federativa, possuem autonomia administrativa e financeira, sendo mantidos pelas contribuições dos profissionais inscritos no momento de sua habilitação para o exercício profissional.³⁴ Os Conselhos atuam diante da necessidade de uma organização societária do exercício profissional, não estão restritos apenas aos interesses corporativos e sim da sociedade em geral. Assim, os conselhos organizam, defendem o exercício profissional, além de representar em juízo ou fora dele os interesses gerais e individuais dos profissionais, de maneira a assegurar a boa prestação de serviços à sociedade

³³ SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton; MACHADO DE OLIVEIRA, Miguel Augusto. *Direitos Humanos e Cidadania*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 256.

³⁴ MENDONÇA C. DE REZENDE, Maria Thereza. *O papel social dos Conselhos Profissionais na área da saúde*. p. viii.

No regime democrático, os Conselhos Profissionais também contribuem para o fortalecimento dos mecanismos de controle social e para a democratização das políticas públicas. Fazem isto vinculando o projeto ético-político profissional a um projeto social mais amplo; coloca-se como um agente importante na construção e consolidação de uma sociedade verdadeiramente democrática.³⁵

A ação dos Conselhos Profissionais é redimensionada para a defesa dos direitos fundamentais do cidadão e, a partir da década de 80, atuam como um sujeito ativo na construção coletiva de espaços democráticos de defesa das políticas públicas, priorizando ações que estimulem a qualificação de profissionais e de trabalhadores, a melhoria das condições de trabalho, a democratização das relações profissionais, a participação nos espaços de controle social, a universalização das políticas sociais e a garantia do direito ao acesso humanizado dos serviços públicos e estímulo à participação popular, por intermédio da articulação com os vários segmentos da sociedade.³⁶

Como exemplo podem ser citados: conselhos de direitos, conselhos de políticas, grupos de trabalho ministeriais, fóruns de entidades da sociedade civil e organização de seminários, conferências e similares, de maneira a gerar o fortalecimento dos espaços democráticos.³⁷ Portanto, os Conselhos Profissionais são mecanismos de controle social que possuem o compromisso de zelar pelos interesses sociais.

4 A necessidade de abertura dos canais comunicativos

A crise do sistema democrático leva à discussão sobre a necessidade de readaptação dos seus elementos à complexidade da sociedade moderna, com o fim de proporcionar maior participação dos governados. O estímulo à participação popular ativa nos destinos do Estado deve ser encarado sob dois ângulos: como ideia de devolução do poder a quem de direito deve pertencer e como medida de prevenção a eventuais rupturas institucionais. Segundo Marcelo Kunrath Silva, “[...] um dos novos elementos que se colocam no contexto da transição política brasileira é a reorganização da sociedade civil e a emergência de novos atores e discursos dela originados”³⁸

Mas para atingir esse objetivo, Habermas indica transformações necessárias ao modo de produção e aplicação do direito. A fundamentação do direito e do Estado Democrático vai ser deslocada, da soberania do povo, para a soberania de um

³⁵ MENDONÇA. *Op. Cit.*

³⁶ *Idem.*

³⁷ MENDONÇA C. DE REZENDE, Maria Thereza. *O papel social dos Conselhos Profissionais na área da saúde*. p. ix.

³⁸ SILVA, Marcelo Kunrath. *Cidadania e exclusão: os movimentos sociais urbanos e a experiência de participação na gestão municipal de Porto Alegre*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2002, p. 52.

procedimento discursivo público sob condições ideais. O resultado é uma reconfiguração da separação dos poderes de acordo com os tipos de discursos predominantes em cada um deles. O poder administrativo (executivo), o legislativo e o judiciário ganham assim atribuições e competências cuja legitimidade pressupõe outro poder, chamado por Habermas de ‘poder comunicativo’, que é o poder resultante de uma discussão pública racional onde todos os implicados passam a ser, ao mesmo tempo, destinatários e autores do próprio direito.³⁹

No campo da participação discursiva e deliberativa dos interessados, Jürgen Habermas, por intermédio da Teoria do Discurso, trouxe uma contribuição ao campo jurídico e social, na qual o Direito é um meio de integração social, um mediador da tensão entre a facticidade, ou seja, o mundo real e a validade.⁴⁰ Para Habermas, a teoria do Direito, sendo apoiada na Teoria do Discurso, necessita sair da filosofia política e do direito e se expandir, ocasionando a reflexão sobre a possibilidade da construção de uma sociedade realmente pautada na justiça e na democracia. Nesse passo, segundo ensinamento de Habermas, por intermédio do discurso, da ação comunicativa, buscam-se alternativas filosóficas que possam fundar a integração social e a racionalidade nos processos sociais de formação democrática da vontade do povo. O discurso promove a inclusão de toda e qualquer minoria.⁴¹

