

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO JACY DE ASSIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO

ANA VICTORIA DA CUNHA SANTOS

**A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PELO INSTITUTO DO
*AMICUS CURIAE***

Uberlândia

2021

ANA VICTORIA DA CUNHA SANTOS

**A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PELO INSTITUTO DO
*AMICUS CURIAE***

Qualificação de defesa de dissertação de Mestrado Acadêmico em Direito, área de concentração Direitos e Garantias Fundamentais, na linha de pesquisa 2 – *Sociedade, Sustentabilidade e Direitos Fundamentais*, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, sob orientação do Prof. Dr. Fernando R. Martins.

Uberlândia

2021

Ficha Catalográfica Online do Sistema de Bibliotecas da UFU
com dados informados pelo(a) próprio(a) autor(a).

S237 Santos, Ana Victoria da Cunha, 1993-
2021 A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PELO
INSTITUTO DO AMICUS CURIAE [recurso eletrônico] / Ana
Victoria da Cunha Santos. - 2021.

Orientadora: Fernando Rodrigues Martins.
Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de
Uberlândia, Pós-graduação em Direito.
Modo de acesso: Internet.
Disponível em: <http://doi.org/10.14393/ufu.di.2021.376>
Inclui bibliografia.

1. Direito. I. Martins, Fernando Rodrigues, 1964-,
(Orient.). II. Universidade Federal de Uberlândia. Pós-
graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340

Bibliotecários responsáveis pela estrutura de acordo com o AACR2:

Gizele Cristine Nunes do Couto - CRB6/2091


UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

Secretaria da Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito
 Av. João Naves de Ávila, 2121, Bloco 3D, Sala 302 - Bairro Santa Mônica, Uberlândia-MG, CEP 38400-902
 Telefone: 3239-4051 - mestradodireito@fadir.ufu.br - www.cmdip.fadir.ufu.br


ATA DE DEFESA - PÓS-GRADUAÇÃO

Programa de Pós-Graduação em:	Direito				
Defesa de:	Dissertação de Mestrado Acadêmico, número 151, PPGDI				
Data:	Treze de agosto de dois mil e vinte e um	Hora de início:	18:00	Hora de encerramento:	20:00
Matrícula do Discente:	11912DIR002				
Nome do Discente:	Ana Victoria da Cunha Santos				
Título do Trabalho:	A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PELO INSTITUTO DO <i>AMICUS CURIAE</i>				
Área de concentração:	Direitos e Garantias Fundamentais				
Linha de pesquisa:	Sociedade, Sustentabilidade e Direitos Fundamentais				
Projeto de Pesquisa de vinculação:	Direitos e Deveres na Sociedade de Risco				

Reuniu-se, utilizando tecnologia de comunicação à distância, conforme previsto na Portaria n°. 36 da CAPES, a Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito, assim composta: Professores Doutores: Guilherme Magalhães Martins - UFRJ; Luiz Carlos Goiabeira Rosa - UFU; e Fernando Rodrigues Martins - UFU - orientador da candidata.

Iniciando os trabalhos o presidente da mesa, Dr. Fernando Rodrigues Martins, apresentou a Comissão Examinadora e a candidata, agradeceu a presença do público, e concedeu à Discente a palavra para a exposição do seu trabalho. A duração da apresentação da Discente e o tempo de arguição e resposta foram conforme as normas do Programa.

A seguir o senhor presidente concedeu a palavra, pela ordem sucessivamente, aos examinadores, que passaram a arguir a candidata. Ultimada a arguição, que se desenvolveu dentro dos termos regimentais, a Banca, em sessão secreta, atribuiu o resultado final, considerando a candidata:

Aprovada.

Esta defesa faz parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre.

O competente diploma será expedido após cumprimento dos demais requisitos, conforme as normas do Programa, a legislação pertinente e a regulamentação interna da UFU.

Neste ato, e para todos os fins de direito, os examinadores e a discente autorizam a transmissão ao vivo da atividade. As imagens e vozes não poderão ser divulgadas em nenhuma hipótese, exceto quando autorizadas expressamente pelos examinadores e pela discente. Por ser esta a expressão da vontade, nada haverá a reclamar a título de direitos conexos quanto às imagens e vozes ou quaisquer outros, nos termos firmados na presente.

Nada mais havendo a tratar foram encerrados os trabalhos. Foi lavrada a presente ata que após lida e achada conforme foi assinada pela Banca Examinadora e pela discente.



Documento assinado eletronicamente por **Luiz Carlos Goiabeira Rosa, Professor(a) do Magistério Superior**, em 16/08/2021, às 08:51, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Fernando Rodrigues Martins, Professor(a) do Magistério Superior**, em 26/08/2021, às 16:17, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Guilherme Magalhães Martins, Usuário Externo**, em 27/08/2021, às 09:57, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **ANA VICTORIA CUNHA SANTOS, Usuário Externo**, em 27/08/2021, às 11:18, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://www.sei.ufu.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **2976005** e o código CRC **C3FA562A**.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço à Deus, por todas as graças concedidas ao longo dessa jornada, sobretudo por ter permitido que eu enxergasse minha verdadeira vocação.

Agradeço à minha família, em especial aos meus pais e minha irmã, por inúmeras razões que não sou capaz de enumerar, mas especialmente pelo amor infinito e por sido sempre a base que me fortalece e me dá coragem, por ter me auxiliado a aprender e pelo apoio constante, desejando sempre meu sucesso.

Agradeço também ao meu marido por estar ao meu lado, pelo apoio constante e por me incentivar, tornando meu dia a dia mais leve.

Por fim e especialmente, agradeço ao professor e amigo, Dr. Fernando R. Martins, referência pessoal para mim, que gentilmente aceitou meu convite para orientação, que com sua competência e dedicação, tornou possível a confecção do presente trabalho.

“Sem um fim social o saber será a maior das dificuldades.”

Gilberto Freyre

RESUMO

A supremacia da Constituição no normativo sistema jurídico brasileira, apesar de dever assegurar integração, apresenta lacunas, incompletudes e imperfeições. É dizer, a ciência do direito, que tem como pedestal a CF/88, não é a única realidade possível, pois também depende de outras instituições e campos de conhecimento, para que diferentes realidades sejam mostradas e reveladas. Nessa esteira de pensamento, defende-se que, para a real efetivação e satisfação do direito fundamental à saúde, em que se tem como epicentro o princípio da dignidade da pessoa humana, é necessário a comunicação eficiente entre o Estado e o cidadão, numa relação dialética, que pressupõe a participação democrática. Se a ordem jurídica é formada por um sistema dinâmico, isto é, por um vasto conjunto solidário de elementos criados para determinada finalidade e adaptável às mutações do meio onde atua, o direito à saúde também deve ser atentamente observado pelos integrantes do meio social do Estado. Ressalta-se a necessidade de pesquisar mecanismos para incrementar as participações sociais na jurisdição constitucional, no caso o *amicus curiae*, uma vez que parte-se do princípio que determinados agentes não participam do debate público. Para esta análise utilizou-se como referencial a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da constituição de Peter Häberle, segundo a qual, a interpretação deve se dar de maneira plural, para que alcance o maior número possível de intérpretes. Em conclusão, tem-se que acolher as participações sociais na jurisdição constitucional implode no sentimento de democracia. Por isso, a sociedade aberta dos intérpretes da constituição é compreendida como um ideal hermenêutico a ser construído diariamente e cotidianamente, fato que não se pode ignorar suas limitações.

Palavras-chave: Direito fundamental à saúde. Processo Civil. *Amicus curiae*. Democracia e Participações sociais. Sociedade aberta dos intérpretes.

ABSTRACT

The supremacy of the Constitution in the normative Brazilian legal system, although it must ensure integration, presents gaps, incompleteness and imperfections. That is to say, the science of law, whose pedestal is CF/88, is not the only possible reality, as it also depends on other institutions and fields of knowledge, so that different realities are shown and revealed. In this way of thinking, it is argued that, for a real fulfillment and satisfaction of the fundamental right to health, in which the principle of the dignity of the human person is based, efficient communication between the State and the citizen is necessary, in a relationship dialectic, which presupposes democratic participation. If the legal order is formed by a dynamic system, that is, by a vast solidary set of elements produced to be determined and adaptable to changes in the environment where it operates, the right to health must also be carefully observed by the members of the State's social environment. The need to search for mechanisms to increase social participation in constitutional jurisdiction in the case of *amicus curiae* is emphasized, since it is assumed that certain agents do not participate in the public debate. For this analysis, the open society theory of interpreters of the constitution of Peter Häberle is used as a reference, according to which, the interpretation must be given in a plural way, so that it reaches the largest possible number of interpreters. In conclusion, it is necessary to welcome social participation in constitutional jurisdiction implodes the feeling of democracy. For this reason, an open society of interpreters of the constitution is understood as an ideal hermeneutic to be built daily and daily, a fact that cannot be ignored its limitations.

Key Word: Fundamental right to health. Civil Procedure. *Amicus curiae*. Democracy and Social Participations. Open society of interpreters.

LISTA DE SIGLAS

ADI/ADIn: Ação Direita de Inconstitucionalidade

ANFAC: Associação Nacional de Fomento Comercial

ANS: Agência Nacional de Saúde Suplementar

ANVISA: Agência Nacional de Vigilância Sanitária

DUDH: Declaração Universal dos Direitos Humanos

CADE: Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CDC: Código de Defesa do Consumidor

CEPAL: Comissão Econômica para a América Latina

CF: Constituição Federal

CMED: Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos

CNJ: Conselho Nacional de Justiça

CNS: Conselho Nacional de Saúde

CPC: Código de Processo Civil

CRFB: Constituição da República Federativa do Brasil

CVM: Comissão de Valores Mobiliários

DPC: Direito Processual Civil

IBDFAM: Instituto Brasileiro de Direito de Família

IBGE: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

IDEC: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor

INPI: Instituto Nacional de Propriedade Industrial

LACP: Lei da Ação Civil Pública

NOB: Normas Operacionais Básicas

NOAS: Normas Operacionais de Assistência à Saúde

OAB: Ordem dos Advogados do Brasil

OMS: Organização Mundial da Saúde

ONU: Organização das Nações Unidas

PIDESC: Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

LACP: Lei da Ação Civil Pública

RENAME: Relação Nacional de Medicamentos Essenciais

SNA: Sistema Nacional de Auditoria

STF: Supremo Tribunal Federal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

SUDS: Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde

SUS: Sistema único de Saúde

UBS: Unidade Básica de Saúde

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	8
1.1 Justificativa e importância do tema	9
1.2 - Delimitação do tema.....	11
1.3 Métodos e técnicas de pesquisa	13
2. O INSTITUTO DO <i>AMICUS CURIAE</i> NO DIREITO BRASILEIRO: UM TERCEIRO ESPECIAL	15
2.1 Definição e natureza jurídica: formas de atuação e finalidades	29
2.2 Características: representatividade, discursividade, respeitabilidade e compromisso com a justiça.....	31
2.3 Similaridades com o direito fundamental à saúde: participação social, políticas públicas, justiciabilidade e consensualismo.....	34
2.4 <i>Amicus curiae</i> no direito constitucional brasileiro: função social.....	42
2.5 <i>Amicus curiae</i> segundo o Código de Processo Civil	43
2.6 Democracia e Estado Democrático de Direito: <i>amicus curiae</i> como instrumento de participação democrática	47
3. DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O PLURALISMO DEMOCRÁTICO	59
3.1 Caracterização do direito à saúde como direito fundamental e social.....	67
3.1.1 Conceito de saúde e seu núcleo essencial.....	79
3.1.2 Titularidade e destinatários.....	85
3.2 Saúde no Brasil, SUS e seus princípios norteadores	87
3.3 Saúde pública e pluralismo: a promoção dos vulneráveis.....	98
4. <i>AMICUS CURIAE</i> E AS AÇÕES DE DIGNIDADE CONSTITUCIONAL COMO GARANTIA AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.....	104
4.1 Efetividade e utilidade da intervenção do <i>amicus curiae</i> nas ações impugnativas constitucionais de tutela à saúde: recursos financeiros escassos versus demandas sociais infinitas	107
4.2 Aplicação da perspectiva interpretativa aberta de Peter Häberle	112
4.3 Funções do Estado	120
4.4 Estado constitucional cooperativo na formação da saúde inclusiva: o <i>amicus curiae</i> como a dimensão procedimental de acesso	125
CONSIDERAÇÕES FINAIS	133
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	135

1. INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição de 1988 representou um marco no país, na medida em que consagrou o valor da pessoa humana como eixo central do sistema jurídico e das relações entre os indivíduos e o Estado.

O compromisso da atual Constituição é com a promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais na vida real do ser humano. Contudo, cabe dizer que, não basta a simples existência de normas para que os comandos constitucionais sejam concretizados, é preciso ir além.

A despeito de as normas constitucionais não se realizarem de maneira automática, elas existem justamente para interferir na esfera jurídica das pessoas, veiculando a todos, inclusive ao Estado.

A Constituição é instrumento imprescindível para organização, manutenção e funcionamento da máquina estatal. A “Carta Magna”, por ocupar o ápice do ordenamento jurídico, estabelece os direitos e deveres que regem toda a sociedade e a pessoa humana. É a “Lei Fundamental” que traça as linhas mestras do ordenamento jurídico brasileiro, mas, como dito, sozinha não é capaz de dar efetividade aos seus comandos legais.

Dessa forma, a Constituição Federal brasileira de 1988 é fruto de um regime constitucional democrático, uma vez que deve representar a vontade de toda a coletividade através dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Suas regras estão codificadas em um único texto solene, em que seus dispositivos legais funcionam (ou deveriam funcionar) como coercitivos e limitativos das legislações infraconstitucionais.

O artigo 6º da Constituição Federal, consubstancia em seu diploma, garantias constitucionais que são dotadas de eficácia plena, aplicação imediata e de pronta exigibilidade. Por este motivo, o direito social e fundamental à saúde, destacado neste trabalho, tem ocupado lugar de destaque nas discussões jurídicas.

O direito à saúde, que cada vez mais e mais, se torna um tema complexo, poroso, diante da sua abrangência e importância, seja nos setores públicos ou privados, demanda e impõe ao Poder Público, o dever jurídico de ser implementado (mediante políticas públicas adequadas) e cuja execução envolve além do dispêndio de recursos financeiros, materiais, mão-de-obra qualificada, a comunicação integrada da coletividade e do Estado.

O direito à saúde (e o direito à vida) aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988, consagrou nos artigos 196 e 197, a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantindo sua igualdade e universalidade no acesso às ações e serviços de saúde.

A Constituição brasileira é clara: saúde é um direito (vai além de se garantir direito aos serviços de saúde).

O estado da arte aponta a indiscutível importância de se tutelar o direito a saúde, como inerente ao basilar direito à vida, sendo aquele um direito que a própria ordem jurídica constitucional conferiu proteção jurídica diferenciada, especialmente por estar intimamente ligado à dignidade da pessoa humana.

Ocorre que, embora todo o aparato constitucional, por inúmeros e incontáveis fatores que serão apontados e/ou citados no presente trabalho, nem sempre o indivíduo consegue receber atendimento congruente com o preâmbulo da Constituição, que prevê o bem-estar da coletividade e da pessoa em si considerada.

A ciência do direito deve acompanhar as (constantes e incansáveis) mudanças sociais, devendo ser incorporadas novas medidas capazes de atender a realidade social, política, cultural, tecnológica e, conseqüentemente, solucionar demandas de maneira a atender aos anseios sociais da coletividade, bem como preencher lacunas.

Embora a existência de vasto material bibliográfico, a temática abordada nesta dissertação é atual e merece tratamento científico, por tratar-se de um dos grandes problemas nacionais em matéria de concretização dos direitos fundamentais e sociais e, além de o fato de que atinge principalmente a população mais vulnerável/frágil.

1.1 Justificativa e importância do tema

No Brasil, a Constituição de 1988 representou a ruptura do Estado que funcionalizava o indivíduo em face da autoridade, consagrando a dignidade humana como centro do sistema estatal e jurídico. Desde então, esforços têm sido empreendidos para se alcançar um ideal dos direitos fundamentais.

A Carta Maior referiu-se expressamente à saúde como princípio-garantia em benefício de todos (nacionais ou estrangeiros, a despeito de sexo, origem, etnia, cor, etc.) e

como parte integrante do interesse público. Faz-se um adendo ao fato de que as Constituições anteriores asseguraram a assistência à saúde apenas ao indivíduo na condição de trabalhador.

É dizer, antes da Constituição de 1988, a assistência à saúde para os trabalhadores assalariados tinha caráter contributivo, não existindo a prestação pública e universal da saúde, como os ditames legais de hoje. De outra maneira, até a promulgação da Carta Maior, o sistema público de saúde brasileiro não possuía tratamento constitucional específico e atendia somente aos indivíduos que contribuíssem com a Previdência Social, ou seja, apenas atendia aos sujeitos que possuíam carteira de trabalho assinada.

Sobre a CF/88, em seu artigo 6º, são considerados direitos sociais “a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados”.

Mais adiante, o artigo 196 do mesmo diploma legal supramencionado, trata a saúde como “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

As palavras agrupadas no artigo 196, constituem parte significativa do que hoje denominamos de Sistema Único de Saúde. Ao considerar a política de saúde como uma política social, tem-se, como consequência imediata a assumida responsabilidade de que a saúde é um dos direitos inerentes à cidadania.

Dentro da relevância pública que a Lei Maior confere às ações e aos serviços de saúde, os artigos 197 a 200 abordam as diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), além do papel do Poder Público e de terceiros, inclusive da iniciativa privada, de lidar com o direito fundamental à saúde.

Para além de sua consagração constitucional, a importância do tema situa-se na compreensão de que a saúde origina um conectivo dever de proteção, de respeito e promoção por parte do Estado e também dos particulares de maneira geral, os quais se vinculam pela condição de destinatários das normas de direitos fundamentais - em especial, quando estiver em jogo seu “âmbito juridicamente protegido” (núcleo essencial), vinculado diretamente aos valores basilares da vida e da dignidade da pessoa humana.

Justifica-se o presente estudo na constatação de que, no Brasil, a saúde, embora amparada pelo acesso universal e igualitário às ações e serviços necessários para sua

promoção, proteção, prevenção e recuperação, encontra limites na difícil realidade social, econômica e cultural da sociedade, levando quem necessita de sua proteção a exigí-la perante o Poder Judiciário (fenômeno conhecido como judicialização da saúde).

Como se sabe, muitas vezes, não resta alternativa ao Judiciário senão conceder o pleito requerido em juízo para garantir o direito à saúde. Todavia, o Judiciário adentra a discricionariedade dos demais Poderes e assuntos alheios à sua *expertise*, sem prejuízo de críticas.

Proceder-se-á com o reconhecimento do *amicus curiae* como autêntico veículo democrático de participação (complementar) popular, indispensável a um Estado Democrático de Direito e defender-se-á a ideia de que por meio da militância e do embate dos diversos grupos sociais, levando em consideração elementos essenciais presentes na pós-modernidade (pluralismo e diferenças), há maior probabilidade da efetividade do direito à saúde.

1.2 - Delimitação do tema

Os ideais históricos de civilidade, com destaque para o âmbito da saúde, consolidados na Constituição de 1988, concretizam-se na vivência cotidiana do povo brasileiro, mas também por intermédio da atuação do Poder Judiciário.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, o próprio texto constitucional tratou de mencionar e indicar a concepção maior da situação de sua ocorrência, qual seja, a instituição de regras regulamentadoras do Estado e de direitos e deveres do indivíduo dentro da sociedade, a fim de alcançar a estabilidade e sustentabilidade do regime adotado.

A Carta Magna, em seu artigo 1º, destaca que a República Federativa é constituída na forma de Estado Democrático de Direito, dignificando os fundamentos da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e, ainda, do pluralismo político.

Além dos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição de 1988 e dos objetivos fundamentais da República, como o de promover o bem-estar de todos os indivíduos, independentemente, de quaisquer preconceitos ou outras formas de discriminação, de construir uma sociedade livre, justa e solidária, e de reduzir as desigualdades sociais, objetivos estes preceituados nos incisos I, III e IV do artigo 3º, também, a própria

Constituição tratou de estabelecer normas destinadas à prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, inciso II, CF/88), tal como o direito à saúde, de modo que todas as leis e atos normativos constitucionais e infraconstitucionais editados, devem convergir para alcançar máxima eficácia a tal direito, em obediência hierárquica destes à Lei Maior.

A partir da Constituição da República de 1988, em especial nos artigos 196 a 200, inúmeras iniciativas institucionais, legais e comunitárias foram criando condições de viabilização do direito à saúde. Mas, assim como os demais direitos sociais prestacionais, o direito à saúde depende em grande medida, da intermediação legislativa, executiva, judiciária e de atenção orçamentária.

O direito à saúde significa que cada um, individualmente considerado, e todos os brasileiros, devem usufruir e construir juntos, políticas públicas (econômicas e sociais), que diminuam os danos, riscos e agravos à saúde.

O direito à saúde destaca-se por ter como elemento de formação, o acesso universal (para todos) e equânime (com justa igualdade) a serviços e ações de promoção, proteção, recuperação (atendimento integral) e prevenção. Contudo, surge, então, o problema da exigibilidade perante o Estado da prestação desse direito.

Não é incomum (pelo contrário) o direito à saúde ser buscado no âmbito do Poder Judiciário. Tal realidade conduz, inevitavelmente, ao debate, por exemplo, de como melhor dispor dos recursos financeiros finitos disponíveis.

Assim, a concretização do direito humano e fundamental social à saúde, exige atitudes, pois não é um direito que se realiza por si mesmo, demanda, além de verbas, ações positivas racionais, que poderão ser alcançadas (ou não) através do auxílio do *amicus curiae*.

A problematização desse trabalho desenrolar-se-á a partir do seguinte ponto principal: Como o *amicus curiae* pode fomentar a efetividade do direito à saúde, diante da drástica situação do sistema financeiro e social do Estado brasileiro?

Acessoriamente, o presente trabalho passará pelas indagações: Qual o núcleo essencial do direito à saúde? Até que ponto o direito à saúde deve ser garantido pela via judicial? O provimento judicial, na forma de pleitos pontuais, beneficia um direito individual ou um direito social e fundamental? Qual o reflexo do provimento dos conflitos na vida dos demais cidadãos não envolvidos no litígio? O *amicus curiae* pode reforçar o repertório argumentativo do magistrado e exercer algum impacto (positivo) no processo de tomada de

decisão judicial? O *amicus curiae* possibilita a construção de uma sociedade aberta dos intérpretes?

Ante os questionamentos expostos, o tema em estudo tem como delimitação, a interligação do direito à vida e à dignidade da pessoa humana com o direito à saúde, e a intervenção do *amicus curiae* para conferir legitimidade e maior racionalidade na prestação jurisdicional.

O trabalho, de forma geral, circundará em torno da confirmação de duas hipóteses teóricas: a) é necessário ampliar o número daqueles que interpretam o direito fundamental à saúde, dando vazão a interesses solapados pelo poder; e b) o *amicus curiae* é um apto instrumento para dar lugar a outras falas e aprimorar uma sociedade aberta de intérpretes.

Estrutura-se, para tanto, este trabalho da seguinte forma: Capítulo 1 comentários iniciais sobre o tema debatido. Na sequência, aborda-se as nuances do *amicus curiae* no direito brasileiro (Capítulo 2). Mais adiante, no Capítulo 3, trilha-se um caminho para compreender a saúde, a partir da existência de vários partícipes no processo de concretização de tal direito, além da necessidade de conhecimento dos numerosos interesses (político, econômico, histórico, cultural, tecnológico, biotecnológico etc.) existentes. Por fim e não menos importante, no Capítulo 4, apresentam-se as conclusões extraídas, com intenção de contribuir com argumentos, percepções e possíveis desdobramentos da exigibilidade do direito fundamental à saúde, através do instituto *amicus curiae*.