A herança deixada por Habermas é a recomendação de que em um Estado Democrático de Direito todos os atingidos e possíveis atingidos pelas decisões devem participar delas de forma ativa. Nesse sentido, Habermas apresenta uma proposta baseada na Teoria do Discurso, que é a integração entre o Estado e a Sociedade Civil por intermédio de uma política deliberativa.⁴² Nesse passo, a legitimidade⁴³ seria uma condição da força normativa do direito, transferindo o problema da realização dos direitos, que possui cerne positivista, para se tornar um problema de legitimação. Para isso, Habermas propõe um novo

³⁹ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito constitucional democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 12.

⁴⁰ “A tensão entre facticidade e validade, que se introduz no próprio modo de coordenação da ação, coloca exigências elevadas para a manutenção de ordens sociais. O mundo da vida, as instituições que surgem naturalmente e o direito têm que amortizar as instabilidades de um tipo de socialização que se realiza através de tomadas de posição – em termos de sim/ não – com relação a pretensões de validade criticáveis”. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia, entre a facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. I, 2003, p. 25-26.)

⁴¹ “O ativismo judicial se insere no Brasil dentro de um mundo da vida em que os juízes, de uma forma geral, não se sentem servidores públicos, e sim entes transcendentalmente superiores. Acostumados à cortesia e às posturas formalistas, não é incomum a figura do magistrado distante das pessoas e do “mundo”, que espera apenas a bajulação e desconsidera as necessidades das partes. Dizer a eles que podem tudo, ou melhor, que devem fazer tudo, tal como fazem os teóricos do constitucionalismo da efetividade, é música para seus ouvidos! Não desconhecemos que as intenções dessa corrente teórica são boas e favoráveis à inclusão social. Mas é preciso lembrar o ditado: o inferno está cheio de boas intenções. O ativismo judicial desmedido por noções vazias como “razoabilidade” e “proporcionalidade” pode ser um bálsamo, como pretendem seus adeptos, mas também pode ser um veneno para nossa democracia ainda incipiente. Sem pretensão de estabelecer “verdades”, no mínimo, acreditamos firmemente que a denúncia de Habermas serve de base para reflexão do modo de operação do direito e do constitucionalismo nacionais.” (CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008, p. 251).

⁴² *Idem*, p. 32.

⁴³ “Essa legitimidade democrática, na modernidade, cabe esclarecer, remete-se ao chamado vínculo ou coesão interna entre Estado de Direito e Democracia, de que nos fala Habermas, fundamentalmente a partir do Direito e Democracia: entre facticidade e validade.” (OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito, política e filosofia: Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora 2007, p. 5).

paradigma para o direito, denominado “procedimentalismo”, no qual o direito gerado através do discurso democrático pode transformar a realidade, de maneira a diminuir as tensões sociais que existem.

Jürgen Habermas atribui um papel central à linguagem no processo de formação de opinião e da vontade dos cidadãos. Tal teoria se desenvolve no interior de um Estado Democrático de Direito que pressupõe a existência de um espaço público não restrito ao âmbito estatal, de uma comunidade de homens livres e iguais capazes de criar as leis que os regem e onde os próprios envolvidos constroem uma decisão prevalecendo a força do melhor argumento.

Nesse mesmo sentido, Hannah Arendt afirma que “a esfera política resulta diretamente da ação em conjunto, da comparticipação de palavras e atos”.⁴⁴ Segundo entendimento arendtiano, o poder⁴⁵ soberano passaria a existir entre os homens, ou seja, no agir conjunto, sendo ele que mantém a esfera pública. Nesse contexto, é necessário criar instituições que canalizem o direito à participação direta na gestão política, de maneira a qualificar as políticas públicas, dando-lhes maior eficiência.

Uma experiência muito interessante de efetivação prática do procedimentalismo democrático habermasiano são os orçamentos participativos,⁴⁶ que tiveram início com o primeiro orçamento participativo municipal na cidade de Pelotas,⁴⁷ no Rio Grande do Sul, sendo depois encaminhado para Porto Alegre e Belo Horizonte.