1.3 Métodos e técnicas de pesquisa

Partiu-se da bibliografia indicada pelo orientador e levantada pela mestranda ao longo das disciplinas cursadas no mestrado, além de consulta à legislação, aos saberes filosóficos e sociais.

Como o tema trabalhado é interdisciplinar e multidisciplinar, o mesmo não se restringiu nos limites do Direito Público, tendo perpassado pela Filosofia, pelo Direito Constitucional, pelo Direito Processual Civil etc.

De acordo com Marcelo Casseb Continentino, “a produção científica não se produz independentemente dos eventos históricos-políticos. O próprio texto é parte integrante desses

eventos políticos”¹. Essa premissa do autor, demonstra que a pesquisa em comento deverá situar o cenário da saúde no Brasil inserido no pluralismo democrático dos dias atuais, em especial nas ações de dignidade constitucional de tutela à saúde.

A metodologia empregada abrange a técnica de pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial e aplica, especialmente, os métodos indutivo e dedutivo. O método indutivo foi utilizado a partir da análise de casos específicos para se obter conclusões gerais. O método dedutivo foi usado para, a partir de fatos específicos se chegar a conceitos gerais constantes de teorias e leis.

A partir do confronto de tudo o que foi estudado, permitiu-se a reflexão sobre a efetividade do direito fundamental à saúde a partir da intervenção do *amicus curiae* nas decisões proferidas pelos magistrados.

¹ CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **História do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil**. Percursos do Pensamento Constitucional No Século XIX. Almedina, 2015, p. 59.

2. O INSTITUTO DO *AMICUS CURIAE* NO DIREITO BRASILEIRO: UM TERCEIRO ESPECIAL

Como referido anteriormente, o país construiu nas últimas décadas uma ilustre estrutura jurídico-normativa e institucional de promoção dos direitos fundamentais. Nada obstante, embora essa estrutura seja poderosa e meritória, o objetivo das normas constitucionais não é em si a sua existência e sim que tais direitos sejam efetivamente tutelados no mundo real/mundo dos fatos.

De outra forma, a chamada Constituição ² Cidadã de 1988 ao longo de seus ditames constitucionais, trouxe uma série de direitos a serem fomentados ao menos no plano jurídico, e foi além ao criar o Sistema Único de Saúde, referência de sistema público de saúde no mundo, pautado na integralidade do atendimento de seus usuários. Conquanto, embora a existência de todo o aparato constitucional, legislativo e institucional existente no direito brasileiro, nem sempre o cidadão consegue receber administrativamente e diretamente a assistência de que necessita. Em razão dessas situações, o direito à saúde passou a ser objeto constante de ações judiciais, sobrevivendo, então, a surgir discussões a respeito da intervenção do *amicus curiae* em tais demandas.

Há controvérsia a respeito das raízes da figura do *amicus curiae*. Há quem defenda que o instituto em comento tem suas origens no direito romano ³. Não obstante, Cássio Scarpinella Bueno discorda sobre essa questão ⁴.

A maioria dos autores ⁵, parece encontrar a origem do *amicus curiae* no direito inglês e no direito norte-americano (sistema da *common law*), especialmente a partir do século XVII.

² Nesse raciocínio, cabe a lição de que a Constituição é o conjunto de objetivos da sociedade, transformados em lei, inclusive para organizá-los e alcançá-los. Tal alcance inicia com a elaboração da Constituição e segue, pela legislação, até a decisão judicial e, em caso de descumprimento, a execução da condenação.

(DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: Hucitec; 1995.)
³ Criscuoli defende que o *amicus curiae* derivou do *consiliarius* romano e, após, foi incorporado e desenvolvido no sistema inglês. De acordo com o autor, o juiz romano podia se utilizar da opinião do técnico ou do auxílio prestado pelo *consilium*, complementando desse modo o seu conhecimento jurídico da causa.
CRISCUOLI, Giovanni, apud BUENO, 2012, p. 112.

(BUENO, Cássio Scarpinella. ***Amicus curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.)

⁴ Cássio Scarpinella Bueno é um autor que escreveu bastante sobre o tema do *amicus curiae* no Brasil.
(BUENO, Cássio Scarpinella. ***Amicus curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.)

⁵ CABRAL, Antônio do Passo. Op. cit., loc. cit. BUENO, Cassio Scarpinella. ***Amicus Curiae: Uma Homenagem a Athos Gusmão Carneiro***. Inédito. Disponível em: <www.scarpinellabueno.com.br/>. Acesso em julho 2020.

Em que pese não existir consenso doutrinário quanto à origem do *amicus curiae*, tal instituto tem ganhado popularidade no ordenamento jurídico brasileiro, o que inclui o próprio Supremo Tribunal Federal.

O *amicus curiae* ou também denominado de “fiscal da lei”⁶, manifesta-se com a intenção de ser um colaborador, amigo do juiz ou da Corte⁷, uma espécie de auxiliar do juízo que fornece informações a respeito da matéria de direito e de fato discutida na ação em litígio, visando alcançar a solução mais justa possível para o processo, sem se olvidar do eixo principal que é a pessoa humana⁸, titular de direitos.

O *amicus curiae* está expressamente previsto, em um único diploma legal, no direito positivado brasileiro, qual seja, no artigo 138 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015). Com apenas um artigo disciplinando a material, é natural que a prática oponha questionamentos à lei, isto é, que surjam dúvidas a respeito da aplicabilidade do *amicus curiae*.

O artigo 138 supramencionado dispõe que:

CAPÍTULO V
DO AMICUS CURIAE⁹

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o *caput* não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.¹⁰

⁶ DESTEFENNI, Marcos. **Curso de processo civil**: processo de conhecimento convencional e eletrônico. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 241.

⁷ Cássio Scarpinella Bueno critica a locução “amigo da corte”. O Autor sustenta que a legislação repugna laços de amizade entre pessoas que atuam no processo e o magistrado, sob pena de incorrer no artigo 145, inciso I, do CPC (imparcialidade para julgar).

(BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae* no Projeto de novo Código de Processo Civil. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília ano 48 n. 190 abr./jun. 2011. fl. 111 a 121.)

Art. 145. Há suspeição do juiz:

I – amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados [...].

⁸ As pessoas, todas elas e cada uma delas, são dotadas de dignidade e devem ser tratadas com respeito.

⁹ A terminologia *amicus curiae* é um dos únicos estrangeirismos presentes nas várias epígrafes do atual Código de Processo Civil.

¹⁰ BRASIL, **Lei nº 13.105 de março de 2015**. Instituiu o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 de março de 2015.

Da simples leitura do artigo supratranscrito percebe-se que a tônica do Código de Processo Civil brasileiro é de uma maior adequação aos fenômenos de massificação de conflitos, da pluralização da sociedade e da coletivização das demandas e que a positividade do *amicus curiae* é justificada por esta mesma linha de raciocínio, isto é, as demandas tenderão e deverão assumir mais expressão coletiva e para além das partes (autor e réu) que a compõem.

É dizer de outra maneira, as disputas têm repercussões tanto individuais quanto coletivas. Compete aos operadores do direito avaliar os impactos causados pelas decisões judiciais nas políticas públicas existentes e na coletividade como um todo.

De acordo com Mauro Sérgio Rocha, o *amicus curiae* é um “terceiro que intervém em benefício da jurisdição”, apresentando “subsídios instrutórios (fáticos e/ou jurídicos) que auxiliarão na qualificação do convencimento judicial”.¹¹ Veja-se que os *amici* podem atuar na fase probatória para auxiliar o juízo no esclarecimento de elementos fáticos ou jurídicos que não são de sua alçada.

O artigo 138 do CPC, não fixa um prazo para a intervenção, sendo esta limitada, porém, ao momento em que não mais seja possível o alcance da finalidade a que ela se dirige (auxílio do magistrado).

Não há um momento adequado para a intervenção do *amicus curiae*, de modo que não há restrição quanto ao grau de jurisdição em que o feito se encontra. Desse modo, é razoável afirmar que a intervenção do *amicus curiae* pode ocorrer no primeiro grau de jurisdição, até porque, a ele é permitido colaborar na fase instrutória.

A restrição temporal à participação do *amicus curiae* está relacionada ao momento em que “a apresentação de subsídios instrutórios fáticos ou jurídicos já não tiver mais relevância”.¹²

A cooperação (qualificada) e consequente admissão do *amicus curiae* deve ser, então, requerida no momento oportuno, de modo a evitar a preclusão, além de dever estar ligada ao potencial de gerar efeito multiplicador.¹³

¹¹ ROCHA, Mauro Sérgio. Comentários ao capítulo V do Código de Processo Civil de 2015. In: CUNHA, José Sebastião Fagundes (Coord. geral); BOCHENEK, Antonio César; CAMBI, Eduardo (Coords.). **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 277.

¹² TALAMINI, Eduardo. Comentários ao art. 138 do CPC/15 (LGL\2015\1656). In: TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; DANTAS, Bruno (Coords.). **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 441.

O requerimento de ingresso do *amicus curiae* deve se submeter aos requisitos dos artigos 9º¹⁴ e 10¹⁵, do Código de Processo Civil. Assim sendo, o magistrado deve oportunizar às partes direito de defesa sobre o ingresso do *amicus curiae*.

Uma vez deferido o pedido de ingresso do *amicus curiae*, a decisão é irrecorrível.

Outra questão é que a participação do *amicus curiae* não pode ser vedada mediante “negócio processual”¹⁶, pois cabe ao Judiciário o dever de decidir. O Poder Judiciário é uma instituição responsável por uma imposição coativa quando acionado, em razão de um abuso comportamental governamental ou injustificável inércia estatal.

Nota-se também que, para que haja a intervenção do *amicus curiae*, no processo instrutório e decisório, é essencial o preenchimento de ao menos três critérios, quais sejam: repercussão social, relevância da matéria, melhor dizendo, complexidade fática e/ou complexidade jurídica, e especificidades do tema objeto demanda.

As expressões do artigo 138 (repercussão social, relevância da matéria e especificidade do tema) são demasiadamente amplas, não tendo a legislação disciplinado sobre as mesmas de modo satisfatório.

Os três requisitos (relevância da matéria, especificidade do tema e repercussão social da controvérsia), são independentes entre si, logo, a intervenção do *amicus curiae* pode ocorrer desde que pelo menos um deles seja verificado. Então, os três requisitos são alternativos.

Por relevância da matéria, entende-se repercussão social (tema que interessa à sociedade em ampla parcela de sua totalidade), econômica, política e coletiva. A relevância da matéria pode se dar por indicativos em segmentos jurídico, político, econômico ou social.

Por sua vez, a repercussão social da controvérsia é definida como uma questão que “contribui para a sistematização e desenvolvimento do direito”.¹⁷

¹³ Na medida em que o problema jurídico não interesse apenas às partes, mas também a uma parcela mais ampla da sociedade, mostra-se imperiosa a abertura do sistema, com a consequente intervenção do *amicus curiae*.

¹⁴ Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

¹⁵ Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

¹⁶ Enunciado 392. (art. 138 e 190) As partes não podem estabelecer, em convenção processual, a vedação da participação do *amicus curiae*. (Grupo: Litisconsórcio e intervenção de terceiros)

¹⁷ ROCHA, p. 278.

A repercussão social e a relevância da matéria decorrem de todo e qualquer tema que ultrapasse os interesses subjetivos das partes e esteja relacionado aos direitos disciplinados na Constituição, por exemplo à saúde.

E, por especificidade do tema, deduz-se experiência, técnica, habilidade, conhecimento do *amicus curiae* sobre determinado assunto e peculiaridade que a matéria sob exame apresenta. A especificidade do tema privilegia a “atipicidade ou excepcionalidade da matéria, ainda que despida de relevância e/ou repercussão social”.¹⁸

As expressões “relevância, especificidade e repercussão social” dão ao juiz e ao relator amplo espaço discricionário. Discricionariedade não pode ser desamparada de critérios racionalmente aceitáveis e congruos, caso contrário, haveria a configuração de uma arbitrariedade (que é uma escolha injustificada)¹⁹.

É preciso que o juiz tenha humildade e reconheça a necessidade de suporte/subsídios que o ordenamento jurídico disponibiliza com a regulamentação do *amicus curiae*.

Partindo das condicionantes para o ingresso do *amicus curiae*²⁰ é que se observa que ele será necessário sempre que o problema jurídico interessar não apenas às partes, mas à parcela mais ampla da sociedade, quando, então, deverá ser facultada, àqueles que serão atingidos, a possibilidade de se manifestar no processo, de forma representativa. Assim é que diz José Miguel Garcia Medina:

Se é certo que os grupos atingidos pela decisão judicial a ser proferida não decidem pelo Estado, não menos acertado é dizer que à sociedade devem ser assegurados instrumentos de participação no procedimento, a fim de que possa informar-se, analisar as opções que no processo são colocadas, indicar suas objeções a que uma ou outra solução seja escolhida, e ter suas objeções analisadas pelo Poder Judiciário.
21

Uma observação interessante é que mesmo com a ponderação do *amicus curiae*, o magistrado não se exime de sustentar os efeitos da decisão sob o ponto de vista jurídico. Admitir a potencialidade interpretativa do *amicus curiae* não significa dizer que o poder decisório formal (sentenças, acórdãos etc.) estará nas mãos de qualquer um, a decisão continuará nas mãos do juiz, mas acredita-se este terá melhor capacidade interpretativa.

¹⁸ ROCHA, p. 278.

¹⁹ Em casos de ausência de coerência, diz-se que as medidas tomadas estão viciadas por infringência ao ordenamento jurídico constitucional e ao princípio da proibição da arbitrariedade dos poderes públicos que impede o extravasamento dos limites razoáveis da discricionariedade, evitando que se converta em causa de decisões desprovidas de justificação fática e, conseqüentemente, arbitrárias.

²⁰ Com os requisitos para o ingresso do *amicus curiae*, a lei estabelece elementos objetivos e subjetivos.

²¹ MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 248.

A quebra do monopólio interpretativo não significa a quebra da força da decisão emanada do Judiciário, mas sim um ganho democrático (há uma superação da interpretação de forma isolada), a partir de diversos argumentos e informações médicas, econômicas, administrativas, políticas e, claro, jurídicas. Todos devem ser guardiões da Constituição Federal.

A sociedade contemporânea clama para que a ciência do direito acompanhe as incessantes mudanças sociais.

Dessa maneira, nos casos em que o juiz ou o relator entender que as meras alegações do autor e dos demais sujeitos processuais já são suficientes ao necessário esclarecimento das questões para um julgamento de qualidade, deverá indeferir (justificadamente) a intervenção do *amicus curiae*.

Para que o *amicus curiae* atue, é preciso ter *expertise* sobre o tema discutido (pertinência temática) e ter representatividade, não bastando querer por querer atuar como tal. Além do mais, é necessário também obedecer as disposições específicas, como a boa-fé processual²², sempre atento ao dever de colaboração²³, à unidade e à integridade do direito²⁴.

Quanto à representatividade, necessário acrescentar que o *amicus curiae* não agirá na condição de substituto processual e sim como um representante dos interesses de determinado grupo, classe social ou instituição.

Melhor dizendo, para que as intervenções do *amicus curiae* ocorram, é preciso prévia demonstração do interesse jurídico e da pertinência temática, aferível no caso concreto e assim, caminhar para uma decisão democraticamente (e legitimamente) adequada.

²² Art. 5º, CPC. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé. Participar com boa fé é atuar e falar a partir de uma postura ética e responsável pelo que é dito.

²³ Art. 6º, CPC. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

²⁴ Sobre integridade, Lenio Streck observa que: “entendida à luz de Ronald Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios, por meio dessas comunidades de princípios, às atitudes solipsistas-voluntaristas. A integridade é antitética a qualquer forma de voluntarismo, ativismo e discricionariedade. Ou seja: por mais que o julgador desgoste de determinada solução legislativa e da interpretação possível que dela se faça, não pode ele quebrar a integridade do Direito, estabelecendo um “grau zero de sentido”, como que, fosse o Direito uma novela, matar o personagem principal, como se isso — a morte do personagem — não fosse condição para a construção do capítulo seguinte.” Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes – Parte II. Conjur – Consultor Jurídico. 29.09.2016. Disponível em: <www.conjur.com.br/2016-set-29/senso-incomum-critica-teses-defendem-sistema-precedentes-parte-ii>. Acesso em julho de 2020.

Busca-se extrair da atuação do *amicus curiae* os dados materiais concretos submetidos ao procedimento técnico e formal do órgão competente.

Conforme dito alhures, a intervenção do *amicus curiae* não implica alteração de competência (§ 1º, do artigo 138, do CPC/15), de modo que, se um órgão federal ingressa no processo na qualidade de *amicus curiae*, e o feito tramita na justiça comum estadual não terá sua competência alterada. Referida informação, reforça a argumentação de que o *amicus curiae* não ingressa no processo para a defesa direta de interesse do interveniente e, portanto, possui interesse público.

A participação do *amicus curiae* não autoriza a interposição de recursos, ressalvada a hipótese de embargos de declaração e recurso contra decisão que julgar incidente de resolução de demanda repetitivas, conforme dispõe o § 3º, do artigo 138, do CPC/15²⁵.

Ademais, não há no artigo 138, do CPC/15, qualquer óbice para a inclusão de manifestação do *amicus curiae* em deliberações sobre prazos, ônus processual e prerrogativas que os sujeitos podem negociar com base nos artigos 190²⁶ e 191²⁷, ambos do CPC/15.

Pela expansividade da interpretação, acredita-se que a participação social representada pela inclusão do *amicus curiae*, provoca interlocuções valiosas entre o Estado e a sociedade civil organizada.

Pensando nas normas fundamentais previstas no CPC/2015, pode-se inferir que o “amigo da Corte” atue sempre com vistas a alcançar em termos práticos, a consecução do princípio da cooperação processual (artigo 6º, do CPC/15²⁸).

²⁵ No tocante ao § 3º, do artigo 138, cabe a ressalva de que, se a intervenção do *amicus curiae* ganhou uma nova dimensão com o atual Código de Processo Civil, na medida em que este amplia a possibilidade de intervenção em processos subjetivos, parece um contrassenso tolher-lhe aprioristicamente a possibilidade de interpor recursos. Até mesmo porque o próprio CPC, em seu artigo 996, parágrafo único, autoriza a interposição de recursos por quem, mesmo não sendo parte, demonstre a possibilidade de que o direito seu (ou de algum potencial substituído processual) seja atingido pela decisão recorrida.

Nesse viés, há quem teça críticas à opção adotada pelo legislador no que respeita às limitações recursais impostos, já que independentemente do interesse que move o *amicus curiae*, a sua intervenção tem por finalidade específica colaborar com o juízo, e não recorrer para manter o seu ponto de vista.

²⁶ Art. 190 CPC/15. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre o seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

²⁷ Art. 191 CPC/15. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

Antes do atual artigo 138 do CPC/15, existia no direito brasileiro, alguns dispositivos que faziam menção ao *amicus curiae*, contudo sem a nomenclatura adequada, tais como na Resolução nº 390/2004 do CNJ, em seu artigo 23, § 1º, dispositivo revogado pela Resolução nº 22/2008 também do CNJ, no artigo 31 da Lei nº 6.385/1976, na Lei nº 9.882/1999 no artigo 6º, § 1º, na Lei nº 9.868/1999 em seu § 2º do artigo 7º, no artigo 89 da Lei nº 8.884/1994, dispositivo revogado pela Lei nº 12.529/2011, mantendo em seu artigo 50, inciso I, autorização para intervenção de terceiros interessados, nos Juizados Especiais Federais, conforme artigo 14, § 7º, da Lei nº 10.259/2001, dentre outros exemplos.

No antigo Código de Processo Civil (Lei nº 5.869/1973), havia redação parecida ao instituto do *amicus curiae*, localizada nos artigos 482, § 3º²⁹, 543-A, § 6º³⁰ e 543-C, § 4º³¹. Sob a égide do CPC/1973, o *amicus curie* era concebido como uma espécie anômala de intervenção de terceiros.

Ressalta-se, ainda, que no Brasil, o *amicus curiae* tem tido importante participação em processo judicial de intervenção da CVM – Comissão de Valores Mobiliários (Lei nº 6.385/76), do INPI – Instituto Nacional da Propriedade Industrial, do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Lei nº 8.884/94 revogada pela Lei nº 12.529/11), da OAB – Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94), da ANFAC – Associação Nacional de Fomento Comercial, do IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, dentre outros.

Com a participação do *amicus curiae*, fiscal institucional indispensável, é possível alcançar um julgamento adequado sem esquivar da realidade e do contexto dos interesses existentes na sociedade civil e no próprio Estado, interesses esses plurais e muitas vezes

²⁸ Considera-se que a decisão de mérito efetiva e justa deve ser interpretada como a melhor decisão alcançável no caso concreto, verificada sempre que possível a mais completa base argumentativa e probatória, fundamentais para o debate travado entre os sujeitos processuais no curso da construção participada do provimento final.

²⁹ Art. 482 CPC/73. Remetida a cópia do acórdão a todos os juízes, o presidente do tribunal designará a sessão de julgamento. [...]

§ 3º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

³⁰ Art. 543-4 CPC/73. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste. [...]

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

³¹ Art. 543-C CPC/73. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

§ 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

conflitantes³². Nesse aspecto, sugere-se a ampla utilização dos tão valorizados conceitos de cooperação e contraditório das partes³³, para que o *amicus curiae* e os litigantes participem e argumentem em determinado caso concreto.

Portanto, o Poder Judiciário para desempenhar corretamente suas funções no julgamento (realístico) de determinadas causas de relevo e expressão nacional, não pode abrir mão de ouvir um verdadeiro representante desses interesses, o *amicus curiae*.

Incluir juridicamente o *amicus curiae*, significa criar espaços públicos institucionais que possibilitam que os diversos seguimentos sociais usufruam do direito em jogo. Afinal, o processo é o instrumento a serviço da paz social³⁴, capaz de dirimir a controvérsia existente entre as partes e a democracia. O processo é o ambiente no qual os direitos fundamentais são (ou devem ser) concretizados.

Destaca-se que a sociedade fica descontente e insatisfeita quando não é ouvida em julgamentos judiciais de ampla repercussão. Em contrapartida, há um ganho expressivo na solução de controvérsias quando o julgamento é balizado por esclarecimentos de um “terceiro”³⁵, notório conhecedor da realidade *sub judice*, realidade essa que não é de compreensão uniforme entre os julgadores.

Historicamente, nota-se que a ausência do *amicus curiae* no direito pátrio justificou o retardamento em se reconhecer de fato, a título de exemplo, os direitos dos casais homo afetivos. A figura do *amicus curiae*, neste caso personificada pelo IBDFAM, ganhou força a

³² Existem vários interesses distintos, porém legítimos, envolvendo o direito a saúde, tais como os interesses dos pacientes, da indústria de equipamentos médicos e hospitalares, da indústria farmacêutica, dos prestadores de serviços, dentre outros.

³³ O artigo 6º do CPC, enxerga no processo um espaço em que os sujeitos processuais devem atuar, inspirados pela boa-fé, com vistas à obtenção da solução adequada, sob o manto do princípio do contraditório. Nota-se que não se nega a existência do conflito, pelo contrário, valoriza-se a interação entre as partes.

³⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover. **Teoria geral do processo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 47.

³⁵ “Parte é quem pede e em face de quem se pede; terceiros, por exclusão, todos os outros, variando sua qualidade de atuação no plano do processo consoante seja mais ou menos intenso ou o seu interesse jurídico na intervenção.” Para se configurar alguém como parte, de modo concreto, é necessário formular pedido contra esse alguém.