Através do Orçamento Participativo, desenvolvido durante 16 anos, a cidade de Porto Alegre é considerada internacionalmente um exemplo de oposição ao modelo neoliberal. Uma parcela significativa do seu orçamento é subordinada a um intenso processo de discussão e deliberação, no qual a população participa e decide sobre os projetos de investimento público da cidade. Se em 1988, em função do alto endividamento, apenas 2% do orçamento estavam disponíveis para investimentos, em 2003 estes passaram a somar 20% dos recursos, cuja destinação foi decidida

⁴⁴ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 210.

⁴⁵ *Idem*, p. 212.

⁴⁶ “É importante lembrar que a organização da sociedade civil que permite o avanço do poder local democrático participativo encontra suas bases nos movimentos de resistência à ditadura civil – militar de direita (1962-1985), no movimento de formação das comunidades eclesiais de base e no movimento sindical no final da década de 1970, movimentos que estão na base da criação do Partido dos Trabalhadores.” (MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional, Tomo III*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 39-40).

⁴⁷ Desde os anos oitenta, o Partido dos Trabalhadores (PT) tem utilizado o Orçamento Participativo como ferramenta de gestão, sobretudo municipal. Mas embora a prática seja amplamente interiorizada no âmbito do PT como ferramenta de governo hábil a caracterizar o bom gestor, é importante ressaltar que as primeiras iniciativas de participação direta do povo na definição das políticas públicas de governo não partiram do PT. Já na década de 70, o PMDB, em algumas de suas administrações, estimulava a participação popular. Consequência disso é que, no início da década seguinte, grandes metrópoles passaram a adotar estratégias embrionárias de participação ativa da sociedade, que sucederam nos modelos de Orçamento Participativo que hoje são frequentemente vistos em governos petistas. É o caso, por exemplo, do Orçamento Participativo em Porto Alegre, formalmente instituído no governo municipal petista de Olívio Dutra (1989-1992), mas cuja ideia embrionária remonta aos Conselhos Populares da gestão de Alceu Collares (1985-1988), do PDT. Sendo relevante salientar que no início da década de oitenta o Partido dos Trabalhadores ainda era um partido incipiente, pois foi fundado em 10 de fevereiro de 1980, e muitos dos agentes criaram a discussão sobre a participação popular direta naquele período pertenciam a outras agremiações partidárias e posteriormente migraram para a legenda, para o Partido dos Trabalhadores.

diretamente pela população, cuja participação vem crescendo progressivamente e constitui um processo de construção da consciência política. Os cidadãos porto-alegrenses, entretanto, não se limitaram a decidir sobre a distribuição de recursos disponíveis pela arrecadação do município. O grande capital foi taxado de impostos, de forma que o orçamento foi, gradativamente, aumentando sem que houvesse um maior endividamento e sem o abandono por parte das grandes empresas e investimentos – como constantemente vem sendo apregoado mundo afora. Há mais de dez anos Porto Alegre é, entre as capitais brasileiras, a cidade com a maior qualidade de vida e ocupa o segundo lugar entre as que mais atraem investimentos. A ressonância internacional da experiência de democracia direta fez de Porto Alegre a sede do Fórum Social Mundial, em 2001, 2002, 2003 e 2005, como referência mundial dos movimentos críticos à globalização neoliberal e contraponto ao Fórum Econômico Mundial de Davos.⁴⁸

A participação popular na elaboração da proposta orçamentária conduz a um maior engajamento político da população, e o Poder Legislativo acaba tendo mais destaque tendo em vista que, acatando a opinião pública, adquire a confiança popular, aumentando o crédito da população em seus agentes políticos.

Segundo José Luiz Quadros de Magalhães,⁴⁹ “o orçamento participativo é um importante mecanismo de democracia participativa que permite a integração do cidadão e de grupos de cidadãos na construção da democracia local do Brasil.” O fortalecimento da democracia implica na ampliação de instrumentos de participação popular, propiciando uma abertura dos canais participativos,⁵⁰ superando a barreira existente entre Estado e Sociedade Civil.

No Brasil, observamos a busca de maior descentralização e fortalecimento do poder local integrado em uma federação. É importante ressaltar que não basta descentralizar, é fundamental que o processo de descentralização leve em consideração a democracia participativa local e busque um desenvolvimento territorial equilibrado, reduzindo as desigualdades sociais e regionais. Para que isso ocorra é necessária a correta distribuição de competências entre as diversas esferas de poder no território, desde a União, passando pelos Estados-Membros, chegando aos municípios. As esferas de coordenação de políticas macro de desenvolvimento equilibrado têm de permanecer com os entes territoriais maiores, que poderão, dessa forma, produzir o equilíbrio por meio de políticas de compensações tributárias para as diferentes realidades regionais e municipais.⁵¹

A participação popular na elaboração da proposta orçamentária conduz a um maior engajamento político da população, ou seja, mitiga ou até mesmo inibe a ocorrência do fenômeno do refluxo, da repulsa da população à política, tendo em vista que, acatando a

⁴⁸ ANDROLI, Antônio Inácio. *O Orçamento Participativo de Porto Alegre: um exemplo para a Alemanha?* Revista Espaço Acadêmico, Porto Alegre, ano IV, n. 43, dez/2004, p. 01.

⁴⁹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional, Tomo III*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 40.

⁵⁰ “Essa participação popular desejada que resulte em decisão, mais democracia e controle social efetivo ocorrerá de maneira efetiva e eficiente, justamente, no poder local.” (MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional, Tomo III*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. p. 40)

⁵¹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional, Tomo III*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 40-41.

opinião pública, adquirem a confiança popular, aumentando o crédito da população em seus agentes políticos. Ademais, a participação serviria como um mecanismo de atribuição de responsabilidade e promoção de aceitabilidade, de maneira que essa abertura fortaleceria a formação de opinião, bem como a divisão alargada da responsabilidade das decisões no caso de resultados desfavoráveis. Nesse sentido, por meio da participação direta, a população tem a possibilidade de exercer o controle direto sobre os atos da própria Administração Pública, além de opinar e permitir a efetivação das prioridades nos investimentos oriundos dos cofres públicos em benefício de toda a coletividade.

Para Friedrich Muller,⁵² o povo pode ser conceituado sob dois ângulos: um, o povo destinatário das prestações civilizatórias do Estado e o povo participante, ou seja, o povo ativo que faz a diferença, que exerce o seu papel de cidadão, se engajando politicamente de forma consciente e ativa.

A função do “povo”, que um Estado invoca, consiste sempre em legitimá-lo. A democracia é dispositivo de normas especialmente exigente, que diz respeito a todas as pessoas no seu âmbito de “demos” de categorias distintas (enquanto povo ativo, povo como instância de atribuição ou ainda povo – destinatário) e graus distintos. A distinção entre direitos de cidadania e direitos humanos não é apenas diferencial: ela é relevante com vistas ao sistema. Não somente as liberdades civis, mas também os direitos humanos enquanto realizados são imprescindíveis para uma democracia legítima.⁵³

Portanto, a participação popular deve apresentar conexão com a representação, apontando na direção da vontade política dos governantes e na superposição de desenhos institucionais participativos na tentativa de democratizar a democracia, proporcionando o direcionamento dos investimentos em políticas públicas e sociais, as prioridades locais podem ser atendidas pelo administrador público de maneira a, efetivamente, melhorar a qualidade da prestação dos direitos fundamentais sociais, especialmente a saúde.

Considerações Finais

A Constituição Federal de 1988 tutela o exercício da cidadania e, portanto, as escolhas políticas do administrador em relação à destinação do orçamento público devem ser produzidas com a oitiva do administrado, ou seja, com a participação popular, de modo a haver maior transparência e eficiência dos atos do Poder Público na destinação de verbas para a prestação dos direitos sociais.

Por fim, é imprescindível, com o amparo do legislador infraconstitucional e com o controle judicial sobre os atos administrativos, uma Administração Pública mais ativa no sentido de melhorar a eficácia e a efetividade dos direitos fundamentais sociais prestacionais,

⁵² MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* São Paulo: Revista dos Tribunais. 4. ed. 2008, p. 61.