Não há consenso na doutrina quanto à classificação do *amicus curiae* como típica intervenção de terceiros. Mas, levando-se em consideração que o mesmo não se beneficia diretamente da causa, e nem pode ser obrigado a cumprir o que consta na decisão judicial (particularidades exclusivas das partes), salvo exceções (como por exemplo, o caso de Súmulas Vinculantes), defende-se ser ele um interventor e colaborador. Há situações em que mesmo que o *amicus curiae* não seja abarcado pelos limites da coisa julgada, ele poderá ser atingido pelos efeitos da sentença, ainda que de forma reflexa.

A Súmula Vinculante, nos termos do próprio texto constitucional, deve ser atendida por todos os membros do Poder Judiciário e pela Administração Pública.

(BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae**: uma homenagem a Athos Gusmão Carneiro. v. 5, n. 10, p. 1, 2012. Disponível em: <www.scarpinellabueno.com.br/>. Acesso em: Julho de 2020.)

partir do julgamento da ADIn 4.277-DF, em maio de 2011, pelo Superior Tribunal Federal, instância maior da jurisdição nacional.

Naquela ocasião, o representante do Instituto fez seu discurso apontando, com dados fáticos embasados em pesquisas científicas, que os casais heterossexuais possuíam 112 (cento e doze) direitos a mais que os casais homossexuais. Ora, referido representante é a pessoa mais indicada para trazer à discussão os anseios dessa parcela da sociedade. Logo, a atuação do representante do IBDFAM mostrou-se de extrema importância para que o resultado do julgamento entendesse que a Constituição não proíbe a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Além do mais, o julgamento reconheceu também a equiparação jurídica dos indivíduos heteroafetivos com os indivíduos homo afetivos, em decorrência da aplicabilidade do § 2º do artigo 5º, da Constituição ³⁶.

O tema supramencionado da união homo afetiva é um exemplo, em meio a tantos outros em que a atuação do *amicus curiae* nas demandas judiciais, tem desempenhado o seu papel, basta lembrar de julgamentos polêmicos, como que tratou do aborto de anencéfalo, defesa do consumidor³⁷ no tema de telefonia e pesquisas com células-tronco.

Também, visando contribuir com a salvaguarda do direito à saúde, o CNJ ³⁸ editou a Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, cujo objetivo foi o estabelecimento de medidas que deveriam ser adotadas pelos Tribunais Estaduais e Federais no sentido de subsidiar os magistrados em decisões relacionadas à judicialização da saúde. Esta normativa tem por objetivo a criação de núcleos de assessoria técnica aos magistrados nas demandas de saúde.

No texto da Recomendação nº 31/2010, dentre outras medidas sugeridas, destaca-se que as prescrições médicas devem ser precisas e indicarem o princípio ativo ao invés do nome

³⁶ Art. 5º CF/88. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

³⁷ Meritório dizer que o consumidor não tem a mesma força contratual que o fornecedor (artigo 3º, do CDC). Por tal motivo, a informação deve ser sempre clara e precisa.

³⁸ O CNJ é uma instituição pública que tem como objetivo aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, notadamente no que se refere ao controle e à transparência processual e administrativa, tendo como missão o desenvolvimento de políticas judiciárias capazes de promover a efetividade do Judiciário.

Nas questões de saúde, o CNJ tem atuado ativamente, traçando parâmetros de atuação dos juízes, como, por exemplo, na edição de enunciados interpretativos (vide Resoluções nº 238 e 388, ambas do CNJ).

Enunciados não são súmulas de aplicação obrigatória pelos magistrados. São diretrizes construídas conjuntamente entre gestores públicos, representantes da Agência Nacional de Saúde Suplementar, acadêmicos, advogados, juízes, procuradores para melhor solução envolvendo demandas da saúde.

comercial do medicamento, disponibilizar médicos e farmacêuticos para auxiliar os juízes na formação do juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes e não deferimento de tratamentos experimentais.

No último tópico do relatório da Recomendação nº 31, no qual constam as considerações finais e os desafios para o Conselho Nacional de Justiça, foi apresentado um rol de desafios que apresentam a seguinte estrutura: Desafios de Concepção do Direito à Saúde, num segundo momento os Desafios Institucionais e por fim, os Desafios do Cotidiano Decisório.

Neste sentido, dentro dos tópicos previstos em “Desafios Institucionais” destaca-se o seguinte tópico: “Intensificar o Espaço de Diálogo Institucional”:

Intensificar o espaço de diálogo institucional: no cotidiano de suas ações, as instituições jurídicas têm a atribuição de atuar na efetivação do direito à saúde, responsabilizando e dialogando com os diversos atores sociais envolvidos em sua concretização. Em algumas experiências brasileiras, observa-se que tais instituições têm a capacidade institucional de criar um espaço de diálogo, pois possibilitam a comunicação entre os principais atores que compõem o processo de formulação, gestão e fiscalização das políticas públicas em saúde em um foro comum. Isso permite pensar a ideia de juridicização das relações sociais (conflitos são discutidos sob o ponto de vista jurídico) sem ocorrer necessariamente uma judicialização (ao máximo, se evita levar os conflitos ao Judiciário). Em virtude dessa atuação, observa-se uma valorização do diálogo, de modo a gerar ações efetivas no encaminhamento e resolução dos conflitos. Além disso, contribui decisivamente para a constituição de uma política judiciária de saúde. Por meio do diálogo, procura-se resolver alguma deficiência no sistema de saúde por intermédio de meios não formais e que, por vezes, se apresentam como o caminho mais adequado, de modo a estabelecer mecanismo de responsabilização dos membros da gestão e de incorporação de conteúdos participativo-societários nos consensos estabelecidos. O recurso à oralidade permite que os diferentes atores sociais a letra da lei para que, no interior de suas práticas cotidianas, estabeleçam consensos e negociações. Esse espaço de diálogo preconiza que formas de resolução de conflitos devam envolver uma atuação conjunta e integrada, de modo a estabelecer mecanismos permanentes e transparentes de diálogo institucional.³⁹

Perante tais considerações e diante da relevância e fertilidade do tema *amicus curiae*, o presente trabalho mostra-se necessário para compreender a deficiência legislativa ao dispor de um único diploma legal (artigo 138, do CPC/15) que regulamenta a matéria de forma expressa, para representar a diversidade de entendimentos que paira na sociedade, inclusive, perante os próprios julgadores.

³⁹ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação nº 31 de 30 de março de 2010. Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência a assistência à saúde. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/877>>. Acesso em março de 2021.

Nesse sentido, a atuação do *amicus curiae* possibilita que a solução judicial seja a mais justa possível, pois leva aos julgadores da decisão em trâmite perante o Poder Judiciário os sentimentos da sociedade civil e do Estado.

Medina apresenta a seguinte definição do sujeito processual *amicus curiae*:

[...] um terceiro que intervém em um processo, do qual não é parte, para oferecer à corte sua perspectiva acerca da questão constitucional controvertida, informações técnicas acerca de questões complexas cujo domínio ultrapasse o campo legal ou, ainda, defender os interesses dos grupos por ele representados, no caso de serem, direta ou indiretamente, afetados pela decisão a ser tomada.⁴⁰

O *amicus curiae* seria uma via de acesso⁴¹ da sociedade à construção do provimento judicial, decorrente do próprio desdobramento do Estado Democrático⁴² de Direito.

No tocante à expressão “*amicus curiae*” possui origem latina, tendo sido traduzida no direito brasileiro como “amigo da Corte”⁴³, uma vez que atua como auxiliar do juízo de forma voluntária ou por requisição do juiz, com escopo de fornecer informações de fato e de direito que ajudem no aprimoramento do julgamento da causa.

O interesse objetivo do *amicus curiae* ao trazer novos elementos ao processo é preservar a ordem constitucional vigente.

Segundo Fredie Didier:

[...] é o *amicus curiae* verdadeiro auxiliar do juiz. Trata-se de uma intervenção provocada pelo magistrado ou requerida pelo próprio *amicus curiae*, cujo objetivo é o de aprimorar ainda mais as decisões proferidas pelo Poder Judiciário. A sua participação consubstancia-se em apoio técnico ao magistrado.⁴⁴

Conforme lições de Cássio Scarpinella Bueno, o *amicus curiae*:

[...] tem tudo para fazer as vezes de um “fiscal da lei” [...]; de atuar como se ele fosse o portador (grifo do autor) dos diversos interesses existentes na sociedade civil e no próprio Estado, colidentes ou não entre si, e que, de alguma forma, tendem a ser atingidos, em grau variáveis, mas que não podem mais ser desconsiderados pelas decisões jurisdicionais.⁴⁵

⁴⁰ MEDINA, Damares. *Amicus curiae*: amigo da corte ou amigo da parte? São Paulo: Saraiva, 2010, p. 12 (Série: Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP).

⁴¹ Quando se utiliza a expressão acesso, quer-se dizer que o sistema deve ser igualmente acessível a todos e que ele deve produzir resultados que sejam social e individualmente justos. O Estado, portanto, preocupa-se também, e principalmente, com aqueles que não possuem condições para enfrentar os custos do processo.

⁴² Democratizar significa ampliar as condições de acesso.

⁴³ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro*: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2012, 3. ed., p. 46.

⁴⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. Bahia: JusPODIVM, 2008, 9. ed., v. 1, p. 379.

⁴⁵ BUENO, 2012, p. 37.

A função democrática do *amicus curiae* fica clara na leitura dos trechos acima transcritos. Tal instituto traz ao ambiente judiciário, valores dispersos na sociedade civil e no próprio Estado, que de uma forma mais ou menos intensa, serão afetados pelo que vier a ser decidido, pluralizando, legitimando, com a sua iniciativa (provocada ou espontânea) as decisões tomadas pelo Judiciário.

O artigo 138, do CPC/15, expressamente aponta quem poderia atuar como *amicus curiae*, permitindo a intervenção dos órgãos e entidades com alguma representatividade e especialidade técnica, além de pessoas físicas (pessoa natural) ou jurídicas, tais como associações civis, desde de que possuam credibilidade e tradição concernentes à matéria que se discute.

Tratando-se o *amicus curiae* de pessoa jurídica, merece destaque o Enunciado nº 127 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “A representatividade adequada exigida do *amicus curiae* não pressupõe a concordância unânime daqueles a quem representa”.

A representatividade que o *amicus curiae* deve possuir, tem que ser adequada, quer dizer, o terceiro interveniente deve ter um interesse institucional na causa, não sendo suficiente interesses meramente individuais ou corporativos. A representatividade é requisito subjetivo de ingresso do *amicus* no processo, pois deve ser aferida no caso concreto.⁴⁶

A falta de definição objetiva do requisito “representatividade adequada”, atribui caráter aberto da exigência legal. Nessa linha de raciocínio, Didier Jr. emprega uma definição bastante ampla para a representatividade adequada, qual seja: “o *amicus curiae* precisa ter algum vínculo com a questão litigiosa, de modo a que possa contribuir para a sua solução”.⁴⁷

A representatividade adequada trata-se da vinculação do pretense interveniente com a questão litigiosa, de sorte que no *amicus curiae* se repouse confiabilidade para nele ser enxergado um agente apto a um debate profícuo do tema pela sua fundada tradição e experiência no assunto e idoneidade para dar voz à vontade e à opinião do grupo que representa.

⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017, p. 281.

⁴⁷ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 590.

Portanto, para demonstrar representatividade adequada, incumbe ao interessado alegar que pode verdadeiramente contribuir com o Judiciário, amoldando-se ao instituto do *amicus curiae*.

Por interesse institucional entende-se a possibilidade concreta do terceiro em contribuir com a qualidade da decisão a ser proferida, considerando-se que o terceiro tem grande experiência na área à qual a matéria discutida pertence.

O *amicus curiae* não deve ser confundido com o perito, com o condutor de prova pericial ou com o tradutor, tanto é assim que sua forma de intervenção (manifestação escrita ou sustentação oral) pode ser decidida caso a caso, o que não ocorre, a título de exemplo, com a atuação do perito e a prova pericial, que devem se dar por procedimentos legais escritos (artigos 156 a 158 e 464 a 480, todos do CPC/15).

Pelo exposto, o *amicus curiae* deve ter o propósito de melhorar a qualidade da prestação da tutela jurisdicional e ser entendido como um representante dos diversos interesses dos cidadãos e dos setores da sociedade existentes “fora do processo”, mas que são afetados, em graus variáveis, pelo resultado da decisão em julgamento.

No direito brasileiro, o *amicus curiae* pode ser dividido em voluntário ou espontâneo ou ter sua participação requerida e requisitada pelo juízo, por entidades, órgãos, pessoas físicas, jurídicas, dentro dos processos, como um meio de debater (adequadamente) causas que ultrapassam o interesse das partes em defesa de interesses públicos e da sociedade.

A intervenção provocada se dá quando o órgão julgador ou juiz, de ofício ou a requerimento das partes, requisita a participação do *amicus curiae*, para atuar como auxiliar do juízo com o fornecimento de informações fáticas e de direito (conhecimento técnico, filosófico e científico), imprescindíveis para o julgamento da causa.

Ressaltando a questão do conhecimento técnico do *amicus curiae*, Humberto Theodoro Jr. explica que:

Não é ele propriamente parte no processo – pelo menos no sentido técnico de sujeito da lide objeto do processo –, mas, em razão de seu interesse jurídico (institucional) na solução do feito, ou por possuir conhecimento especial que contribuirá para o julgamento, é convocado a manifestar-se, ou se dispõe a atuar, como colaborador do juízo. Assim, sua participação é, na verdade, meramente opinativa a respeito da matéria objeto da demanda. Sua intervenção, de tal sorte, justifica-se como forma de aprimoramento da tutela jurisdicional.⁴⁸

⁴⁸ THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 57. ed. rev. etual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

A intervenção espontânea por sua vez, ocorre quando o próprio *amicus curiae* requer em juízo a sua manifestação nos autos para que assim apresente informações importantes para a elucidação e deliberação pelo magistrado ou tribunal.

Anote-se que, mesmo na intervenção provocada por intimação judicial, seja por determinação *ex officio* do juiz ou por requerimento da parte, ela não se mostrará compulsória ou obrigatória, pois o intimado poderá recusar a sua manifestação no processo.

O *amicus curiae* pode ser dividido também como governamental, quando tratar de pessoa ou órgão estatal, ou privado, quando tratar de um particular⁴⁹, que pode ser uma pessoa física de notório saber, uma empresa com atuação destacada na área do caso em julgamento, associações, um grupo organizado ou até mesmo organizações não governamentais, como por exemplo o IBDFAM. Destaque-se que o *amicus curiae* público não representa interesses do Governo.

2.1 Definição e natureza jurídica: formas de atuação e finalidades

Além das discussões já trazidas, seria o *amicus curiae* um mecanismo de assegurar a supremacia constitucional? Qual a sua natureza jurídica?

O advento do atual Código de Processo Civil gerou expectativas quanto à codificação do *amicus curiae*. A apreciação da natureza do instituto foi debatida por Fredie Didier Jr. que alegou que o *amicus curiae* é “terceiro que intervém no processo”.⁵⁰

Por outro lado, Daniel Amorim Neves, conquanto da égide do CPC⁵¹, defendeu que o *amicus curiae* seria uma intervenção típica de terceiro, visto que foi disciplinada entre as formas clássicas, com *nomem juris*.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, há uma tendência em não entender o *amicus curiae* como uma intervenção de terceiro, em razão do antigo Código de Processo Civil (CPC/1973)⁵² e do artigo 7º, da literalidade da Lei nº 9.868/1999⁵³ que veda a intervenção de terceiros no controle de constitucionalidade.

⁴⁹ BUENO, 2012, p. 520.

⁵⁰ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodivm. 2015. v. 1, p. 522.

⁵¹ NEVES, Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016 (versão eletrônica).

⁵² Tradicionais formas de intervenção: oposição, nomeação à autoria, denunciação da lide e chamamento ao processo (artigos 56 a 80, do CPC/1973).

Para Fredie Didier Jr., o status de intervenção de terceiro conferido pelo CPC/2015 ao *amicus curiae* faz com que, a partir de seu ingresso no processo, torne-se efetivamente parte, defendendo os interesses que patrocina, não se lhe aplicando as regras de suspeição e impedimento⁵⁴.

Talamini, por sua vez, entende que o *amicus curiae*, ao intervir no processo, não assume a qualidade de parte, pois sua intervenção se limitaria à prestação de subsídios para a decisão e não encontra lastro necessariamente no interesse de que uma das partes saia vitoriosa⁵⁵.

De todo modo, escolher um posicionamento da natureza jurídica do *amicus curiae* é questão infrutífera para o presente trabalho, pois no fim, o instituto tratado adentra no processo para trazer uma nova visão, estranha aos interesses ligados às partes em litígio, visão esta ligada aos grupos ou classes que representa.

Em suma, a partir do atual Código de Processo Civil, pode-se dizer que ao *amicus curiae* não lhe é conferido todos os encargos e faculdades atribuídas para as partes, mas o mesmo é um terceiro que contribui qualitativamente para a construção da decisão.⁵⁶

O *amicus curiae* representa uma parcela da sociedade e é detentor de notório conhecimento do caso concreto analisado. O *amicus curiae* visa dialogar com o juiz, de modo a ofertar-lhe minúcias desconhecidas ou conhecidas superficialmente do litígio.

Defende-se a ideia de que o instituto seria um mecanismo apto a aliviar as tensões advindas da sociedade democrática, caracterizada pelo direito de participação⁵⁷. Para tanto, existem ao menos três categorias de *amicus curiae*, a seguir apresentadas por Thais de Oliveira “[...] aqueles que se apresentam em resposta a um requerimento do juiz, aqueles cuja

⁵³ Art. 7º. Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade”.

⁵⁴ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 17ª ed. Rev. atual e ampl. Salvador: Jus Podivim, 2015, p. 524.

⁵⁵ TALAMINI, Daniel Coutinho; TALAMINI, Eduardo. Comentários ao art. 138. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie. TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 438-445.

⁵⁶ O ingresso do *amicus curiae* se dá por iniciativa própria, mas também por solicitação feita pelo relator ou julgador. Ou seja, esse “terceiro” interveniente, atuará em qualidade diversa das usualmente ocupadas pelos “terceiros intervenientes”.

⁵⁷ O direito de participação é um direito humano e fundamental e, portanto, um compromisso constitucional e público do Estado Democrático de Direito. O direito de participação representa um afastamento e uma superação do estado em que está depositado no Estado a centralidade, dando pouco importância às interpretações realizadas fora do âmbito institucional dos tribunais.

participação decorre do exercício de poder de polícia ⁵⁸, e aqueles que intervêm voluntariamente, em exercício a direito próprio de manifestação”. ⁵⁹

As categorias apresentadas não são estáticas, isto é, elas podem atuar concomitantemente em um mesmo processo judicial.

Para exemplificar as possibilidades jurídicas das participações fiscalizatória, faz-se menção ao artigo 49 da Lei nº 8.906/1994 ⁶⁰, que confere aos Presidentes dos Conselhos e das Subseções da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, a legitimidade extraprocessual e processual para agir em face das infringências da Lei.

Às pessoas mencionadas da sobredita Lei, também estão autorizadas a figurarem como assistentes em inquéritos e processos de pessoas inscritas na OAB.

Nas atuações do *amicus curiae* como agente fiscalizador, o mesmo exibe conhecimento técnico sobre a matéria objeto da ação.

Quando se trata da participação do *amicus curiae* na proteção de direito fundamental (assunto público), a possibilidade de interação depende do entendimento pessoal do relator do processo. Como constata Medina, existe um vazio (*gap*) na doutrina quanto aos desfechos da intervenção do *amicus curiae* nas categorias de comparecimento voluntário e a requerimento do magistrado. ⁶¹

Porém, aqui, defende-se que o *amicus curiae* tem a função precípua de guarda da Constituição, uma vez que quando da sua intervenção, há um aumento da legitimidade democrática.

2.2 Características: representatividade, discursividade, respeitabilidade e compromisso com a justiça

Os poderes e deveres do *amicus curiae* tem relação com o grau de interesse na defesa de direitos institucionais que justifique e motive a sua atuação. Assim, o *amicus curiae* pode intervir no processo para ofertar informações, depoimentos, pareceres, documentos,

⁵⁸ Categoria fiscalizatória.

⁵⁹ OLIVEIRA, Thaís de Bessa Gontijo de. O *amicus curiae* e o reconhecimento da possibilidade de uma atuação parcial. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Org.). **Anais do 5º Congresso de Constituição e Processo: hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Initia Via, 2013, p. 510.

⁶⁰ Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

⁶¹ Existe uma lacuna na doutrina nacional no tocante à eficácia do ingresso do *amicus curiae* e as possíveis consequências positivas e negativas do seu emprego.

experiências, artigos e memoriais, apresentar sustentação oral, manifestação em audiência, praticar atos de instrução, inclusive produzindo provas ⁶² ou interpor determinados recursos.

Todas as situações acima narradas podem ocorrer, se o *amicus curiae* não figurar como parte na causa, pois não pode estar titulando e defendendo interesse próprio, e sim *pro societate*, ou seja, sua atuação deve ocorrer de forma “desinteressada”, sem se vincular a uma das teses trazidas pelas partes.

Os poderes do *amicus curiae* devem ser dimensionados pelo órgão jurisdicional à luz do caso concreto (art. 138, § 2º). Esses poderes variarão conforme a necessidade de esclarecimento do Judiciário e conforme a possibilidade de subsídios a serem prestados pelo terceiro. Essas faculdades podem limitar-se à apresentação de memoriais ou informações, mas também podem envolver prerrogativas bem mais amplas, como a participação em prova pericial, o oferecimento de sustentação oral ou ainda o aporte de outras provas. ⁶³

O *amicus curiae* possui interesse público ⁶⁴, coletivo e social ⁶⁵, e não meramente jurídico, em razão de ir além da individualidade, com vistas não à favorecer alguma das partes, e sim à informar e esclarecer o juízo, com detalhes e interpretações peculiares e sob óticas diversas, consoante aos interesses e anseios do grupo de pessoas que representa.

Quer dizer, o *amicus curiae* não possui interesse na lide, ou ainda melhor dizendo, possui interesse indireto, porque a consequência de sua atuação acaba beneficiando o autor ou o réu. Seu interesse está na correta aplicação do direito a partir da sua contribuição nos autos.

⁶⁶

O Brasil, adota viés restritivo à intervenção do *amicus curiae*, no qual o seu ingresso nas lides está sujeito à análise de representatividade. A representatividade adequada, em conformidade com o que foi escrito acima, é a capacidade de contribuir no julgamento do processo, mediante aporte de informações para ajudar o juiz a julgar (corretamente) o mérito da pretensão.

Os critérios de representatividade não estão expressos na legislação brasileira, mas a análise das aptidões, reputação, fins institucionais, qualidades, campos de atuação, capacidade

⁶² BUENO, 2012, p. 566.

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Ed. RT, 2015. v. 2. p. 99.

⁶⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no Processo Civil Brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 340-343 e 478.

⁶⁵ DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. **Amicus curiae**: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2008, p. 112-114.

⁶⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no Processo Civil Brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 443-444.

técnica, seriedade, magnitude dos interesses representados, tempo de existência são de fundamental acuidade para apuração da atuação do *amicus curiae*.

O ministro Luiz Fux, pontuou que “a habilitação de entidades representativas se legitima sempre que restar efetivamente demonstrado o nexó entre as finalidades institucionais da entidade postulante e o objeto da ação direta”⁶⁷, pois assim se garantirá (pelo menos em tese), a qualidade da participação do interveniente.

Portanto, a base que assenta e justifica os poderes e deveres do *amicus curiae* reside no fato de que ele exercerá legitimamente o seu múnus se atuar como terceiro, fiscalizando a aplicação do direito material e fornecendo informações, orais ou escritas, relevantes⁶⁸ para o julgamento da causa e formação da convicção e cognição do magistrado. Por conseguinte, a intervenção do *amicus curiae* encontra-se limitada às questões que validaram sua admissibilidade.

Enfim, os poderes do *amicus curiae* geram muita polêmica. As polêmicas não foram enfrentadas diretamente pelo atual Código de Processo Civil, em particular ao que prevê o § 2º, do artigo 138, que diz que caberá ao juiz ou relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

Significa que compete ao juiz ou relator que deferir o pedido de intervenção, indicar desde já os poderes do *amicus curiae*, de forma a evitar discussões (protelatórias) posteriores no processo. E essa decisão, que pode tolher significativamente tais poderes, será definitiva, uma vez que o *amicus curiae* dela não poderá recorrer, haja vista vedação legal expressa, e as partes, embora tenham legitimidade para recorrer, não terão interesse recursal.

Afinal, o *amicus curiae* prima pelo aperfeiçoamento dos instrumentos necessários à efetivação do direito, haja vista que permite a participação de colaboradores na hermenêutica constitucional de um caso sujeito à exame. Melhor dizendo, possibilita que a sociedade, em determinadas causas de relevo nacional e grande repercussão, representada pela figura do *amicus curie*, traga ao processo *sub judice* informações salutares e relevantes e dados técnicos que julgar devido/pertinente.

⁶⁷ STF, MC na ADI 5.298/RJ, rel. Min. Luiz Fux, decisão monocrática publicada no DJe 20.04.2015.

⁶⁸ Os elementos e argumentos trazidos pelo *amicus curiae* não podem já estar contidos no processo, caso contrário, não há razão de ser a sua intervenção.

Muito mais do que tratar de questões eminentemente técnicas, a intervenção do *amicus curiae* busca orientar o magistrado ou a corte sobre o potencial efeito expansivo da decisão ou provimento, debater as consequências e desdobramentos sociais.

A proposta é de que o *amicus curiae* trave a vontade da maioria devidamente temperada por justificações racionais.

2.3 Similaridades com o direito fundamental à saúde: participação social, políticas públicas, justiciabilidade e consensualismo

Consoante restou debatido, o direito é objeto de dúvida quando se trata de verificar suas reais projeções. Quer dizer, o direito não corresponde à letra fria da lei, existem realidades e consequências jurídicas não previstas nos diplomas normativos e nos códigos. Para tais situações, aguarda-se a aplicação pelo órgão julgador, mediante interpretação das normas.

Como diz a famosa citação de Thomas Hobbes: “Todas as leis precisam de interpretação”.⁶⁹

O direito deve ser compreendido para além da norma do dever-se Kelseniano, o que redundaria num ato de vontade na sentença proferida pelo Juiz.

É nesse viés que surgem as políticas públicas, área multidisciplinar/interdisciplinar, que remetem mais ao dever fazer que ao dever-se de Kelsen, ou seja, as políticas públicas visam dar concretude e efetividade aos direitos fundamentais⁷⁰, em especial aos grupos de extrema ou grave vulnerabilidade.

A vulnerabilidade está situada como parte diferenciada e específica da desigualdade, sendo que entre os escopos da República Federativa do Brasil se encontra o objetivo constitucional de “superação das desigualdades” (nelas incluídas as vulnerabilidades). Desta meta, vertem-se as políticas públicas, instrumento substancial para imunização das falhas setoriais.

Lopes caracteriza a vulnerabilidade como o conjunto de aspectos individuais e coletivos relacionados ao grau e modo de exposição de determinado grupo a uma dada situação, capaz de afetar sobremaneira sua saúde e suas condições de vida, sem que haja

⁶⁹ HOBBS, Thomas. **Leviatã:** ou Matéria, Forma e Poder de uma República Eclesiástica e Civil. São Paulo: Martins Fontes, 2003, Parte 2, Capítulo XXVI, p. 234.

⁷⁰ Os direitos fundamentais devem ser efetivados, portanto, não podem sofrer retrocesso, apenas progresso.

acesso aos recursos adequados para se proteger das consequências indesejáveis daquela situação.⁷¹

Ou seja, para que grupos em situação de vulnerabilidade tenham seus direitos garantidos, especialmente o direito à saúde, é preciso que o Estado implemente políticas e preste serviços específicos, capazes de sanar a condição de vulnerabilidade, sem a qual não há êxito possível para a eficácia desse direito.

Não é fácil definir o que são as políticas públicas. Muitos autores se dedicam ao estudo das políticas públicas, principalmente aquelas ligadas diretamente com a concretização dos direitos fundamentais e sociais declinados na Constituição Federal de 1988, sendo importante, como primeira análise, verificar o seu conceito e finalidade.

Elenaldo Celso Teixeira, sobre o conceito de política pública diz que:

[...] são diretrizes, princípios norteadores de ação do poder público; regras e procedimentos para as relações entre poder público e sociedade, mediações entre atores da sociedade e do Estado. São, nesse caso, políticas explicitadas, sistematizadas ou formuladas em documentos (leis, programas, linhas de financiamentos) que orientam ações que normalmente envolvem aplicações de recursos públicos. As políticas públicas traduzem, no seu processo de elaboração e implantação e, sobretudo, em seus resultados, formas de exercício do poder político, envolvendo a distribuição e redistribuição de poder, o papel do conflito social nos processos de decisão, a repartição de custos e benefícios sociais. Como o poder é uma relação social que envolve vários atores com projetos e interesses diferenciados e até contraditórios, há necessidade de mediações sociais e institucionais, para que se possa obter um mínimo de consenso e, assim, as políticas públicas possam ser legitimadas e obter eficácia.⁷²

José Reinaldo Lima Lopes conceitua as políticas públicas, pela perspectiva jurídica, como conjunto heterogêneo de medidas que envolvem leis programáticas, por consequência, orçamento de despesas e receitas.⁷³

Em complemento aos conceitos trazidos pelos dois autores anteriores, Maria Paula Bucci ressalta que políticas públicas são programas de ação governamental que buscam a coordenação dos meios à disposição do Estado e as atividades privadas para realização de

⁷¹ LOPES, Fernanda. Experiências desiguais ao nascer, viver, adoecer e morrer: tópicos em saúde da população negra no Brasil. In: Seminário Nacional Saúde da População Negra. Brasília, 18 a 20 de agosto de 2004. **Anais. Brasília:** Ministério da Saúde e Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial; 2004. p. 47-83.

⁷² TEIXEIRA, Elenaldo Celso. **O papel das políticas públicas no desenvolvimento local e na transformação da realidade.** 2002. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/aatr2/a_pdf/03_aatr_pp_papel.pdf. Acesso em: 02 set. 2020, p. 2.

⁷³ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos subjetivos e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 134.

objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, se tratando de metas coletivas conscientes ⁷⁴.

Em apartada síntese e de maneira simplória as políticas públicas estão interligadas com o princípio jurídico da fraternidade ⁷⁵ e são ações que governos ou os estados ⁷⁶ definem a partir de um quadro conjuntural ou estrutural de forças (sociais).

As políticas públicas destinam-se a racionalizar a prestação coletiva do Estado, baseando-se, para tanto, nas principais necessidades da população, buscando promover a chamada justiça distributiva, inerente à própria natureza dos direitos sociais, representando assim a própria garantia destes direitos.

Sobre o papel das políticas públicas, Priscila Lini, assinala que, em uma sociedade de consumo, marcada pelas disparidades de acesso aos bens, o Estado deve agir para, no mínimo, atenuar as diferenças existentes entre os detentores dos meios de produção e daqueles que nem ao menos conseguem obter sua manutenção básica, com o fim de garantir a ordem social ⁷⁷. Desse modo, as políticas públicas devem garantir o atendimento das necessidades humanas básicas, servindo como instrumento de cidadania.

As políticas públicas são uma via de mão dupla para que se tenha uma análise mais humanística do direito: quando o Estado a implementa, ele pode empoderar grupos, como é o caso, por exemplo, das cotas raciais⁷⁸, da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), política tributária etc.

⁷⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

⁷⁵ A necessidade de concretização do direito fundamental à saúde baseado no princípio da fraternidade, resultada, em muitos casos, da necessidade de ir além do “direito individual para garantir o direito de todos”. Para Jaborandy e Marini, a “efetivação da justiça distributiva releva um dos objetivos do constitucionalismo fraterno”, o que está intrinsecamente relacionado com as prestações materiais indispensáveis para a satisfação do direito à saúde e a judicialização de políticas públicas.

Para que o princípio da fraternidade tenha validade e eficácia, o sistema jurídico há que respeitar as condições de coerência e integridade.

(JABORANDY, Clara Cardoso Machado; MARINI, Sandra Regina Marini, a (Des)judicialização da Política Pública de Saúde a partir do Princípio da Fraternidade. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, vol. 4/2018, jan-mar, p. 115-132. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, 2018, p. 1-13.)

⁷⁶ Política de Estado é diferente de política de governo. A política de estado transita entre os mandatos; é uma estratégia social duradoura; no Brasil vem impressa na própria CF/88 (enquanto viger a Constituição, as políticas de estado estarão vigentes). Já a política de governo está ancorada num mandato (mas pode acontecer de passar por outro mandato); portanto, é uma estratégia transitória, mas complementam as políticas de estado. Assim, a política de governo deve respeitar as políticas de estado e não o contrário.

⁷⁷ LINI, Priscila. Políticas públicas na fronteira trinacional: o desafio ao pleno exercício da cidadania. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 4, n. 1, 2014, p. 173-184.

⁷⁸ Há reserva de um número mínimo de vagas para grupos excluídos (pretos, pobres, oriundos de escolas públicas, etc.). Ainda com a reserva de vagas, há meritocracia na ação afirmativa, pois ainda existe competição entre os candidatos. As ações afirmativas são uma política compensatória e indicam a necessidade de uma conduta positiva (dever agir) do poder público.

O vasto catálogo de direitos fundamentais e sociais descritos no texto constitucional aponta para um constitucionalismo dirigente e pela necessidade de políticas públicas capazes de dar efetividade às normas constitucionais, destacando-se nesse trabalho, as políticas públicas para concretização do direito à saúde.

O Estado tem a máquina institucionalizada e é dotado de cogência, para garantir que a política pública será cumprida. Redimensionou-se, nas últimas décadas, o papel do Poder Judiciário, na medida em que se passou gradualmente a compreendê-lo como componente político relevante na consecução de políticas públicas.

Sem embargo, a sociedade civil também pode propor pautas de políticas públicas ⁷⁹. O operador do direito é a “ponte” entre a justiça em abstrato (o que é) e a justiça (o que deveria ser) em concreto (o que deveria ser) ⁸⁰, sendo a CF/88 o compromisso humanístico e axiológico mais forte a se buscar efetividade ⁸¹.

Outrossim, as políticas públicas, que a rigor são políticas de Estado e não de governo, estão intimamente ligadas com os deveres fundamentais ⁸². Os deveres fundamentais, por sua vez, estão interligados e encadeados aos direitos fundamentais (“efeito bumerangue”, para direitos fundamentais se põe deveres fundamentais e vice-versa).

A edição de uma lei voltada à instituição de uma política pública para a promoção de um determinado direito se apresenta como um ponto de partida indispensável, porém não basta a normatização para a concretização do direito, é preciso ir além, a política deve ser

De outra forma, as ações afirmativas são uma medida de correção (e não de superação) para o capitalismo, pois não querem uma igualdade de resultado e sim igualdade de largada (deseja-se que todos tenham a mesma oportunidade).

O foco da ação afirmativa é a inserção e a igualdade de oportunidade (princípio da igualdade material), para tentar neutralizar os efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física.

As ações afirmativas possuem como características: i) temporária (só duram enquanto existir o efeito de discriminação); ii) compensatória (compensam historicamente a população negra por todas as restrições oriundas da exclusão – diminui-se a entrada de brancos e aumenta-se a entrada de negros); e iii) preventiva (medida transformadora, pois coloca a pessoa na universidade e muda o lugar da mesma na sociedade e medida de reprodução, até que o racismo para de produzir o efeito discriminador).

A exclusão de não poder fruir de direitos de maneira razoada é sempre ilegítima, injusta e inconstitucional.

⁷⁹ Observação pertinente é que o fato de a sociedade civil promover política pública não desonera o Estado, pois este deve fazer e a sociedade civil pode fazer.

⁸⁰ O estudo da justiça e do que é justo, é fortemente estudado pela disciplina filosofia política.

⁸¹ O Direito por ser um sistema de normas que concilia imperatividade e exigibilidade, ao positivizar o direito fundamental e social à saúde, reivindica a sua efetivação, ainda que pela via judicial.

⁸² As políticas públicas nascem dentro da ciência política (ciência social), todavia, qualquer área pode guardar relação com a formulação, execução, e planejamento das mesmas.

O planejamento de uma política pública é uma relação que o governo guarda com o tempo, ou seja, como o governo se colocará no futuro (definição de setores estratégicos) a partir de um desenho do passado – projeção no tempo. O planejamento é feito para a sociedade. O capitalismo exige planejamento.

colocada em prática e se mostrar eficiente ao fim almejado. Desse modo, uma vez implantada a norma é preciso verificar se os resultados esperados estão sendo de fato produzidos e se as políticas públicas estão sendo eficientes.⁸³

As políticas públicas possuem como característica serem incrementais e possuem etapas de vida (etapas de concreção).

O ciclo de uma política pública é complexo, vai de seu nascimento, crescimento, reprodução até a sua morte, envolvendo, portanto, as fases: agenda⁸⁴, elaboração⁸⁵, formulação⁸⁶, implementação e execução⁸⁷, monitoramento⁸⁸ e avaliação⁸⁹. Essas fases/etapas nem sempre ocorrem de forma linear, pois pode acontecer de se alterar os critérios de criação e de organização de uma política pública, por infindos fatores, como, por exemplo, a intervenção judicial que pode atuar neste processo.

As políticas públicas podem ser universais ou focais (dirigidas a uma população específica)⁹⁰, em prol da coletividade.

As políticas públicas só funcionam a base de orçamento. O Estado, através de seus representantes, está obrigado às políticas públicas. Se de um lado todos tem o dever de pagar impostos, de outro o Estado tem o dever de distribuir esses impostos, especialmente para as políticas públicas. Isto significa que a norma de política pública tem caráter vinculante (Estado deve cumprir, mediante ações, para atendimento de algumas metas⁹¹) e para elas avancem em concretude e se institucionalizem, existem diversos instrumentos, tais como leis,

⁸³ BARCELLOS, Ana Paula de. Trinta anos da Constituição de 1988: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e novas questões. Revista dos Tribunais, v.996/2018, out., p.79-95. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, 2018, p. 3.

⁸⁴ Algumas pautas entram na agenda e outros não a partir de um processo aleatório.

⁸⁵ Na fase elaboração faz-se um diagnóstico de contexto diante do problema e um diagnóstico de intensidade, de amplitude e de tendência.

⁸⁶ A formulação é o momento da tomada de decisão de formação de uma agenda, em que será verificada uma prioridade pública que represente uma necessidade social. Representa a etapa de elaboração da política pública, com identificação e delimitação do problema que será tratado, além de determinar as escolhas das alternativas modais e a avaliação dos custos e efeitos. Tal fase apenas é encerrada quando a escolha da alternativa existente for formalizada por meio de uma norma jurídica. Essa fase é de competência do(a) gestor(a) e não do(a) elaborador(a).

⁸⁷ A implementação e a execução são as fases que envolvem a preparação da Administração Pública para executar a política pública elaborada e formulada. Logo, esta é a fase que envolve o planejamento e a organização do aparelho administrativo, englobando diversos fatores como: recursos financeiros, tecnológicos, humanos e materiais.

⁸⁸ O monitoramento é a fase de supervisão da política pública, que se dá através de utilização de indicadores variáveis, por exemplo, taxa de negritude. Logo, o monitoramento ocorre durante a vigência da política pública.

⁸⁹ A fase de avaliação se dá após o término da política pública.

⁹⁰ A melhor alternativa é uma política pública focal, pois não adianta uma política pública universal para se combater um problema específico.

⁹¹ Aqui destaca-se o princípio da solidariedade, inculcado no artigo 3º, da Constituição Federal de 1988.

decretos, atos normativos e contratos administrativos. Tais instrumentos podem redundar na questão da responsabilização (inclusive por omissões).

As políticas públicas estão intimamente ligadas à desigualdade. Desigualdade é diferente das diferenças.

A desigualdade, de maneira descomplicada, se dá quando um grupo se sobrepõe ao outro. De outra forma, na desigualdade um grupo se utiliza da diferença/assimetria para dominar.

Nesse viés, as políticas públicas devem se atentar também para a distribuição e redistribuição dos recursos disponíveis, além da dispensação de bens essenciais que não estão à disposição de maneira equânime para todos.

A este respeito, cabe a aplicação o princípio da proporcionalidade, que inculta que haja a ponderação de princípios para se atingir fins sociais, isto é, escolher a política pública que traga mais vantagens e menos prejuízos. Pelo princípio mencionado, reconhece-se ser possível a conciliação de interesses em razão das diferenças.

Existem diversos tipos de desigualdade, tais como: gênero, étnico-racial, do ciclo da vida (idoso), territorial (as regiões Norte e Nordeste tem desenvolvimento diferente no Brasil), de renda, de participação política, etc. Para tais desigualdades e para auxiliar na questão da judicialização da saúde, podem ser criadas (como já ocorreu), políticas públicas de saúde com incorporação de medicamentos mais judicializados, políticas públicas para prevenção e tratamento do HIV/AIDS e do tratamento para o câncer de mama e política para orientar o planejamento mediante a utilização da lista RENAME.

Há incontáveis causas de desigualdade sociais, por exemplo: concentração de renda, distribuição desigual do poder político, segregação de mulheres, negros, indígenas, homossexuais, travesti, transexuais, baixa proteção social (diminuição de políticas públicas de proteção do salário; direitos trabalhistas, assistência social, previdência), distribuição de serviços que geram qualidade de vida (saúde, educação, lazer e cultura), etc. Independentemente da causa, aqueles que são postos à margem devem se tornar uma questão a ser trabalhada em todas as esferas de Poderes do Estado, mediante políticas afirmativas de inclusão e políticas públicas.

Brevemente, as políticas públicas, norteadas pelo artigo 3º, da CF/88 (norma de eficácia limitada⁹²), devem estar casadas com o compromisso de combate às desigualdades sociais⁹³, grande desafio da globalização, do capitalismo e da internacionalização do direito. No Brasil, as desigualdades são múltiplas e correlacionadas.

A contradição de classes é inerente ao sistema capitalista⁹⁴ (precisa-se de alguém que detém o capital e alguém que trabalha para o capital), por isso a necessidade de políticas públicas para atenuar a sobreposição de diferenças.

Noutro norte, sabe-se, que as partes têm direito de participar democraticamente no processo de modo a influenciar decisivamente na solução jurisdicional a ser dada ao problema posto, que deve observar aspectos específicos, em especial as desigualdades, lesividades e necessidades peculiares de determinados grupos e/ou setores individualmente considerados, especialmente aos mais vulneráveis. Na época atual, tem-se conhecimento de que as vulnerabilidades são inumeradas.

A conclusão a que se chega é que, em um país com tamanha desigualdade social como o Brasil, não existem elementos concretos que possam efetivar todos os direitos fundamentais para todas as pessoas, embora haja uma contradição nesta argumentação, pois a erradicação total da desigualdade é um dos objetivos e fundamentos do Estado Democrático de Direito do país, de acordo com a Constituição Federal vigente.

Assim, no horizonte trazido no presente trabalho, o *amicus curiae* traduz-se em um mecanismo democrático à disposição da sociedade civil, inserido no processo (dentro das exigências do artigo 138, do CPC), que oportuniza a racionalização da suposta escassez⁹⁵ e má gestão / má distribuição dos recursos orçamentários e a pluralidade de vozes nos debates constitucionais (participação social).

⁹² Uma norma de eficácia limitada depende de uma atuação posterior (ato administrativo ou lei). Por outro lado, uma norma de eficácia plena traz todo o conteúdo normativo em seu diploma.

⁹³ Desigualdade social não é sinônimo de pobreza e de miséria.

A Comissão Econômica para a América Latina (CEPAL), entende a desigualdade social como uma assimetria na capacidade de apropriação dos recursos e ativos produtivos (renda, serviços, bens, etc.), que constituem ou geram bem-estar de diversos grupos. Adita-se que a desigualdade social é um obstáculo ao crescimento, à sustentabilidade e ao desenvolvimento.

(Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL). **A ineficiência da desigualdade**. Síntese (LC/SES.37/4), Santiago, 2018. Disponível em: <https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/43569/S1800303_pt.pdf>. Acesso em abril de 2021.)

⁹⁴ O capitalismo só existe porque tem diferenças de classes. Marcante enunciar o complemento de que no capitalismo só se é cidadão se se consome. Além disso, o fenômeno da judicialização está ocorrendo pois existe uma transformação do bem social em bem de consumo. Exemplificando, se não se tem acesso à saúde, busca-se o Poder Judiciário para dizer que se tem o direito subjetivo à saúde.

⁹⁵ Vide Emenda Constitucional nº 95/2016, que instituiu o novo Regime Fiscal que limita o total das despesas públicas primárias por 20 (vinte) anos.

A intenção constitucional de afastar do país o regime meramente representativo, no qual a soberania do povo é autônoma apenas para fazer-se representar, está bem clara nos diversos dispositivos da CF/88 (e no próprio artigo 138, do CPC), que legitimam espaços de participação e controle da sociedade sobre os atos dos governos e mitigam os plenos poderes concedidos às autoridades públicas por meio do sufrágio universal.

Pode-se assim dizer que o regime político nacional, definido como democrático de direito, conjuga elementos de representação política e da participação direta dos cidadãos nos assuntos do Estado ⁹⁶.

Por sua vez, o *amicus curiae* caracteriza-se pela justiciabilidade ⁹⁷, importante para a atuação das três funções de Estado (executiva, legislativa e judiciária), pois permite uma representação argumentativa da sociedade brasileira no processo com informações racionalizadas, tal representação vai além da representação político eleitoral. Então, o *amicus curiae*, não seria alguém despido de humanidade e descontextualizado.

Sobre essa abertura para uma representação argumentativa à sociedade (participação social), Häberle assevera que a Corte constitucional possui uma função de mediadora entre as diversas forças legitimadas no processo constitucional:

Colocado no tempo, o processo de interpretação constitucional é infinito, o constitucionalista é apenas um mediador. O resultado de sua interpretação está submetido à reserva da consistência, devendo ela, no caso singular, mostrar-se adequada e apta a fornecer justificativas diversas e variadas, ou, ainda, submeter-se a mudanças mediante alternativas racionais. O processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto. O raio de interpretação normativa amplia-se graças aos 'intérpretes da Constituição da sociedade aberta'. Eles são os participantes fundamentais no processo de 'trial and error', de descoberta e de obtenção do direito. A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a

⁹⁶ Participação e controle social não são termos sinônimos, mas são complementares.

A participação implica a postura ativa do cidadão na vida do Estado, por meio da sua interferência, individual ou coletivamente organizada, no processo de realização da função administrativa, implementada em favor de interesses da coletividade. Participar implica estar presente nos espaços de decisão acerca das políticas públicas e contribuir para a sua formulação, acompanhamento, avaliação e controle.

Por sua vez, controle social pode ser entendido como a atividade de fiscalização, vigilância, velamento dos atos dos agentes estatais na implementação das políticas públicas, realizada pelos cidadãos, de forma individual ou coletiva. Sua finalidade é verificar a conformidade, em relação às normas constitucionais, legais e infra legais; o mérito (conveniência, oportunidade); e/ou os resultados das atividades estatais.