⁵³ *Idem*, p. 61.

que possuem caráter emergencial, como ocorre com a prestação assistencial farmacêutica e hospitalar com o Sistema Único de Saúde, e fazer com que a população mais carente receba esse auxílio com qualidade, além do “mínimo existencial”, sendo para isso necessária a realização de políticas públicas,⁵⁴ de programas orçamentários e sociais mais eficazes, empregando com mais sabedoria os recursos públicos de maneira a alcançar a população hipossuficiente financeiramente, que necessita do efetivo auxílio do Poder Público, respeitando os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Ademais, pelo presente estudo, conclui-se que em um sistema democrático há um aprofundamento da identidade popular e os seus representantes, possibilitando que as funções públicas sejam exercidas com maior participação dos cidadãos, criando-se novos espaços públicos e novos agentes. Seguindo o entendimento de Canotilho,⁵⁵ ao pressupor a participação igual dos cidadãos, o princípio democrático entrelaça-se com os direitos subjetivos de participação e de associação, que se tornam, assim, fundamentos funcionais da democracia.

Dessa forma, ao intensificar a participação direta e ativa do povo, haverá a democratização da democracia, estimulando, portanto, a mobilização social na destinação dos recursos públicos. Portanto, além do já explanado, conclui-se que a missão atribuída ao Poder Judiciário de “guardião da Constituição” exige a possibilidade de repensar o exercício da atividade jurisdicional, tendo em vista que controlar as políticas públicas significa não só a aplicação da lei, mas também a preocupação do agente público com o bem da comunidade, de maneira a atentar realmente para as mazelas sociais, inibindo os administradores públicos de terem ampla liberdade com a coisa pública.

Por isso, conforme explanado, conclui-se que é necessário que o Poder Público reflita sobre a necessidade do resgate da democracia participativa, considerando as especificidades locais na adequada redistribuição dos recursos, tornando o povo colaborador e corresponsável na destinação das verbas públicas, proibindo os administradores públicos de se beneficiarem com a coisa pública e se esquecerem da população.

⁵⁴ Segundo Ana Paula de Barcellos, no texto *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*, p. 117: “As políticas públicas, igualmente, envolvem gastos. E como não há recursos ilimitados, será preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público disponível será investido. Além da definição genérica de em que gastar, é preciso ainda decidir como gastar, tendo em conta os objetivos específicos que se deseja alcançar”.

⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 288.

Referências

- ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- AZEVEDO, Sérgio de. *Os desafios para o exercício da cidadania política nas sociedades modernas*. Trabalho apresentado no Seminário Cidade, Democracia e Justiça Social. Promoção FASE / Observatório (IPPUR/UFRJ) e Fundação Rosa Luxemburg, Rio de Janeiro, 27-28 nov. 2003.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 111-147.
- Caminhos do direito à saúde no Brasil* / Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa, Departamento de Apoio à Gestão Participativa – Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2001.
- FEDOZZI, L. J. *Do patrimonialismo à cidadania participação popular na gestão municipal: o caso do orçamento participativo de Porto Alegre*. Porto Alegre. 1996. 313f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Curso de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre a facticidade e a validade*. 2. ed. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- _____. *Direito e democracia entre a facticidade e a validade*. 2. ed. Vol I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional, Tomo III*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.
- MARQUETTI, Ademir. *Participação e Redistribuição: o Orçamento Participativo em Porto Alegre*. Projeto Democracia Participativa. Disponível em:
<<http://www.democraciaparticipativa.org/files/AdalmirMarquettiParticipa%E7%E3oeRedistribui%E7%E3ooOr%E7amentoParticipativoemPorto%20Alegre.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2010.
- MELO, Danielle; AMARAL, Gustavo. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 87-109.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* São Paulo: Revista dos Tribunais. 4. ed. 2008.
- OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas Públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado democrático de direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 323-345.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito, política e filosofia*. Contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito constitucional democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, Centro de Atualização Jurídica (CAJ), n. 10, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 06 mai. 2008.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11-53.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e Racionalidade Comunicativa: a teoria discursiva do direito no pensamento de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2007.

SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton; MACHADO DE OLIVEIRA, Miguel Augusto. *Direitos Humanos e Cidadania*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do estado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOARES, José Arlindo; SOLER, Salvador. *Poder local e participação popular*. Rio de Janeiro: Rio Fundo, 1992.

SILVA, Marcelo Kunrath. *Cidadania e exclusão: os movimentos sociais urbanos e a experiência de participação na gestão municipal de Porto Alegre*. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica; Desconstruindo os modelos de juiz: a hermenêutica jurídica e a superação do sujeito – objeto*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 55-68.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 69-86.

Recebido em: 15 de agosto de 2012

Aceito em: 30 de agosto de 2013