Logo, participação e controle social são exercícios da soberania popular; desdobramentos do poder do povo, ao qual se refere a Constituição, em seu artigo 1º. Ambos implicam o exercício da atividade política pelo cidadão, em uma postura ativa de exercício dos deveres e direitos de sua cidadania.

⁹⁷ A justiciabilidade, se refere à exigibilidade que representa a possibilidade de acesso ao aparato jurisdicional para tutela daquilo que se reconheça como direito subjetivo do indivíduo”, já que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece que todos os direitos fundamentais podem ser exigíveis pela via judicial.

(LEITÃO, Andre Studart; SOUSA, Thiago Patrício de; SILVA, Alexandre Antonio Bruno da. A escolha do estado brasileiro pelo direito fundamental à saúde: o dever de financiar medicamentos de alto custo. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 1, 2018, p. 775.)

interpretação constitucional. A interpretação constitucional jurídica traduz (apenas) a pluralidade da esfera pública e da realidade, as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles. A teoria da interpretação tem a tendência de superestimar sempre o significado do texto.⁹⁸

2.4 *Amicus curiae* no direito constitucional brasileiro: função social

No Brasil, conforme explica Luis Roberto Barroso, “a partir de 1988 e, nos últimos anos, a Constituição passou a desfrutar, além da supremacia formal que sempre teve, também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade dos princípios”.⁹⁹

No modelo democrático de direito, não somente é possível como também necessário que a sociedade civil participe dos debates de interesse público. Aliás, uma das formas mais expressivas de efetivar a democracia¹⁰⁰, é através da participação popular, a fim de se alcançar um equilíbrio entre soberania popular e representação.

Para fins de delimitação do terreno investigativo, dentro da seara do direito público, será abordada a temática da participação social nas ações impugnativas constitucionais, com especial relevo para a figura do *amicus curiae*.

Já se sabe que o Judiciário é também um órgão que amplia e atua na manutenção dos direitos e garantias do Estado democrático de direito. Contudo, referida afirmação é contrastada com algumas objeções, como, por exemplo, a inserção de novos atores sociais no ambiente (supostamente) democrático.

Assim, questiona-se: a inserção do *amicus curiae* (agentes sociais) nas ações de dignidade constitucional contribui para uma interpretação constitucional plural e, conseqüentemente, para um processo decisório mais justo? De antemão, assinala-se que sim.

O *amicus curiae* intervém no processo de tomada de decisão, na medida em que colabora com o aumento/alargamento das alternativas e elementos interpretativos postos sob exame, na medida em que fornece subsídios a mais aos magistrados.

⁹⁸ HARBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Traduzido por: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 42.-43.

⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 35.

¹⁰⁰ Em uma democracia, o indivíduo não é súdito, mas cidadão, participante do governo cuja autoridade deriva do conjunto de indivíduos.

Chama-se atenção ao fato de o *amicus curiae* ser um instituto jurídico-político capaz de pluralizar os debates ¹⁰¹ e, conseqüentemente, equilibrar a relação de forças no exame das questões postas em juízo. Outrossim, através da abertura procedimental, há a inclusão de sujeitos excluídos da jurisdição constitucional.

O *amicus curiae* teria a função de ser um instrumento de participação social, capaz de reproduzir as características de uma sociedade real (que é fragmentária e conflituosa) no processo.

No direito constitucional brasileiro o *amicus curiae* tem a função social de afirmar ou infirmar determinada tese pré-existente na sociedade, a fim de quebrar o monopólio interpretativo estatal, corrigir eventual omissão ou equívoco do Poder Legislativo, além de proteger os direitos fundamentais (com destaque ao direito fundamental à saúde) e, à vista disso, garantir a preservação da própria Lei Maior. O resultado da participação do *amicus curiae* deve ter o escopo de atender aos interesses comuns.

A atuação do *amicus curiae* ultrapassa a simples finalidade cooperativa de subsidiar elementos materiais para a decisão processual, ele age com intuito de intervir pelo fortalecimento dos fundamentos (fáticos e jurídicos) e interpretações constitucionais no processo de tomada de decisão e busca concretizar o direito fundamental perseguido.

O *amicus curiae* contribui para o aperfeiçoamento e enriquecimento do processo, para se alcançar a justiça.

2.5 *Amicus curiae* segundo o Código de Processo Civil

Ao longo das últimas décadas, o Direito Processual Civil (DPC), vem desenvolvendo estudos e pesquisas com fito de identificar problemas e apontar possíveis soluções para a função jurisdicional. Nesta esteira já se tornou ordinária a identificação de três tipos diferentes de litigância, são elas: (i) litigância individual; (ii) litigância coletiva; e (iii) litigância preventiva (ou de massa).

¹⁰¹ “Se os argumentos trazidos pelas requerentes coincidem com aqueles veiculados na petição inicial, bem como nas manifestações das outras entidades que já figuram nos autos como *amici curiae*”, então “eventual admissão das requerentes como *amici curiae* não atingiria o objetivo de pluralizar o debate constitucional”, devendo-lhes ser vedada a possibilidade de participação.

(STF, ADPF 198/DF, rel. Min. Dias Toffoli, decisão monocrática publicada no DJe 20.08.2015. Em sentido análogo, vide a decisão monocrática proferida na MC na ADI 3.410/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 02.12.2005.)

Originariamente, as bases do DPC foram construídas tendo como objeto de estudo a litigância individual. Neste tipo de demanda levada ao Poder Judiciário, tem-se como ponto central, as características fáticas subjetivas e peculiaridades debatidas em cada caso concreto, fazendo com que cada ação seja distinta da outra, ainda que mesmo dentro de uma mesma área da ciência jurídica.

Com o passar dos anos (final dos anos setenta e início dos anos oitenta), foram surgindo as denominadas litigâncias coletiva e de massa. Nesta época, o modelo processual clássico não estava adequado para o enfrentamento desses litígios.

Analisando essas questões sob a ótica brasileira, Direrle Nunes assevera que:

O processo civil clássico foi idealizado para dimensionar conflitos privados e individuais (prioritariamente questões envolvendo a propriedade, relações contratuais família e sucessões): a denominada litigiosidade individual. No entanto, na atualidade, esta litigiosidade não se mostra como a mais preocupante para o sistema de aplicação de direitos em face do fato de que após a Constituição cidadã de 1988, a da assunção efetiva de garantias de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF/88) e do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/88), o processo se tornou uma garantia do cidadão para viabilizar a obtenção de direitos (fundamentais) e permitir que a litigiosidade coletiva e serial (repetitiva), especialmente a litigância de interesse público (PIL), fosse submetida ao Poder Judiciário.¹⁰²

A partir de meados dos anos oitenta do século passado, o legislador brasileiro passou a transmutar o ordenamento jurídico processual, com intento de fornecer instrumentos mais apropriado para as “litigâncias não clássicas” ou não individuais. A título de exemplo, pode-se apontar a Lei da Ação Civil Pública (LACP), Lei nº 7.347/1985, formulada com objetivo de possibilitar a discussão em juízo de direitos coletivos¹⁰³, permitindo que entes representativos legitimados indicados na lei utilizem procedimento judicial mais adequado para tais tipos de lide.

Nesse mesmo sentido, pode-se indicar também como exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/1990, que também regulamenta as ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos.

Nada obstante a capacidade técnica do legislador, há sempre que se buscar a adequada participação popular na formação dos provimentos que serão emitidos pelo órgão jurisdicional competente para julgar a demanda. Em sociedades plurais contemporâneas,

¹⁰² NUNES, Dierle. Processualismo Constitucional Democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. **Revista de Processo**. Vol. 199. Ano 36. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, set. 2011.

¹⁰³ O termo “direitos coletivos” está sempre empregado em sua concepção genérica, abarcando os direitos difusos, coletivos propriamente ditos e individuais homogêneos.

como a brasileira, é indispensável se pensar em meios cada vez mais efetivos de participação democrática em processos judiciais que envolvam litígios individuais, coletivos ¹⁰⁴ e/ou repetitivos.

O Código de Processo Civil atual, veio a lume em 18 de março de 2016, numa tentativa de adequar a prestação jurisdicional prestada pelo Estado aos diversos desafios da contemporaneidade. A figura processual do *amicus curiae* encaixa-se neste cenário de possíveis soluções para o déficit democrático apontado nos parágrafos anteriores e o CPC vigente parece reconhecer formalmente esta conclusão.

O novel Código de Processo Civil veio imbuído de criar um processo judicial mais democrático e com amplo contraditório – rompeu com o anterior paradigma individualista, alargando as possibilidades de participação do *amicus curiae*, como as ações de tutela à saúde.

Nos termos da exposição de motivos do anteprojeto que resultou no atual CPC, a intervenção do *amicus curiae* teria “aptidão de proporcionar ao juiz condições de proferir decisão mais próxima às reais necessidades das partes e mais rente à realidade do país”. Enfim, partiu-se da premissa de que não seria mais justificável restringir tal intervenção apenas ao âmbito dos procedimentos e fases processuais extremos: “todas as decisões devem ter a qualidade que possa proporcionar a presença do *amicus curiae*, não só a última delas”.

A figura jurídica do *amicus curiae* foi uma inovação na lei processual brasileira, pois, anteriormente, não existia de maneira expressa, incluída no CPC em sua Parte Geral ¹⁰⁵.

O regramento do artigo 138, do CPC, disciplina de maneira genérica sobre a possibilidade de intervenção do *amicus curiae*, franqueando o seu ingresso nos mais diversos processos, marcados pela discussão de uma matéria de significativo interesse social.

De fato, não se ajusta ao modelo democrático e participativo de processo que emana da Constituição Federal a criação de obstáculos à participação de terceiros em procedimentos judiciais na qualidade de *amicus curiae*, como era a tônica de tratamento dado pela jurisprudência antes do advento do atual Código.

¹⁰⁵ A regulamentação do *amicus curiae* na Parte Geral do CPC/2015 induz uma consequência prática de extrema importância, qual seja: por estar regulamentado na Parte Geral do Código, tal instituto pode ser aplicado a todos os procedimentos codificados, bem como todos os procedimentos extravagantes, desde que não haja vedação ou incompatibilidade expressa.

Considera-se que o comando do artigo 138 do Código de Processo Civil faz um convite para que haja uma “constitucionalização do direito processual”¹⁰⁶, pois o *amicus curiae*, pessoa natural ou jurídica, ingressa em dado momento do processo (por imperativo de lei, por iniciativa própria do órgão julgador ou das partes), com a finalidade de defender um interesse institucional em juízo de repercussão social. Ao defender esse interesse, o *amicus curiae* amplia os horizontes da discussão processual, enriquecendo-a com informações, pontos ou dados que dispõe.

Nas palavras de Medina:

[...] a intervenção do *amicus curiae* vem ao encontro da ideia do status *activus processualis*: as partes têm direito de participar democraticamente do processo, de modo a poder influir decisivamente na criação da solução jurisdicional a ser dada ao problema.¹⁰⁷

Reforça a tese acima, o disposto no artigo 1º, do CPC: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.¹⁰⁸ Assim, a atuação do *amicus curiae*, visa ser útil para a atividade hermenêutica.

Outra questão acerca do *amicus curiae*, diz respeito à sua terminologia. Antes do advento do atual Código de Processo Civil, os textos normativos valiam-se de outras expressões para não utilizar da enunciação da expressão latina.

Até a chegada do CPC/2015, utilizava-se termos gerais ou específicos (CVM, CADE, etc.) ou entidades privadas para se referir ao *amicus curiae*, salvo a exceção contida no artigo 23 da Resolução nº 390/2004 do Conselho da justiça Federal,¹⁰⁹ a qual dispõe sobre

¹⁰⁶ Todo o sistema jurídico deve ser lido à luz da Constituição Federal de 1988 e a participação social potencializa a interpretação constitucional.

¹⁰⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. Direito processual civil moderno. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 230.

¹⁰⁸ BRASIL. Lei nº 13.105 de março de 2015. Instituiu o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em julho de 2020.

O processo tem por finalidade a execução dos dogmas previstos na Constituição, a fim de concretizar o Estado Democrático de Direito. É nesse interím que o *amicus curiae* atende a uma instrumentalidade em que o processo passa a ter participação direta da sociedade, mormente na seara dos direitos fundamentais, que demandam um vasto debate e movem diversificados interesses institucionais.

¹⁰⁹ Art. 23. As partes poderão apresentar memoriais e fazer sustentação oral por dez minutos, prorrogáveis por até mais dez, a critério do presidente.

§ 1º O mesmo se permite a eventuais interessados, a entidades de classe, associações, organizações não governamentais, etc., na função de “*amicus curiae*”, cabendo ao presidente decidir sobre o tempo de sustentação oral”.

o Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, que estampa referida nomenclatura.

A tônica do Código de Processo Civil com a participação interveniente do *amicus curiae* foi de favorecer a hermenêutica da norma aplicável e contribuir para a formação da *decisisum*.

A participação do *amicus curiae* é essencial para suprir aquilo que não foi dito ou trazido pelas partes. Consequentemente, o *amicus* representa um potente mecanismo de democratização do contraditório ¹¹⁰ e do próprio processo.

Nas palavras de Cássio Scarpinella Bueno, o *amicus curiae* trata-se de:

[...] verdadeira regra de balanceamento mais que justificável e oportuno para uma nova lei, que pretende ser verdadeiro marco de transição para uma nova forma de pensar o direito (o direito como um todo, vale a ressalva; não apenas o direito processual civil). ¹¹¹

A atuação do *amicus*, pois, aprimora a dialeticidade e amplia os horizontes de percepção do problema posto em juízo. Esse enfoque da questão está afinado com a finalidade mesma do instituto, marcada por características democráticas e hermenêuticas.

A previsão do artigo 138, do CPC/2015, portanto, representa um avanço em termo de harmonização do sistema processual com ideias härbelianas que serviram de suporte ao desenvolvimento da figura do *amicus curiae* no direito brasileiro, na medida em que estabelece a admissão da participação de terceiros, ainda que sem interesse jurídico imediato ¹¹², em feitos individuais, coletivos e/ou repetitivos dos quais possam emanar normas individualizadas que lhes tangenciem de alguma forma a sua esfera de interesses ou de sujeitos com quem mantenham algum vínculo.

2.6 Democracia e Estado Democrático de Direito: *amicus curiae* como instrumento de participação democrática

¹¹⁰ Por meio da intervenção do *amicus curiae* há uma melhor paridade de armas entre as partes (por meio do oferecimento de informações complementares), o que poderá impedir desequilíbrios e distorções no julgamento (se essas informações forem levadas em consideração pelo magistrado).

¹¹¹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no Projeto do novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242885/000923086.pdf?sequence=1>. Acesso em julho de 2020.

¹¹² Embora não se exija interesse jurídico para admissão do terceiro na qualidade de *amicus curiae* – já que tal circunstância tornaria mais adequada a intervenção na qualidade de assistente –, nada obsta que uma decisão judicial tenha o potencial para tangenciar um direito seu, sobretudo diante do redimensionamento que o atual CPC empresa ao fenômeno da coisa julgada. A solução de litígios transcende a esfera de interesses de um único indivíduo.

O Estado Democrático de Direito¹¹³ é aquele que contém três pontos cruciais, a saber: a supremacia da vontade popular; a preservação da liberdade e a igualdade de direitos.

Segundo Dallari:

A supremacia da vontade popular, que colocou o problema da participação popular no governo, suscitando acesas controvérsias e dando margem às mais variadas experiências, tanto no tocante à representatividade, quanto à extensão do direito de sufrágio e aos sistemas eleitorais e partidários;

A preservação da liberdade, entendida sobretudo como o poder de fazer tudo o que não incomodasse o próximo e como o poder de dispor de sua pessoa e de seus bens, sem qualquer interferência do Estado;

A igualdade de direitos, entendida como a proibição de distinções no gozo de direitos, sobretudo por motivos econômicos ou de discriminação entre classes sociais.¹¹⁴

Corroborando com este entendimento Keinert, para quem o Brasil se constitui Estado Democrático de Direito por reger-se por normas democráticas e respeitar os direitos e garantias fundamentais, sendo ainda um “país constitucionalista”, por apresentar em sua constituição a organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais.¹¹⁵

Também é válido trazer os ensinamentos de Abreu:

A configuração do Estado Democrático de Direito, de outro lado, não se limita apenas a fundir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. É um novo conceito que supera os seus elementos constitutivos, na medida em que incorpora um componente revolucionário, transformados do status quo. Daí a importância do artigo 1º da Constituição Federal, quando proclama que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado democrático de direito. Aqui, o ‘democrático’ qualifica o Estado, irradiando ‘os valores da democracia sobre os elementos constitutivos do Estado e, pois, também sobre a ordem jurídica.’¹¹⁶

Complementa Moraes que o Estado Democrático de Direito¹¹⁷ é assim denominado por reger-se por normas democráticas, com eleições livres e periódicas realizadas pelo povo, pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais.¹¹⁸

¹¹³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30 ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 150.

¹¹⁴ O Estado Democrático de Direito tem a sua estrutura baseada em uma ordem de domínio legitimada pelo povo, em que o poder deve ser exercido em termos democráticos e o poder político deriva do poder dos cidadãos, caracterizando, assim, o princípio da soberania popular (um dos pilares do Estado Constitucional).

¹¹⁵ KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo. Direitos Fundamentais, Direito à Saúde e Papel do Executivo, Legislativo e Judiciário: fundamentos de direito constitucional e administrativo. In: KEINERT, T. M. M.; PAULA, S. H. B. et al., (Org.). **As Ações Judiciais no SUS e sua Promoção do Direito à Saúde**. São Paulo: Instituto de Saúde, p. 87-108, 2009.

¹¹⁶ ABREU, Pedro Manoel. **Coleção Ensaios de Processo Civil**, vol. 3, Processo e Democracia. LAMY, E. A.; ABREU, P. M. (Coord.). São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 127.

¹¹⁷ O Estado de Direito possui como elementos: i) todos, inclusive o Poder Público, deve se submeter e obedecer a lei; ii) a lei deve ser capaz de guiar a conduta de todos, portanto, deve ser razoável, geral, clara e estável; e iii) o Judiciário deve ser independente, com acesso facilitado, especialmente aos mais necessitados, para assegurar o

O Estado Democrático de Direito ¹¹⁹ deve ser capaz de articular valores e interesses humanos concretos (nem sempre acessíveis no gabinete do juiz), em que a participação social deve ser considerada, levando-se em conta a pluralidade de ideias. A dinâmica da democracia não depende de a população estar permanentemente engajada em todas as questões pública (isso seria inviável), ou seja, a apresentação de informações e razões, a participação, podem mobilizar, em cada momento, diferentes grupos, isso sim é importante para fomentar a democracia.

Na sistemática do Estado Democrático de Direito, compete ao Estado o dever de suprir as carências indispensáveis dos hipossuficientes, garantindo a fruição de direitos de modo mais equânime quanto possível entre os cidadãos, motivo que eleva a necessidade de políticas públicas de saúde, que visam garantir a tutela da pessoa e a vida humana, diretrizes fundantes da própria ideia de sociedade.

Desse modo, tem-se que o Estado Democrático de Direito tem no constitucionalismo a sua maior fonte positivada do sistema jurídico nacional, além da maior fonte norteadora de ações e atividades administrativas do próprio Estado. O Estado Democrático de direito deve obedecer ao princípio democrático ¹²⁰ instituído no artigo 1º da Constituição ¹²¹.

Neste sentido, as ações governamentais que visam desenvolver as políticas públicas ¹²² e as ações administrativas de execução, devem ter como prioridade o cumprimento dos direitos fundamentais, com destaque para o direito fundamental à saúde. O cumprimento dos direitos fundamentais é uma obrigação estatal, e, portanto, indispensável para sua legitimação.

Uma vez assentado no texto constitucional, não é suficiente que o Estado admita apenas a existência teórica do direito à saúde, é necessário disponibilizar condições para que o cidadão possa exigí-lo, mediante recursos suficientes para seu pleno (e não parcial) funcionamento.

cumprimento da lei. Por consequência, o Estado deve atuar de maneira a atender as exigências da generalidade, igualdade, não discriminação, compreensibilidade por parte dos destinatários e estabilidade.

O Estado de Direito veda que as normas jurídicas sejam sem sentido, ilógicas ou incompreensíveis.

¹¹⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21 ed.; São Paulo: Atlas, 2007.

¹¹⁹ A democracia demanda uma expansão permanente, tanto quanto possível, dos participantes na tomada de decisão, de forma a respeitar o pluralismo.

¹²⁰ O princípio democrático é um princípio normativo multiforme e pluridimensional, pois possui como elementos: órgãos representativos, eleições periódicas, separação dos poderes, pluralismo partidário, dentre outros aspectos.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital *apud* MORAES, Alexandre de. In: MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 17.

¹²¹ O artigo 1, caput, da CF/88, representa um princípio federativo do Brasil.

¹²² Conjunto de atos e ações do Poder Público (de relevância pública) que garantam o direito à saúde a todos, atribuindo sua execução aos órgãos estatais competentes.

O direito à saúde, positivado na Constituição, constitui um direito de todos e dever do Estado, não obstante, neste direito fundamental, encontram-se os maiores exemplos de descumprimentos e abusos cometidos pelo Estado.

É responsabilidade do Estado e de todos os cidadãos encontrarem (todas as) medidas possíveis, tecnicamente sustentáveis e eficazes para que o direito à saúde seja garantido e reflexos nefastos sejam minimizados. O Estado age por meio da lei e do Direito, logo, seus atos não podem ser obscuros, ilógicos, incompreensíveis, discriminatórios ou abusivos.

O Direito é reflexo dos fatos vividos pelos grupos sociais em determinada época e lugar ¹²³. Em outros termos, a democracia brasileira deve estabelecer diálogos entre as realidades jurídicas e as realidades sociais ¹²⁴, para que haja coerência, complementariedade e adaptação do direito a ser perseguido.

Neste aspecto, os fatos precisam chegar ao conhecimento do julgador de forma aberta e democrática, para que a prestação jurisdicional atinja seu escopo, qual seja: pacificação dos conflitos de forma comprometida e democrática e, assim, expresse a verdadeira vontade popular.

A democracia ¹²⁵ é um direito político que legitima a cidadania e a soberania popular. É por meio deste poder que emana do povo, que os cidadãos podem escolher, através do voto universal, periódico, direto e secreto, aqueles que irão representá-los no Poder Executivo ¹²⁶ e no Poder Legislativo ¹²⁷. Há outros mecanismos que legitimam o exercício da democracia, tais como o plebiscito, veto popular, iniciativa e recall. Assim, o fundamento da representação política se justifica pelo procedimento eleitoral definido na Constituição cidadã de 1988 e nas leis.

Por óbvio, a democracia não se resume apenas às eleições, que reflete seu aspecto público, ligado à cidadania, mas também a articulação às liberdades e igualdades voltada à garantia de participação.

¹²³ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porto espinho: justiça e valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 491-494.

¹²⁴ Os membros do Poder Judiciário representam uma elite intelectual, não raras vezes, afastada da realidade da ampla maioria da população brasileira. Desse modo, o *amicus curiae* surge num contexto para ampliar a legitimidade das decisões judiciais.

¹²⁵ No Estado Democrático, há adoção do ser humano no centro em relação ao Estado, isto é, o Estado existe para servir o homem e não o homem para servir o Estado. Por tal razão, a democracia necessariamente está relacionada ao respeito, à proteção e promoção dos direitos fundamentais.

¹²⁶ Ao Poder Executivo incumbe administrar os meios de produção estatais, de modo a prover os serviços públicos essenciais previstos no arcabouço jurídico.

¹²⁷ Diversamente do Executivo e do Legislativo, os membros do poder Judiciário são recrutados, como regra geral, por critérios técnicos e não eletivos.

Sérgio Alves Gomes enfatiza que a ideia contemporânea de democracia exige também como principais requisitos: i) a liberdade de pensamento e de expressão; ii) a consciência das dimensões individual e social pelos cidadãos; iii) práticas garantidas do livre debate; iv) a maior participação possível daqueles que serão atingidos pelas decisões; v) a consciência e vontade dos mandatários políticos de empregar o poder em benefício da coletividade; vi) a alternância no poder; vii) equilíbrio entre poder político, jurídico e econômico e o indivíduo (como uma variante da igualdade material); viii) respeito à pluralidade de concepções ideológicas, religiosas, políticas e filosóficas (como expressões da liberdade de expressão e manifestação); ix) busca da supressão das desigualdades materiais, pobreza (também decorrente da busca da igualdade material), etc.¹²⁸

Portanto, o regime democrático brasileiro não pode ser visto sob uma ótica reducionista de um regime político estabelecido para a escolha de representantes do Executivo e do Parlamento. A democracia deve ser entendida como um regime político caracterizado pelo exercício do poder sobre a base da efetiva participação do povo soberano nas decisões políticas, tendo em vista a liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana¹²⁹, etc.

A soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, a livre iniciativa e o pluralismo político e jurídico¹³⁰ são fundamentos da República Federativa do Brasil¹³¹. Não basta a presença de um ou alguns destes ideais em um regime de governo para qualifica-lo como democrático, há necessidade de respeito a todos os requisitos (por isso a democracia não se contenta apenas com o direito de eleger representantes).

¹²⁸ GOMES, Alves Sérgio. **Hermenêutica jurídica e Constituição no Estado de Direito Democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 17-18.

¹²⁹ A dignidade da pessoa humana está prevista de maneira expressa no artigo 1º, inciso III, da Carta Constitucional e no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que dispõe que: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (1948), denotando a sua proteção não só do ponto de vista nacional, mas também no âmbito internacional.

¹³⁰ A sociedade pós-moderna vive num momento de pluralismo jurídico (muitas legislações). Isso implica dizer que, muitas normas levam a possibilidade de conflito ou antinomia. A antinomia, diferentemente da lacuna (falta de legislação), retira insegurança jurídica, uma vez que há conflito de coerência. Em razão do conflito de coerência, foram criados os critérios *superioridade*, *especialidade* e *temporalidade*.

A superioridade é um critério de validade, a lei no aspecto dinâmico – uma norma inferior tem que estar de acordo com a norma imediatamente superior.

A especialidade é critério de democracia, é a igualdade distributiva – uma lei específica é feita para determinado seguimento, como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, a temporalidade é critério baseado nos valores que a sociedade escolhe (os valores sociais mudam a sociedade). Os valores mudam, isto é, a lei nova entende novos valores e anula os valores antigos (norma velha versus norma nova).

¹³¹ A forma de governo Republicana caracteriza-se pela eletividade, periodicidade dos mandatos e responsabilidade política. Todas essas características decorrem de um pressuposto básico qual seja: a igualdade e a dignidade de todos os indivíduos (todos são iguais e igualmente dignos).

A cidadania: representa um status e apresenta-se simultaneamente como objeto e um direito fundamental das pessoas.

A dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerentes às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.¹³²

O Brasil identifica-se por uma democracia indireta, também denominada de democracia representativa, isto é, o povo governa por meio de seus representantes eleitos por ele, que tomam em seu nome e no seu interesse as decisões políticas.¹³³ Em outros termos: o povo concede através do mandato à alguns cidadãos, condições de representantes, para que estes externem a vontade popular/anseios sociais (bem comum).

Como dito, a democracia não se baseia apenas em eleições, pois os governantes não devem se preocupar apenas com seus eleitores, mas também com a grande massa de não eleitores presentes na sociedade, correspondente àqueles que não participaram do processo eletivo (crianças, pessoas de extrema vulnerabilidade social¹³⁴, aqueles que não possuem título de eleitor, os idosos acima de setenta anos que optaram por não votar, etc.).

Para que a democracia se efetive, é necessário a existência de um Estado Democrático de Direito, com princípios, direitos e deveres condizentes com a garantia do poder soberano do povo. Um governo realmente democrático jamais deve se apegar exclusivamente aos interesses de uma maioria, marginalizando a minoria, isso não coaduna com os ideais republicanos da contemporaneidade.

A democracia deve, a partir de uma análise transdisciplinar dos fenômenos sociais, representar todas as classes sociais, garantir igualdade de direitos, possibilitar que a sociedade conviva de forma livre, solidária e justa, permitir a participação do povo na formação do

¹³² MORAES, A. **Direito Constitucional**. 21 ed.; São Paulo: Atlas, 2007, p. 16.

¹³³ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do estado e da constituição**. Direito constitucional positivo. Belo Horizonte. Del Rey, 2009, 15 ed, p. 215.

¹³⁴ A vulnerabilidade social é o paradoxo da sociedade brasileira, pois tem que absorver e vivenciar os paradigmas da igualdade política, da participação e do controle social, e superar os traços culturais de apatia e submissão/apatia política, que caracterizam grande parte da população, em um cenário fortemente marcado pela complexidade de escassez e disputas por recursos. Aliás, a imensa massa de pessoas, dentro de um país desigual como o Brasil, sequer tem acesso à atenção básica.

governo, respeitar a pluralidade de ideias, culturas, etnias, e permitir o debate ¹³⁵ e participação da sociedade ¹³⁶ pluralista nas questões de interesse público ¹³⁷, enfim, garantir que cada um possa desenvolver (plenamente) seu projeto de vida boa.

Ensina Kildare Gonçalves que “A democracia pressupõe que a vontade popular se manifeste nas suas diversas opiniões, de modo que possa predominar a vontade da maioria, preservando-se, contudo, a manifestação das minorias”. ¹³⁸

O artigo 1º da Constituição Federal ¹³⁹ confirma as garantias democráticas supracitadas.

Noutro giro, no que tange aos mecanismos para garantir que a democracia participativa se efetive, a própria Constituição cria instrumentos para que os cidadãos possam debater questões polêmicas, expressando as mais diversas opiniões presentes nas distintas classes e grupos sociais da sociedade moderna e complexa. Esses mecanismos são, por exemplo, a iniciativa popular, plebiscito, ação popular, referendo.

De forma sucinta, todos os mecanismos mencionados têm por finalidade a participação dos cidadãos no debate de questões públicas relevantes, bem como o controle e fiscalização dos atos praticados pelo Poder Público, garantindo, assim, a vigência dos princípios e garantias do Estado Democrático de Direito ou, ao menos, uma prestação jurisdicional satisfatória.

¹³⁵ A Constituição brasileira indica a necessidade de serem criados espaços de discussão para apresentação de razões, contrarrazões, argumentos e críticas de grupos específicos para concretizar a participação da sociedade no processo de desenvolvimento da democracia.

¹³⁶ A sociedade democrática, é a maior interessada na materialização e concretização de direitos, afinal, é a destinatária da norma.

¹³⁷ Vivemos em uma sociedade pós-moderna e, portanto, em construção. Assim, deve-se trabalhar com a ideia de “interesse público fundamental”. Quer dizer, se se tem direitos fundamentais, deveres fundamentais, garantias fundamentais e bens fundamentais, deve-se ter interesse público fundamental.

O interesse público atual é incompleto, está em construção, pois a pós-modernidade é caracterizada por muitos saberes, tecnicismo, overlapping de normas (inflação normativa) e construção do direito reflexivo (ruptura do modelo da exclusividade do parlamento).

Na pós-modernidade, a lei pode ser feita pelo parlamento, mas passa a ser construída também pelos diversos atores sociais (novos sujeitos: idosos, mulheres, crianças, consumidores, entre outros), ou seja, a sociedade também legisla, o que ocasiona o hiper-inflacionamento das normas e dispositivos. Por exemplo, as concepções de conduta, não deixam de ser normas de agir.

¹³⁸ Ibid., p. 225

¹³⁹ Art. 1º CF/88. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo [soberania popular = democracia representativa], que o exerce por meio de representantes eleitos [soberania nacional = democracia representativa] ou diretamente, nos termos desta Constituição.

É neste cenário que se pode abarcar o instituto do *amicus curiae*, instrumento capaz de incluir os cidadãos no processo de interpretação constitucional e processual, possibilitando uma pluralização do debate com a consequente legitimação das decisões proferidas pelo Poder Judiciário ¹⁴⁰. Salienta Ney de Barros:

[...] não é possível a direta interpretação e modificação constitucionais por todos os cidadãos de uma nação no momento de sua aplicação pelos poderes públicos. É obrigatória a existência de um corpo de agentes que, por delegação ou representação, atuem como legítimos intérpretes da vontade e do interesse do povo.¹⁴¹

Em meios aos intérpretes possíveis, o *amicus curiae* é uma possibilidade, capaz de valorizar a participação social, notadamente de demandas de inquestionável importância, como é o caso das causas com implicações na saúde.

O reforço à democracia se faz a partir da oportunidade de participação do cidadão ¹⁴², que se faz sentir tanto na construção da norma jurídica, quanto na possibilidade de o cidadão acionar o Estado para garantir o direito ao qual faz jus. A busca pelo Poder Judiciário, com intuito de satisfazer as mais variadas prestações sociais garantidas constitucionalmente é um verdadeiro exercício de democracia, que deve ser realizado com cautela.

A democracia não se compadece com uma compreensão estática, e sim dinâmica e diversificada, inerente à uma sociedade aberta ¹⁴³.

O amigo da Corte é instrumento que viabiliza discussão de questões de interesse público e geral e de solução dos conflitos ideológicos e ideias divergentes existentes dentro de uma sociedade plural ¹⁴⁴, fruto da democracia. O *amicus curiae* contribui positivamente para o aumento das alternativas interpretativas do processo, promovendo, então, a pluralização da jurisdição constitucional e uma aproximação da sociedade ao Estado.

Embora possa haver consenso sobre determinados assuntos, o dissenso é mais comum e frequente nas sociedades plurais (respeito à diversidade e a liberdade). Consistente a

¹⁴⁰ Decisões judiciais são proferidas todos os dias, para defender as normas, com ênfase para os direitos fundamentais, de ações ilegais de agentes privados e do próprio Estado. Quando a violação de uma norma ocorre por parte do Poder Executivo ou do Poder judiciário há uma tensão entre jurisdições constitucionais.

¹⁴¹ BELLO FILHO, Ney de Barros. **Sistema constitucional aberto**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 216.

¹⁴² HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003, p. 159.

¹⁴³ A evolução da sociedade tem levado temas novos ao Poder Judiciário, nunca antes enfrentados. Aborto, políticas públicas no sistema carcerário, dentre outros assuntos (complexos), foram debatidas nas Cortes. Tais questões, trazem ao julgador a ânsia de colher informações de outras fontes além daquelas prestadas pelas partes, a fim de que a decisão verdadeiramente reflita o contexto em que a sociedade está inserida.

¹⁴⁴ Uma sociedade plural necessita de representatividades plurais, como o *amicus curiae*, que viabiliza outras vozes, outros olhares, outros horizontes e outros valores (dispersos na sociedade).

premissa que defende que as decisões terão de ser tomadas após o debate entre as diferentes visões, para se construir a uma solução negociada entre as partes.

O constitucionalismo contemporâneo almeja o direito de participação dos cidadãos, mediante imposição de alguns limites (filtros) ¹⁴⁵ para o exercício da interpretação constitucional compartilhada, nas decisões políticas e judiciais, para assim, garantir a igualdade que o Estado Democrático de Direito preconiza. ¹⁴⁶

Nesse sentido, há de se repensar sobre a atuação da sociedade contemporânea (marcada pela presença de uma diversidade de grupos sociais, com diferentes projetos, interesses e ideologias) e sobre a “redistribuição de lugares” dos expectadores e protagonistas do corpo coletivo ¹⁴⁷. Em rigor, a liberdade dos muitos expectadores não coincide com a dos poucos protagonistas, por isso da redistribuição de lugares, a fim de diminuir o distanciamento entre os representantes e representados (diretriz do Estado democrático de direito).

Os agentes estatais têm a missão de remover os obstáculos para que os indivíduos ou grupos de indivíduos, integrem e interajam de maneira cada vez mais real e eficaz com o processo decisório.

Ao que tudo indica, o *amicus curiae* é uma forma de participação processual, pois atua em processos como auxiliar do juízo por meio da requisição deste ou de forma voluntária, em ações de grande interesse público, em especial nas ações de garantia constitucional.

¹⁴⁵ O limite à atividade interpretativa plural está na verificação da capacidade técnica ou funcional do agente. Desse modo, a interpretação constitucional sempre estará atrelada às circunstâncias da matéria examinada. O que quer dizer que, todos podem participar da interpretação constitucional, mas nem todos devem participar.

¹⁴⁶ Importante dizer que os conceitos de democracia e constitucionalismo não se confundem.

Barroso ensina que: “Constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei (Estado de Direito), e Democracia, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria. Entre constitucionalismo e democracia podem surgir, eventualmente, pontos de tensão: a vontade da maioria pode ter de estancar diante de determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da Constituição”.

O Constitucionalismo se refere aos direitos fundamentais. Quando a maioria política fere os direitos fundamentais, cabe aos juízes e tribunais agir.

(BARROSO, L. R. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: SARMENTO, D.; SOUZA NETO, C. P. (Coord.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. 2. tir. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 881.)

¹⁴⁷ RANCIÈRE, Jacques. **O espectador emancipado**. Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

Portanto, pode-se dizer que a presença do *amicus curiae* no processo garante o exercício da cidadania e a preservação dos direitos constitucionais. É, por assim dizer, nas palavras de Luigi Ferrajoli, um instrumento de participação popular nas decisões públicas ¹⁴⁸.

A falta de *expertise* dos magistrados na solução de controvérsias que estão sob sua apreciação (realidade encoberta e ignorada pelo juiz), como é o caso das discussões que encerram perspectivas econômicas, matérias biomédicas, assim como da suposta ausência de recursos financeiros estatais para a efetividade delas, são problemas apontados pela doutrina.

Há de se lembrar, ainda, que, mesmo em se tratando de um único assunto controvertido, é bem provável existir posicionamentos distintos acerca do tema pelo prisma de vários *experts* da área daquele saber. Isso ocorre em razão de a sociedade atual ser extremamente múltipla.

Acerca da falta de conhecimento dos juízes, deve-se lembrar do princípio da inafastabilidade jurisdicional, inscrito no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República ¹⁴⁹. Isto é, ainda que o juiz não possua toda *expertise* necessária, ele não poderá se eximir do julgamento. A falta de experiência do magistrado é um complicador no debate sobre a tutela judicial do direito à saúde, demanda social importante para a dignidade humana e para a administração da justiça ¹⁵⁰, uma vez que o número de demandas cresce vertiginosamente. Acresce-se, ainda, o vultuoso dispêndio financeiro que as ações representam para o Erário Público.

Tem-se ainda como déficits em ações referentes aos requerimentos de saúde, a generalização da concessão de provimentos judiciais de urgência e emergência.

¹⁴⁸ Ferrajoli, ao conceituar democracia, relembra a sua concepção amplamente dominante de democracia: “la democrazia consiste in un metodo di formazione delle decisioni pubbliche: precisamente, nell’insieme delle regole che attribuiscono al popolo, o meglio alla maggioranza dei suoi membri, il potere, diretto o tramite rappresentanti, di assumere tali decisioni”.

(FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**. Teoria del diritto e della democrazia. Roma-Bari: Laterza, 2007. v. II. p. 5.)

¹⁴⁹ Art. 5º CF/88. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

¹⁵⁰ Paulo Ferreira da Cunha afirma que o direito trata-se de uma realidade cultural criada pelo homem, através de sua vontade natural de buscar a justiça, dando a cada um o que é seu. Nesse sentido o autor revela a necessidade de um renascimento jurídico que atue de maneiras harmônicas para introduzir na ciência jurídica questões que não se encontravam na matriz originária do direito. Adita Cunha que, o desafio do direito é se renovar com e pela justiça, nunca afastando da realidade humana, pois existe em função da pessoa, apontando que os juristas possuem responsabilidade deontológicas, políticas e sociais que também se revelam como deveres éticos a serem perseguidos.

(CUNHA, Paulo Ferreira da. Do Direito Natural do Direito Fraternal. **Revista dos Estados Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, janeiro-junho, p. 78-86, 2009, p. 83 e 84.)

Diante de todas as adversidades apontadas na solução de litígios envolvendo o direito à saúde, há um comprometimento à sustentabilidade do Sistema Único de Saúde (SUS).

Desse modo, apontam-se instrumentos para superar as objeções relacionadas à ausência de *expertise* dos magistrados, em especial para sobrepor-se à ausência de conhecimentos técnicos necessários aos julgadores que lhes habilitem ou capacitem a proferir decisões sobre assuntos técnicos distantes de sua realidade, o que corresponde a uma abertura ou diálogo institucional visando à realização democrática plena. O *amicus curiae* é um desses instrumentos.

Ponderando-se também que as questões relativas à saúde pública não são pacificadas no Brasil, estando em fase de construção, a título exemplificativo, será abordado julgados sobre a dispensação de medicamentos.

Há exigências para a dispensação medicamentosa, são eles: i) prescrição médica do medicamento; ii) que o medicamento esteja na listagem do RENAME (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais); e iii) caso o medicamento não conste na listagem do RENAME e seja comprovadamente necessário, que seja autorizado ou esteja registrado na ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária).

A ANVISA é uma autarquia estatal, responsável pelo registro de medicamentos, pela autorização de funcionamento dos laboratórios farmacêuticos e demais empresas da cadeia farmacêutica, e pela regulação e ensaios clínicos e de preços, por meio da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED)¹⁵¹. A atuação da ANVISA envolve atividades científicas complexas, que devem respeitar eficácia, segurança e incorporação de tecnologia no SUS, custos da incorporação da tecnologia, necessidades da saúde no Brasil, preços acessíveis, financiamento sustentável, comprovação científica dos resultados, etc.

Ocorre que, ao prescrever medicação, o médico pode, por exemplo, não se ater aos critérios acima apresentados, prescrevendo medicação não autorizada pela ANVISA, ou até mesmo medicamento utilizado em outro país. Pode também indicar tratamento disponibilizado ou registrado no exterior. Ou, ainda, prescrever medicamentos economicamente inviáveis ao erário brasileiro.

¹⁵¹ Vide Decreto nº 4.766/2003.

É aqui que ressurge, no âmbito da judicialização da saúde ¹⁵², o problema da falta de *expertise* dos magistrados, pois estes não têm conhecimento técnico apto a contestar ou mesmo apreciar criticamente, por exemplo, a prescrição médica. Assim sendo, caso optem pelo deferimento do pedido no momento da sentença, determinarão o cumprimento do tratamento/procedimento ou da prescrição do medicamento ¹⁵³ indicado pelo profissional da saúde, ainda que não esteja na listagem do RENAME ou incorporado pela ANVISA, pelo simples fato de não ter competência funcional para determinar situação diversa. Essas questões não são pacificadas nas decisões judiciais.

A necessidade de prescrição médica já foi considerada como requisito para concessão dos medicamentos, como se vê na STA-334-AgR66, havendo divergência sobre o fato de a prescrição dever ou não ser elaborada por profissional vinculado ao SUS. No julgado citado, a vinculação do médico ao SUS foi requisito para a concessão do medicamento. Entretanto, houve modificação legislativa pela Portaria nº 2.928 de 2011 do Ministério da Saúde, cujo artigo 2º dispôs que: poderão ser aceitas documentações oriundas de serviços privados de saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), desde que respeitadas as regulamentações dos Componentes de Assistência Farmacêutica definidas pelo SUS. Assim, o requisito discutido anteriormente perdeu sua razão de ser.

Argui-se, então, que essas decisões desorganizam a política de saúde pública elaborada pelo Ente Federativo condenado à prestação jurisdicional.

¹⁵² A judicialização da saúde é consequência do advento do Estado Social e da complexa sociedade tecnológica surgida em meados do Século XX. A previsão de direitos fundamentais sociais oriundos da CF/88, ensejou, nas últimas décadas, uma explosão de litigiosidade, fazendo aportar no Poder Judiciário demandas individuais e coletivas voltadas à efetivação de mencionados direitos, dependentes, via de regra, de políticas públicas para a sua fruição concreta. O desempenho do Judiciário passou a ter maior relevância social e suas decisões se tornaram objeto de controvérsias políticas e públicas.

Há que se dizer, ainda, que o Judiciário não é neutro.

Sumariamente, a judicialização da saúde representa a constante busca dos cidadãos pelo efetivo cumprimento da própria Constituição.

Um dos principais problemas da judicialização trata-se da concessão exagerada de medidas liminares pelos magistrados, convencidos pelos fundamentos de do *periculum in mora* (perigo da demora / perigo de dano), *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e risco ao resultado útil do processo. Mas como criticar o magistrado/julgador que está diante de uma situação de urgência, emergência ou risco de óbito?

Logo, o fenômeno da judicialização da saúde reflete o fato de que questões políticas e sociais, que competiriam ao legislativo e a discricionariedade administrativa, passam a ser enfrentadas e decididas pelo Judiciário, especialmente com objetivo de preservar a Constituição.

Para situações de emergência/urgência o Enunciado nº 51, sugere que: “Nos processos judiciais, a caracterização da urgência/emergência requer relatório médico circunstanciado, com expressa menção do quadro clínico de risco imediato”.

¹⁵³ A demanda judicial brasileira mais recorrente no âmbito da saúde é constituída por pedidos (individuais e coletivos) de medicamentos, que em sua maioria respaldam numa prescrição médica e na suposta urgência de obter aquele insumo.

3. DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O PLURALISMO DEMOCRÁTICO

José Afonso da Silva entende ser a Constituição um conjunto de normas¹⁵⁴ que organiza os elementos constitutivos do Estado. Nos seus dizeres:

A constituição é algo que tem, como forma, um complexo de normas; como conteúdo, a conduta humana motivada das relações sociais; como fim, a realização dos valores que apontam para o existir da comunidade; e, finalmente, como causa criadora e recriadora, o poder que emana do povo; não podendo ser compreendida e interpretada, se não tiver em mente essa estrutura, considerada como conexão de sentido, como é tudo aquilo que integra um conjunto de valores.¹⁵⁵

Conforme Gisela Bester, a Constituição “é o documento político-jurídico por excelência de um Estado”.¹⁵⁶

A Constituição pode ser entendida, em síntese, como sendo a responsável pela formação e instituição do Estado e de regras para sua organização, responsável por estipular garantias, direitos e deveres fundamentais individuais e sociais a serem aplicados a todos os membros da sociedade. É responsável também por regulamentar a forma de aquisição de poder e o seu exercício e por fixar a estrutura socioeconômica e o regime político do Estado.

Ademais, a “Lei Maior” preconiza que todas as demais leis e atos normativos devem estar em estrita consonância com seus preceitos constitucionais, pois, caso contrário, serão tidos por normas inconstitucionais e serão retiradas do ordenamento jurídico.

Em outros termos, todo o ordenamento jurídico infraconstitucional deve estar de acordo com a Lei Fundamental, pois esta ocupa posição hierárquica superior em relação às demais normas do sistema jurídico brasileiro, conforme princípio da supremacia ou supra legalidade constitucional.

Segundo o princípio da supremacia constitucional, as leis infraconstitucionais devem estar de acordo com os dispositivos constitucionais tanto sob a ótica formal, caracterizada

¹⁵⁴ Norma jurídica de origem estatal é o comando dotado de certo grau de generalidade (diz respeito ao conjunto de destinatários do comando) e abstração (se refere ao conteúdo propriamente dito da norma – a norma descreve situações que, ao menos em tese, se repetem no espaço e no tempo) que cria direitos e obrigações.

Não apenas o Poder Legislativo cria normas jurídicas. O Executivo pode criar medidas provisórias (artigos 59, inciso V e 62, CF), leis delegadas (artigos 59, inciso IV e 88, CF) e os decretos previstos no artigo 84, incisos IV e VI, CF. O mesmo vale para o Poder Judiciário, que pode criar normas, através do CNJ (artigo 103-B, CF), do MP (artigo 130-A, CF), do Tribunal de Contas (Lei nº 8.442 de 1992, artigo 3º) e do Tribunal Superior Eleitoral (Lei nº 4.737 de 1965, artigo 1º).

¹⁵⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 39.

¹⁵⁶ BESTER, Gisela Maria. **Direito constitucional**: fundamentos teóricos. São Paulo: Manole, 2005, v. 1, p. 59.

pela obediência às regras de competência e processo legislativo para feitura da norma jurídica¹⁵⁷, quanto sob a ótica material, em que as normas infraconstitucionais devem ter seus conteúdos conforme ditames das regras e princípios da Constituição.¹⁵⁸

Através do princípio em comento, o sistema normativo brasileiro escalona-se em níveis, em que a Constituição Federal de 1988, por ser a Lei Maior, ocupa posição hierárquica superior. Dessa forma, a Lei Fundamental motiva a existência e validade de todas as demais normas, funcionando como parâmetro de adequação das demais leis e atos normativos, reinando como norma suprema.

Adiciona-se a informação de ser a Constituição Federal brasileira considerada rígida, na medida em que para que haja alguma alteração de seus preceitos legais é necessário um processo solene e dificultoso se comparado com o processo para modificação de leis ou atos normativos infraconstitucionais.

O verdadeiro compromisso da Constituição é com a efetiva e real proteção dos direitos. Com efeito, a promoção, a promoção e o respeito dos direitos fundamentais¹⁵⁹, depende não apenas da existência da norma no Texto Maior, mas da efetiva execução das normas existentes, o que demanda um monitoramento contínuo e incessante e, em geral, requer o amparo de colaboradores¹⁶⁰. Haverá, sempre, a indispensabilidade de se levar em conta as crises econômicas provenientes de desastres humanos ou naturais, a escassez de recursos, as desigualdades sociais, as populações mais vulneráveis e a pobreza profundamente marcadas no Brasil, dentre outras circunstâncias e problemas.

Soma-se ao acima mencionado que a Constituição é fonte inicial de existência e validade de todas as demais normas jurídicas que compõe o sistema normativa, pois nenhuma norma ou ato normativo pode contrariar ou ser incompatível com a Carta Magna.

¹⁵⁷ Normas jurídicas não são lembretes, recomendações ou aconselhamentos, sua observância é imperativa e obrigatória.

¹⁵⁸ PALU, Osvaldo Luis. **Controle de constitucionalidade**: conceitos, sistemas e efeitos. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 57.

¹⁵⁹ Afora sua variedade, os direitos fundamentais apresentam diferentes dimensões: individuais, comunitários e coletivos, presentes e futuros.

¹⁶⁰ A assessoria de colaboradores é inevitável para a rotina democrática do Brasil, pois assim é possível identificar as necessidades em matéria de direitos fundamentais, corrigir e revisar políticas públicas diante dos novos cenários, monitorar resultados e, assim, transformar a realidade.

Mais, segundo Gilmar Mendes, “a Constituição escrita [...] desempenha relevante papel como instrumento de estabilidade de racionalização do poder e de garantia da liberdade”.¹⁶¹

Assim, significativo sobressair preliminarmente também, que a saúde é um direito fundamental previsto nos artigos 5º, *caput*, 6º, 196 e seguintes, todos da Constituição da República de 1988. Isto é, encontra abrigo no plano interno do Estado brasileiro com proteção especial, haja vista ser considerado essencial para salvaguardar a dignidade humana.

Como bem observa Sarlet, é nos artigos 196 e seguintes que o direito à saúde encontrou sua maior concretização ao nível normativo-constitucional.¹⁶²

A disposição contida no artigo 196 supramencionado, representa também uma conquista do movimento sanitarista que, desde a década de 1970, lutava pelo acesso universal aos serviços e ações de saúde e pela descentralização de seu funcionamento e administração.

163

De uma maneira tão simples quanto complexa, Canotilho define os direitos fundamentais como “os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”, objetivamente vigentes em determinada ordem jurídica¹⁶⁴.

Especificamente sobre o direito fundamental à saúde, o mesmo adveio de um contexto internacional de reconhecimento dos direitos sociais focado na pessoa humana (ser social). É dizer, falar em saúde refere-se, sobretudo, na atenção das necessidades humanas, razão pela qual não se pode deixar de colocar a pessoa como princípio fundante da sociedade civil.

No âmbito mundial, um marco da positivação da saúde foi a instituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1946, no contexto do pós-Segunda Guerra Mundial¹⁶⁵ e criação da Organização das Nações Unidas.

¹⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 5.

¹⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 301.

¹⁶³ FERRAZ, Marcos Bosi. Economia da saúde e sua inserção no sistema da saúde. In: BLIACHERINE, A. C.; SANTOS, J. S. (Org). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Altas, 2020, p. 33.

¹⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2009, p. 369.

¹⁶⁵ Após a Segunda Guerra Mundial, o componente democrático passou a demandar presença nos textos constitucionais, inclusive no Brasil. As modificações no paradigma do Estado constitucional foram tão agudas

A OMS, trouxe em seu preâmbulo, trouxe a compreensão de que é um direito fundamental de todo o homem “gozar do grau máximo da saúde” e “que os governos têm a responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só poderá ser cumprida através da adoção de medidas sanitárias e sociais adequadas”.

Nesse contexto, a OMS expôs a saúde não só como a ausência de doenças, mas também como completo bem-estar físico, mental, social, e a sua definição como direito fundamental de todo ser humano “sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social”¹⁶⁶.

Hodiernamente, a própria OMS ampliou esse sentimento, e, conforme estabelecido na Carta de Ottawa, em 1986 (Carta de ação para alcançar a Saúde para todos no ano de 2000 e além):

Alcançar um estado completo de bem-estar físico, mental e social, um indivíduo ou grupo deve ser capaz de identificar e realizar aspirações, satisfazer necessidades e lidar com o meio ambiente. A saúde é, portanto, vista como um recurso para a vida diária, não o objetivo de viver. A saúde é um conceito positivo enfatizando recursos sociais e pessoais, bem como capacidades físicas. Portanto, a promoção da saúde não é apenas responsabilidade do setor da saúde, mas vai além dos estilos de vida saudáveis e do bem-estar.¹⁶⁷

A partir desta conceituação, verifica-se a introdução da qualidade de vida, levando-se em conta aspectos essenciais para o alcance da vida saudável e plena.

Nas décadas subsequentes, o tema relativo à saúde avançou, com destaque para a assinatura do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 que reconhece “o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental” e do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador), de 1999, que prevê que “toda pessoa tem direito à saúde, compreendendo-se como saúde o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social”.

que parte da doutrina utiliza-se da expressão “neoconstitucionalismo”. Após o advento da Constituição de 1988, passou-se a utilizar o termo “Estado neconstitucional”.

Luis Prieto Sanchís individua cinco aspectos fundamentais do neoconstitucionalismo: (i) mais princípios que regras; (ii) mais ponderação que subsunção; (iii) onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes; (iv) onipotência judicial no lugar da autonomia dos legisladores ordinários; e, por fim, (v) coexistência de uma constelação plural de valores, por vezes tendencialmente contraditórios, no lugar de homogeneidade ideológica.

(PIETRO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad** Autónoma de Madrid. n. 5, 2001. p. 207-208.)

¹⁶⁶ CONSTITUTION of the World Health Organization. Disponível em: <<http://apps.who.int/gb/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf>>. Acesso em junho de 2020.

¹⁶⁷ Primeira Conferência Internacional Sobre Promoção da Saúde, Ottawa, em 21 de novembro de 1986. Disponível em: < https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/carta_ottawa.pdf>. Acesso em julho de 2021.

Outro importante documento internacional foi obtido em 1978, na Declaração de Alma-Ata, como resultado da Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde. Referida Declaração, reafirmou o caráter fundamental do direito à saúde, atribuiu ao desenvolvimento socioeconômico a responsabilidade pela “mais plena realização a meta de saúde para todos” e deu enfoque para a “chocante desigualdade existente no estado de saúde dos povos, particularmente entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento”, além do mais, definiu o que seria política, social e economicamente inaceitável.

Entende-se, dessa forma, que a Declaração supramencionada instituiu a noção de “intersectorialidade” no direito sanitário ¹⁶⁸, que atribui não apenas ao setor da saúde a garantia de qualidade mínima de vida à população, mas ao Estado, como um todo, o dever de formulação de “políticas públicas mais amplas, direcionadas à superação das desigualdades sociais e ao pleno desenvolvimento da personalidade, inclusive pelo compromisso com as futuras gerações” ¹⁶⁹.

A partir de então, acredita-se que, no Brasil, começou a impulsionar o processo de constitucionalização do direito à saúde e a estruturação de um sistema único de saúde. Neste processo de evolução, destaca-se a realização da VIII Conferência Nacional de Saúde (VIII CNS), ocorrida em Brasília (DF) no ano de 1986.

A Oitava Conferência Nacional de Saúde supramencionada apresentou proposta (que foi encaminhada à Assembleia Nacional Constituinte) de criação do Sistema Único de Saúde, baseada em três grandes questões: i) saúde como direito; ii) reformulação do sistema nacional de saúde; e iii) financiamento do setor saúde.

Neste ponto, imperioso destacar as ponderações da Flavia Piovesan:

Uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage. Isto é, afasta-se a equivocada ideia da sucessão “geracional” de direitos, a medida em que se acolhe a ideia da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos, todos essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação. ¹⁷⁰

¹⁶⁸ O direito sanitário compreende um conjunto de normas que têm por objetivo a promoção, prevenção e a recuperação da saúde de todos, de forma a regular e controlar a circulação de produtos, serviços e atividades que possam colocar em risco a saúde das pessoas. Muitas doenças decorrem da falta de saneamento básico (ausência de potabilidade da água, gerenciamento correto do lixo e do tratamento do esgoto, deterioração do meio ambiente, erradicação da poluição, preservação dos mananciais, etc.).

¹⁶⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas Considerações sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. In: **Revista de Direito do Consumidor**, n. 67, p. 4, jul./set. 2008.

¹⁷⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, Segunda Parte, Cap. V, d. São Paulo, Max Limonad.

A VIII Conferência Nacional de Saúde, apontou a necessidade de separação entre a saúde e a previdência, além de entender a saúde como resultante de condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde¹⁷¹. Ademais, entendeu que a saúde deve ser entendida a partir de determinado contexto histórico de determinada sociedade.

Assim, para o relatório final da VIII Conferência Nacional de Saúde, a saúde de uma pessoa não é definida simplesmente por condições físicas, que determinam ou não o aparecimento de patologias, mas da integração de diversos fatores internos e externos. Portanto, a partir daqui, começou-se a exigir do Estado uma atuação que vai além do tratamento de doenças, mas que perpassa também pela garantia de condições dignas de vida e de acesso universal a saúde.

Madel Therezinha Luz sustenta que o sistema de atenção à saúde reflete a concentração de poder social característica da sociedade brasileira. É válida a transcrição:

É importante assinalar aqui que a intensa movimentação da sociedade civil teve um papel muito importante para a aceitação, na política oficial, das propostas da VIII Conferência Nacional de Saúde, em grande parte consubstanciadas no SUS (Luz, 1994). O Congresso Nacional tomou em consideração e aprovou em 1988 essas propostas, não apenas, porque os antigos atores de mudanças nas políticas de saúde – profissionais de saúde, burocracia do Ministério da Saúde e da Previdência – estavam presentes e atuando ativamente neste sentido, inclusive como deputados. Mas porque havia uma efetiva participação popular na busca dessas mudanças. Pela primeira vez uma política pública se oficializou no país, que buscava, ao menos no seu discurso, a descentralização e a desconcentração em proveito de instâncias intermediárias de poder institucional. O controle social do cidadão ficou garantido através de participação em Conselhos (estaduais, municipais) destinados a este fim. A saúde tornou-se a vanguarda das políticas públicas nessa questão. Entretanto, grande parte desse instrumento de descentralização política que é o SUS ficou sem regulamentação até o fim dos anos oitenta.¹⁷²

Mas somente a partir da promulgação da Constituição, em 1988, houve uma filtragem constitucional em relação à ordem jurídica anterior e novos atos serão com ela incompatíveis se lhe contrariem o conteúdo.

A CF de 1988 representa marco histórico e jurídico, por ter como fundamento e princípio basilar da República Federativa a dignidade da pessoa humana¹⁷³ (artigo 1º) e seus

¹⁷¹ 8ª Conferência Nacional de Saúde: quando o SUS ganhou forma. 22 de Maio de 2019. Disponível em: <<https://conselho.saude.gov.br/ultimas-noticias-cns/592-8-conferencia-nacional-de-saude-quando-o-sus-ganhou-forma>>. Acesso em junho de 2020.

¹⁷² LUZ, Madel Therezinha. **Dois questões permanentes em um século de políticas de saúde no Brasil republicano**. Ciência & Saúde Coletiva, 5(2):293-312, 2000.

¹⁷³ A dignidade da pessoa humana no Estado brasileiro é um valor-fonte, pois dela irradiam os direitos fundamentais.

objetivos traçados no artigo 3º (sociedade livre, justa e igualitária), aqui a saúde ganhou rumos diferentes, com destaque para a criação do Sistema Único de Saúde (SUS).

Vale dizer ainda que, a previsão do direito à saúde foi tratada em todas as constituições brasileiras, mas somente com a Constituição de 1988 a saúde ganhou notoriedade e foi compreendida como um valor a ser garantido a todos, inclusive aos não brasileiros que estão em território nacional.

Assim, a saúde é entendida como um valor essencial e vital, desde a proclamação na Carta Constitucional.

Na lição de José Afonso da Silva: “a dignidade humana é o epicentro axiológico da Constituição Brasileira, a lei máxima do Estado, de todo o ordenamento jurídico brasileiro, pois todas as normas tem sua base na constituição”.¹⁷⁴

Tem-se, portanto, que a Constituição Federal de 1988, reconhecida como Constituição Cidadã, é responsável pela consagração, no direito interno, do dever estatal de assegurar os valores da dignidade, do bem-estar¹⁷⁵ da pessoa humana, da solidariedade¹⁷⁶, da fraternidade¹⁷⁷ e do pluralismo democrático¹⁷⁸, protegendo a vida, como imperativo de justiça social.

O próprio Preâmbulo da Constituição supramencionada revela inspirações fundamentadas nos valores basilares da sociedade brasileira:

¹⁷⁴ SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: volume 212, abril e junho de 1998.

¹⁷⁵ Dentro da ideia de bem-estar, deve ser destacada como uma das principais finalidades do Estado a efetividade de políticas públicas destinadas à saúde. A saúde fundamentada no bem-estar não é somente curativa, mas preventiva e com fim de proporcionar qualidade de vida.

A OMS também definiu qualidade de vida como “a percepção do indivíduo de sua inserção na vida no contexto da cultura e sistemas de valores nos quais ele vive e em relação aos seus objetivos, expectativas, padrões e preocupações”.

Logo, qualidade de vida envolve concepções individuais sobre as condições de vida digna de uma pessoa humana, envolvendo, também, aspectos da vida social.

¹⁷⁶ Quem mais tem, deve contribuir com quem menos tem, para que haja a satisfação do interesse geral. Incumbe ao Estado ser o mediador. Uma vez que vivemos em comunidade, há a necessidade de compartilhar, mediar, pactuar (acordo entre os indivíduos) e dividir. A tributação sustenta o Estado.

(VIAL, Sandra Regina Martini. Direito Fraternal na sociedade cosmopolitana. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos**, Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez, 2006, p. 121-122.)

¹⁷⁷ O termo “fraternidade” deriva do vocábulo latino “frater” que significa irmão. A fraternidade está atrelada à busca da paz entre os seres humanos (senso de responsabilidade de um cidadão para com o outro). Dentre os significados do verbo “fraternizar” encontra-se amor ao próximo, unir-se em estreitamento, irmandade, fazer causa comum, aliar-se, pensar na coletividade.

VIAL, 2006, p. 121-122.

¹⁷⁸ Foi somente com o advento do Estado Democrático de Direito que se tornou possível a participação do povo nos assuntos de interesse público.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.¹⁷⁹

Mais, a Constituição Federal de 1988 trata-se de uma Constituição dirigente e consolida um modelo de Estado social:

O que se conota, pois, a partir do conceito de “Constituição dirigente” é o sentido de um texto que objetiva a mudança social, indo além, por conseguinte, de representar um simples elenco de “instrumentos de governo” haja vista a enunciação de fins, metas, programas a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade. Não se trata, como se evidencia, de um “estatuto jurídico do político”, mas, como refere José Joaquim Gomes Canotilho, um “plano global normativo” endereçado ao Estado e à própria sociedade.¹⁸⁰

Foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que a ordem constitucional pátria consagra o rol mais extenso de direitos fundamentais e eleva à condição de fundamento de todo o sistema normativo (parâmetro e critério de valoração a orientar a interpretação e aplicação das normas jurídicas) a dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, inciso III, da Constituição, enfaixa todos os valores e direitos reconhecidos ao ser humano.

A CF/88 estabeleceu a pessoa humana como o sujeito de direito legitimador de todo o ordenamento jurídico, de modo a ser o valor máximo da República.

Nota-se que, a partir dos valores consagrados no próprio texto constitucional, cada vez mais se compreende a necessidade de um constitucionalismo transformador e verdadeiramente compromissado com o Estado Democrático de Direito, abrindo-se espaço para se estabelecer obrigações de realizar políticas públicas que efetivem e possibilitem a fruição do imenso catálogo de direitos fundamentais sociais, dentre eles aqui se destaca o direito à vida e à saúde.

Todo esse sistema de garantias e direitos evidencia a intenção do legislador em constitucionalizar o direito à saúde, como uma norma vinculante, de aplicabilidade imediata

¹⁷⁹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em abril de 2021.

¹⁸⁰ TOJAL, Sebastião Botto de Barros. A Constituição Dirigente e o Direito Regulatório do Estado Social: o direito sanitário. In: **Brasil**. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação na Saúde. Márcio Iorio Aranha (Org.) – Brasília: Ministério da Saúde, 2003, p. 23.

(nos termos do § 1º, artigo 5º, da CRFB) ¹⁸¹, que deve ser garantida mediante políticas econômicas e sociais, sempre embasada no acesso igualitário e universal e, por conseguinte, numa obrigação estatal (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), que deve ser cumprida em sua integralidade. ¹⁸²

A disposição do artigo 5º, § 1º da Constituição, de que “As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, que impõe aos Poderes públicos uma eficácia máxima e imediata no cumprimento dos direitos fundamentais, não pode ser uma “afirmação” isolada, por essa razão existem mecanismos e instrumentos jurídicos para tal.

3.1 Caracterização do direito à saúde como direito fundamental e social

Preliminarmente, imperioso dizer que, quando se fala em direitos fundamentais, deve-se lembrar que a base para a dogmática dos direitos humanos hoje, é a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é o ponto central dos direitos fundamentais. O Estado constitucional gravita em torno da dignidade humana e dos direitos fundamentais. De outro modo, o direito existe em função da pessoa.

Os direitos fundamentais representam a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana face ao Poder Estatal, haja vista ser uma limitação imposta pela soberania popular aos poderes estatais, determinando-lhes a forma de atuação e organização. São garantias mínimas, que devem ser asseguradas às pessoas, com espede na promoção do valor humano e na conservação pacífica da sociedade.

A dignidade da pessoa humana, tema extremamente aberto, pode ser entendida como o fundamento hodierno dos direitos fundamentais.

¹⁸¹ Quando uma norma goza de aplicabilidade imediata, ela possui caráter principiológico, atuando como uma espécie de mandado de otimização, estabelecendo a exigência para que os órgãos estatais atuem de forma capaz a propiciar a maior eficácia possível ao direito tutelado.

¹⁸² O compromisso constitucional com o direito à saúde representa um estado ideal desejável, e representa um processo de construção sustentável, complexo, longo e contínuo. Dito de outra maneira, a efetivação e fruição do direito fundamental à saúde não envolve apenas a edição da norma sobre tal assunto, ela não se aplica de maneira automática, depende da o Estado e a sociedade estarem mobilizados para tal fim.

Quando a Carta Magna adotou a dignidade da pessoa humana, não adotou um simples conceito jurídico, mas um valor. A dignidade da pessoa humana concatena e unifica todo o sistema patrício de direitos fundamentais.

Ingo Wolfgang Sarlet leciona que a dignidade da pessoa humana, além de ser um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, reconheceu expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa, e não o contrário, já que o homem (de carne e osso) constitui a finalidade precípua, e não o meio da atividade estatal”.¹⁸³

Diz-se que no momento em que a dignidade é guindada à condição de princípio constitucional estruturante do Estado Democrático de Direito, é o Estado instrumento que deve garantir a promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas, sem que haja excluídos, imersos ou marginalizados.

Sarlet sintetiza que:

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde a intimidade e identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como onde não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana [...].¹⁸⁴

Os direitos fundamentais são complementares entre si e possuem como característica a universalidade¹⁸⁵, pois servem para todos e não somente para alguns, a prioridade, uma vez que valem mais que os outros direitos.

A moralidade também prefigura como característica marcante, pois os direitos fundamentais têm uma razão de ser (estão ligados à moral e, conseqüentemente, à filosofia), e esta razão de ser está intimamente ligada à dignidade da pessoa humana.

Outra característica essencial seria a abstração, pois os direitos fundamentais têm função a cumprir dentro do ordenamento e, portanto, acabam sendo carregados pelos

¹⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. e.d. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 97.

¹⁸⁴ SARLET, op. cit, p. 104.

¹⁸⁵ SARLET nos diz que: “De acordo com o princípio da universalidade, todas as pessoas, pelo fato de serem pessoas são titulares de direitos e deveres fundamentais, o que, por sua vez, não significa que não possa haver diferenças a serem consideradas, inclusive, em alguns casos, por força do próprio princípio da igualdade, além de exceções expressamente estabelecidas pela Constituição, como dá conta a distinção entre brasileiro nato e naturalizado, algumas distinções relativas aos estrangeiros, entre outras.”
Idem, p. 210.

O princípio da igualdade possui dois planos distintos. Por um lado, o legislador e o executivo impedem que se criem tratamentos diferenciados para pessoas em situações idênticas. Por outro lado, se refere a autoridade pública, para que cumpra a legislação de maneira igualitária, sem diferenciação em razão de classe social, sexo, religião, etc.

princípios. Tratar os direitos humanos não é possível com norma de conduta e sim com princípios, ou seja, a construção dos direitos fundamentais é aberta, genérica, logo, leva à abstração, o que, não raras vezes, entra em conflito.

Por fim, e não menos importante, possuem também a característica da fundamentabilidade, isto é, os direitos fundamentais são caracterizados pela fundamentabilidade formal e pela fundamentabilidade material. A fundamentabilidade formal diz respeito ao fato de os direitos fundamentais deverem estar positivados na Constituição e a fundamentabilidade material seria resposta às mazelas e desigualdades sociais existentes, que o Poder Constituinte levou em consideração.

Jorge Reis Novaes defende que a fundamentabilidade material dá aos direitos fundamentais a característica de serem trunfos das minorias (grau de prioridade grande para que sejam vencedores em caso de conflito com os demais direitos). O trunfo das minorias é valioso, pois a própria Constituição partiu do pressuposto de que existem relações jurídicas desiguais.

Em seus escritos, Sarlet desdobra em três elementos a fundamentabilidade formal decorrentes do direito constitucional positivo na Carta Magna:

a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também o direito à saúde) situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de normas de superior hierarquia axiológica; b) na condição de normas fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado para modificação dos preceitos constitucionais) e materiais (“cláusulas pétreas”) de reforma constitucional, embora tal condição ainda encontre resistência por parte da doutrina; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o § 1º do art. 5º da CF/88, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis, vinculando-se de forma imediata as entidades estatais e os particulares – comando que alcança outros dispositivos de tutela de saúde, por força da cláusula inclusiva constante do § 2º do mesmo art. 5º da CF/88.¹⁸⁶

O artigo 5º, parágrafos 2º (cláusula geral de direitos fundamentais) e 3º (cláusula específica de direitos fundamentais), conformam a exigência de obrigatoriedade positivação dos direitos fundamentais.

A atribuição de caráter fundamental a um direito, possui importância crucial para a sua efetividade, na medida em que acarreta o aumento de sua força normativa, o que possibilita, em decorrência, o real desempenho de sua função social no mundo dos fatos.

¹⁸⁶ SARLET, Ingo. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos de Constituição Federal de 1988. **Revista dos Tribunais**, 2008.

Os direitos fundamentais são posições jurídicas previstas constitucionalmente e, portanto, possuem caráter normativo supremo dentro do Estado, são responsáveis por atribuir às pessoas, um conjunto de faculdades, prerrogativas e instituições indispensáveis para assegurar uma existência livre, harmônica e digna.

Acresce-se, ainda, que todo direito fundamental possui um núcleo irrenunciável, no qual o Estado continua obrigado.

Dito isto, possível delinear a saúde pública, como um direito humano ¹⁸⁷, fundamental ¹⁸⁸ e social ¹⁸⁹, conforme antecipado pelo próprio texto constitucional, decorrente do direito à vida.

O homem moderno elegeu o direito à vida como de principal proteção e cuidado, por se tratar de direito indisponível, bem como pelo fato de que seria dispensável toda a estrutura normativa sem a vida a ser tutelada ¹⁹⁰, havendo necessidade de se efetivar os seus direitos correlatos, dentre os quais o direito à saúde.

Não há como conceber a saúde, fruto de lutas sociais, sem associá-la à finalidade de manutenção da vida e/ou qualidade de vida ¹⁹¹. Aliás, não há dignidade sem saúde, isto é, para

¹⁸⁷ Antes mesmo de ser um direito fundamental, a saúde é, indubitavelmente, um direito humano (inalienável, imprescritível e irrenunciável).

Por direitos humanos, entende-se as posições jurídicas exteriorizadas nos documentos internacionais, são normas de direito internacional que fazem menção ao ser humano, válidas para todos, em todos os tempos e lugares e em caráter supranacional. Por sua vez, os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados na ordem constitucional de determinado Estado (legislação interna), de acordo com as formalidades legais internas de cada país.

Para Sampaio, afirma que “humanos seriam os direitos cuja validade desconhece fronteiras nacionais, comunidades éticas, afirmados por fontes de direito internacional”

(SAMPAIO, JAL. Direitos fundamentais: retórica e historicidade. 7 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 93.)

Hodiernamente, o principal documento que consagra os direitos humanos no âmbito internacional é a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), da qual o Brasil é signatário, que foi criada pela ONU em 1948.

Soma-se ainda a questão de os direitos humanos serem compreendidos como padrões mínimos de tratamento (*minimum standar*), potencialmente apto para regular o exercício do poder estatal.

¹⁸⁸ Todavia, como realisticamente pondera Cândice Lisbôa Alves (2017, p. 290), “dizer que o direito à saúde é um direito fundamental infelizmente não significa muita coisa, pois não tem o condão de trazer consigo elementos aptos a garantir a procedência dos pleitos por requerimentos sanitários, nem tampouco de descartá-los. Em verdade, o adjetivo “fundamental” conduz a mais dúvidas que certezas, especialmente quando há colisão entre direitos fundamentais”.

¹⁸⁹ Por estar entrelaçada à vida e à dignidade da pessoa humana (frutos do Estado de Bem-Estar Social), a saúde, direito social (confere obrigações positivas ao ente estatal), constitui uma necessidade existencial do indivíduo.

Conforme Jorge Miranda, os direitos sociais são aqueles da pessoa posicionada na sociedade civil, relativos ao complexo de relações sociais em que a pessoa transita, de modo a “realizar a sua vida em todas as potencialidades [...]”.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, tomo IV. 4 ed. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 108-109.

¹⁹⁰ POZZOLI, Lafayette; TOLEDO, Iara Rodrigues de. Análise do princípio constitucional da dignidade humana face a dimensão da afetividade e o direito fraternal. **Problemata: Revista internacional de Filosofia**, v. 8. n. 1, 2017, p. 181.

¹⁹¹ ALVES, Cândice Lisbôa. **Direito à saúde: Efetividade e proibição do retrocesso social**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2013, p. 21.

que se tenha uma vida digna (valor fundamental e condição *sine qua non*), é necessário a concretização do direito à saúde.

A saúde consiste em direito inerente à pessoa, pelo simples fato de existir como pessoa, uma vez que pertence a todos, independentemente de seus atributos pessoais ou sociais.

Em palavras outras, estudar o direito fundamental à saúde, tido como basilar para qualquer cidadão, é entender que sem a sua tutela, os demais direitos seriam obstados.

Isto posto, a saúde ocupa *locus* privilegiado e está no cume do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que, “uma pessoa sem saúde não pode usufruir de nenhum outro bem da vida”, e, está “prevista taxativamente na norma constitucional”, é, portanto, um direito meio e um direito fim, respectivamente ¹⁹².

Diz-se que a saúde é reconhecida como direito social, pois o próprio texto constitucional, além de reservar uma seção específica para a saúde, elenca a mesma em seu artigo 6º, no título “Direitos Sociais”. Os direitos sociais pretendem produzir o valor da solidariedade (que está atrelado ao princípio da igualdade).

Meireles sustenta que os direitos sociais são definidos como:

[...] aqueles direitos advindos com a função de compensar as desigualdades sociais e econômicas surgidas no seio de sociedade seja ela de uma forma em geral, seja em face de grupos específicos; são direitos que têm por escopo garantir que a liberdade e a igualdade formais se convertam em reais, mediante o asseguramento das condições a tanto necessárias, permitindo que o homem possa exercer por completo a sua personalidade de acordo com o princípio da dignidade humana. ¹⁹³

Justamente por ocupar espaço de destaque, o direito a saúde, e, conseqüentemente o direito à vida e à integridade física, consiste em uma norma de superior hierarquia axiológica e sua garantia permite que se tenha condições para a fruição dos demais direitos, sejam eles fundamentais ou não.

Ítalo Roberto Fuhrmann é incisivo ao afirmar que o direito à saúde pode ser considerado como direito primário por excelência, já que a própria fruição dos demais direitos

Conforme Jorge Miranda, os direitos sociais são aqueles da pessoa posicionada na sociedade civil, relativos ao complexo de relações sociais em que a pessoa transita, de modo a “realizar a sua vida em todas as potencialidades [...]”.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, tomo IV. 4 ed. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 108-109.

¹⁹² ALVES, Cândice Lisbôa. Entre a mão e a contramão do direito à saúde pública no Brasil: a emenda constitucional 86 e a proibição do retrocesso social. In: **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 27, p. 273.

¹⁹³ MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: Editora Podivim, 2008, p. 88.

fundamentais resta, pelo menos em parte significativa, dependente da manutenção da saúde como corolário da própria vida humana ¹⁹⁴.

O direito à saúde, assim como os demais direitos fundamentais, determina o dever de proteção (contra ameaças ou agressões) por parte de todos os seguimentos do setor público e, a despeito de não ser um direito absoluto, tem proteção especial e reforçada no ordenamento jurídico do Brasil, devido à incidência das cláusulas pétreas expressa (artigo 60, § 4º, inciso IV, CF ¹⁹⁵). Diante disso, constata-se que a saúde está presente em uma série infinita de situações existenciais e está ligada, intimamente, ao desenvolvimento do homem, em suas diversas projeções (física, intelectual, cultural e psíquica), à história, à política e também à economia.

Mais, o direito à saúde foi bastante desenvolvido principalmente com o advento do Estado Social de Direito, o qual surgiu com a crise do Estado Liberal e com as revoluções liberais do final do século XVIII, em razão da intensificação dos problemas sociais. ¹⁹⁶

Soma-se ao exposto, o fato de o direito à saúde, em razão de ser um direito fundamental e dizer respeito ao interesse essencial da pessoa humana, encontrar-se protegido pela cláusula de irredutibilidade, consignada no artigo 60, § 4º, inciso IV, da CF/88.

A Constituição brasileiro, a despeito de definir a saúde como “direito de todos e dever do Estado” e caracterizá-la como um direito fundamental com garantias mínimas, não explica quais as extensões do direito e nem como o Estado deve garanti-lo.

Dentre os 250 artigos existentes no corpo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, encontram-se 23 (vinte e três) artigos que versam, em algum momento e de alguma maneira, sobre a saúde, são eles: artigos 6º¹⁹⁷, 7º¹⁹⁸, 23¹⁹⁹, 24, 30, 34²⁰⁰, 35²⁰¹, 37²⁰²,

¹⁹⁴ FUHRMANN, Ítalo Roberto. O Direito Fundamental à Saúde no Brasil – Aspéctos Teóricos-normativos e Práxis Jurisdicional. **Revista Jurídica Portucalense**: Porto, n. 20, 2016, p. 113.

¹⁹⁵ Art. 60 CF/88. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...]

IV – direitos e garantias individuais.

¹⁹⁶ No Brasil, das Constituições que precederam a de 1988, apenas a Carta de 1937 fazia referência ao direito à saúde, porém não trazia o arcabouço protetivo necessário e compatível com a sua importância, não apresentando a sua aplicação e não revelando a efetiva prestação à Sociedade.

¹⁹⁷ Trata-se do primeiro artigo constitucional que estabelece a saúde enquanto direito, aprovando assim a sua relevância para o direito brasileiro.

¹⁹⁸ Este artigo demonstra preocupação com os riscos à saúde e a integridade física.

¹⁹⁹ Para este dispositivo destaca-se que o mesmo utiliza o verbo “cuidar”.

²⁰⁰ Este artigo versa sobre a não intervenção da União para com os Estados e Distrito Federal, ainda que se tenham algumas exceções, dentre as quais a aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas

40²⁰³, 166²⁰⁴, 167²⁰⁵, 194²⁰⁶, 195²⁰⁷, 196, 197, 198, 199, 200, 201²⁰⁸, 208²⁰⁹, 212²¹⁰, 220²¹¹ e 227²¹². A existência desta vasta gama de artigos que relacionam o direito à saúde na Constituição Cidadã, pressupõe-se tratar-se de direito muito valioso.

ações e serviços públicos de saúde. Observa-se um ente controlando minimamente o papel do outro frente à aplicação de recursos mínimos.

²⁰¹ Este artigo versa sobre a não intervenção do Estado para com os Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, ainda que se tenham algumas exceções, dentre as quais: se os municípios não tiverem aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. Observa-se um papel fiscalizador e intervencionista entre entes.

²⁰² Este artigo trata dos princípios, aos quais a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerão, tais como a moralidade, legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, sendo vedada a acumulação de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde com profissões regulamentadas. Exemplificam-se as atividades de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias.

²⁰³ Este artigo determina, entre outras questões, que é assegurado aos servidores o regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público. Em seu quarto parágrafo, estabelece impedimentos diferenciados para concessão de aposentadorias, ressaltando casos especificados em lei complementar, de servidores cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

²⁰⁴ Este artigo versa, em seu nono e décimo parágrafos, respectivamente, que: (i) as emendas individuais ao projeto de lei orçamentária serão aprovadas no limite de 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) da receita corrente líquida prevista no projeto encaminhado pelo Poder Executivo, destinando-se metade deste recurso para as ações e serviços públicos de saúde; e que (ii) a execução do montante destinado a ações e serviços públicos de saúde será computada para fins do cumprimento do inciso I do § 2º do artigo 198, vedada a destinação para pagamento de pessoal ou encargos sociais.

²⁰⁵ Este artigo, disposto por meio de 11 (onze) incisos e 5 (cinco) parágrafos, versa sobre o Sistema Tributário Nacional e apresenta algumas vedações. Ao que nos interessa, registra-se: é cerrada a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os artigos 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária.

²⁰⁶ Este artigo apresenta uma compreensão (retrógrada) sobre seguridade social, como sendo um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

²⁰⁷ Neste artigo dita-se o financiamento da seguridade social, realizado por toda a sociedade direta ou indiretamente. Os órgãos responsáveis pela saúde apresentarão propostas de orçamento, agindo integradamente com os órgãos da previdência e assistência social. Os critérios de transferência de recursos para o Sistema Único de Saúde serão definidos em lei específica (Lei Complementar nº 141/2012).

²⁰⁸ Este artigo discute sobre a organização e regime da previdência social em caráter contributivo e de filiação obrigatória. Veda-se, em seu parágrafo primeiro, a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de pessoas com deficiência. Algo semelhante ao que se observa no artigo 40.

²⁰⁹ Este artigo versa sobre o papel do Estado frente à educação. Contudo, não dissocia a execução do setor educação sem a participação complementar que o setor saúde possui junto ao mesmo, no tocante à assistência à saúde dos educandos.

²¹⁰ Este artigo dita a totalidade de aplicação anual que União, Estados, DF e os Municípios deverão executar na educação, registrando-se que programas suplementares de alimentação e assistência à saúde serão financiados com recursos provenientes de contribuições sociais e outros recursos orçamentários.

²¹¹ Este artigo objetiva a garantia da liberdade de expressão e pensamento e, no tocante à saúde, estabelece limites de propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

²¹² Este artigo responsabiliza o Estado, familiares e a sociedade como um todo, assegurando à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Afirma-se a incumbência do Estado em promover programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas

De todo modo, espera-se que o Estado seja não apenas um modelo estatal ideológico ou formalístico, mas sim um Estado eficiente na medida dos objetivos que se propõe a realizar.

Sabe-se que a concretização do direito à saúde, tanto do ponto de vista individual, quanto do viés da comunidade em sua totalidade, exige atitudes concretas e geram dispêndios ao erário, para que se tenha a manutenção da vida, é dizer, vida saudável, digna e com certa qualidade.

Todavia, a realidade nacional atual demonstra insatisfação, inquietude, insegurança e receio (justificado) da população com a forma pela qual a saúde vem sendo prestada pelo Estado, o que facilmente pode ser percebido pelo crescente número de demandas que desaguam no Judiciário.

A insuficiência, ou até mesmo a falta de hospitais, médicos, medicamentos, procedimentos, tratamentos, exames, custeio de despesas médico-hospitalares, necessitados pela população brasileira frente ao Sistema Único de Saúde (SUS), provoca imensos descontentamentos, que ressoam em ações judiciais, fenômeno conhecido como judicialização da saúde²¹³. Correlatas a essa realidade são as reflexões atinentes aos desdobramentos que as demandas de saúde provam no Sistema Jurídico e financeiro do Estado.

Sobre o conceito de judicialização, Barroso entende que

[...] a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma

e obedecendo ao preceito de aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil. Trata-se, sobretudo, da conexão entre política social e política transversal, em que o setor saúde conecta-se às políticas de proteção e assistência de uma população específica.

²¹³ A crescente demanda judicial acerca de direitos relacionados à saúde (medicamentos, produtos para a saúde, leitos de UTI, cirurgias etc.), representa um avanço em relação ao exercício efetivo da cidadania por parte da população brasileira, por outro lado, significa um ponto de tensão perante os elaboradores e executores da política no Brasil, que passam a atender um número cada vez maior de ordens judiciais, garantindo as mais diversas prestações do Estado – prestações estas que representam gastos públicos e ocasionam impactos significativos na gestão pública da saúde no Brasil.

De certo modo, a judicialização decorre do aumento da democracia e da inclusão social, representados pela posituação dos direitos sociais e pela difusão da informação e da consciência cidadã. Em contrapartida, é fruto também das debilidades do Legislativo e do Executivo.

A judicialização da saúde envolve aspectos/dimensões éticas, sanitárias, políticas, técnico-científicas, jurídicas e sociais.

Os dilemas vividos pelo Judiciários nas diversas demandas, possuem uma interface com as políticas públicas.

tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.²¹⁴

Esclarecido que a saúde é uma garantia institucional positivada na Constituição, a forma de seu exercício ou os custos referentes aos bens e serviços necessários à manutenção desse direito poderão ser públicos ou privados. Assim, a saúde pública refere-se ao custeio pelo Estado de todas as ações referentes à saúde.

De acordo com a Constituição da República, os tratamentos são integrais, gratuitos e universais, ressalvadas as hipóteses do artigo 19-T da Lei nº 8.080/90²¹⁵. Em não havendo instituições públicas aptas à prestação dos serviços de saúde, eles poderão ser prestados por instituições particulares conveniadas, de forma supletiva.

Atualmente, no Brasil, a saúde pública, seja na modalidade preventiva, curativa ou de tratamento médico (atendimento integral²¹⁶), é prestada através do SUS (Sistema Único de Saúde), devido ao artigo 198²¹⁷, da Constituição.

²¹⁴ BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em fevereiro de 2021, p. 41.

²¹⁵ Art. 19-T Lei 8.080/90. São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS:

I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA; II - a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa.

²¹⁶ O atendimento integral diz respeito à total proteção da saúde em toda a amplitude de seu conceito. A proteção parcial da saúde, a deixaria vulnerável as inúmeras questões que impedem o seu cumprimento, como por exemplo, o orçamento, a contratação de pessoal e infraestrutura suficientes para atender o público alvo, criação de estruturas administrativas, produção de pesquisas, relatórios, monitoramento, enfim, um número infinito de questões que podem surgir.

²¹⁷ Art. 198 CF/88. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

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

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

III - participação da comunidade.

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

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

I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento);

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

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

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

I - os percentuais de que tratam os incisos II e III do § 2º;

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

A regulamentação do SUS foi feita pela Lei nº 8.080/90 (cerca de dois anos após a promulgação da Constituição de 1988), denominada Lei Orgânica da Saúde, durante o governo de Fernando Collor, e em seu artigo 2º²¹⁸, há o reconhecimento da saúde como direito fundamental. Várias alterações foram introduzidas nessa lei ao longo do tempo para adaptar o sistema às novas necessidades e realidades que vão surgindo.

De acordo com o artigo 2º acima mencionado, a saúde configura-se pelo acesso universal e igualitários, que deve abranger desde o tratamento (respeitoso) de doenças até atividades preventivas, incluindo ações de vigilância sanitária, epidemiológica, assistência terapêutica e farmacêutica integral (artigo 6º, inciso I, d, da Lei nº 8.080/90) e saúde do trabalhador²¹⁹.

III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União; IV - (revogado).

§ 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação.

§ 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial.

§ 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício.

²¹⁸ Art. 2º Lei 8.080/90. A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

²¹⁹ Art. 6º Lei 8.080/90. Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações:

a) de vigilância sanitária; b) de vigilância epidemiológica; c) de saúde do trabalhador; e d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

II - a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico; III - a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde; IV - a vigilância nutricional e a orientação alimentar; V - a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho; VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção; VII - o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde; VIII - a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano; IX - a participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; X - o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico; XI - a formulação e execução da política de sangue e seus derivados.

§ 1º Entende-se por vigilância sanitária um conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde, abrangendo:

I - o controle de bens de consumo que, direta ou indiretamente, se relacionem com a saúde, compreendidas todas as etapas e processos, da produção ao consumo; e II - o controle da prestação de serviços que se relacionam direta ou indiretamente com a saúde.

§ 2º Entende-se por vigilância epidemiológica um conjunto de ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos.

O direito à saúde deve abranger também o direito a preservação da intimidade, direito a informações sobre a consulta e a informações sanitárias, direito à preservação da autonomia, direito ao consentimento informado e revogação do consentimento informado, direito a preservação da história clínica, direito à dignidade pessoal e biológica e, claro, direito a prestação de saúde adequada.

O setor de saúde é submetido à fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

A ANS é vinculada ao Ministério da Saúde e tem por finalidade fiscalizar, regulamentar, monitorar o mercado de saúde suplementar, no intuito de inibir práticas abusivas e incoerentes ao cidadão.

O Sistema Nacional de Auditoria (SNA) está previsto no artigo 16, inciso XIX da Lei nº 8.080/90 e artigo 6º da Lei nº 8.689/93, e tem a finalidade de fiscalização das ações e serviços do SUS em todos os níveis de governo.

A regulamentação da SNA está disposta nos artigos 2º e 3º do Decreto nº 1.651/95. O trabalho da auditoria é importante para a estrutura do sistema de saúde do SUS, pois permite verificar a corrupção e mal-uso do dinheiro público, além de poder verificar a qualidade dos serviços oferecidos à população.

§ 3º Entende-se por saúde do trabalhador, para fins desta lei, um conjunto de atividades que se destina, através das ações de vigilância epidemiológica e vigilância sanitária, à promoção e proteção da saúde dos trabalhadores, assim como visa à recuperação e reabilitação da saúde dos trabalhadores submetidos aos riscos e agravos advindos das condições de trabalho, abrangendo:

- I - assistência ao trabalhador vítima de acidentes de trabalho ou portador de doença profissional e do trabalho;
- II - participação, no âmbito de competência do Sistema Único de Saúde (SUS), em estudos, pesquisas, avaliação e controle dos riscos e agravos potenciais à saúde existentes no processo de trabalho;
- III - participação, no âmbito de competência do Sistema Único de Saúde (SUS), da normatização, fiscalização e controle das condições de produção, extração, armazenamento, transporte, distribuição e manuseio de substâncias, de produtos, de máquinas e de equipamentos que apresentam riscos à saúde do trabalhador;
- IV - avaliação do impacto que as tecnologias provocam à saúde;
- V - informação ao trabalhador e à sua respectiva entidade sindical e às empresas sobre os riscos de acidentes de trabalho, doença profissional e do trabalho, bem como os resultados de fiscalizações, avaliações ambientais e exames de saúde, de admissão, periódicos e de demissão, respeitados os preceitos da ética profissional;
- VI - participação na normatização, fiscalização e controle dos serviços de saúde do trabalhador nas instituições e empresas públicas e privadas;
- VII - revisão periódica da listagem oficial de doenças originadas no processo de trabalho, tendo na sua elaboração a colaboração das entidades sindicais; e
- VIII - a garantia ao sindicato dos trabalhadores de requerer ao órgão competente a interdição de máquina, de setor de serviço ou de todo ambiente de trabalho, quando houver exposição a risco iminente para a vida ou saúde dos trabalhadores.

O SUS é um sistema hierarquizado administrativamente presente em todos os Entes Federados.²²⁰

A classificação do direito à saúde como direito fundamental, também decorre da leitura do artigo 6º da Constituição da República, bem como do artigo 5º, *caput*, quando assevera o direito à vida, pois, conforme mencionado alhures, não há como proteger a vida humana sem garantia dos serviços de saúde.

O artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988 determina que dispõe que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”²²¹. Mais adiante, no mesmo diploma legal está disposto que: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”²²², que devem ser fomentados mediante políticas públicas.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a saúde é também reconhecida no artigo 6º, inciso I, como direito básico do consumidor²²³, enquadrando-se, ainda, na definição de direito difuso²²⁴, por ser um bem indivisível e pertencente a titulares indeterminados.

²²⁰ Art. 4º Lei 8.080/90. O 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, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

§ 1º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

§ 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.

²²¹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em novembro de 2020.

²²² *Idem*.

²²³ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

²²⁴ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

A prestação de serviços pelo SUS é regida pelos princípios elencados no artigo 7º²²⁵ da Lei nº 8.080/90, tendo suas competências, meramente exemplificativas (de modo não exauriente), dispostas no artigo 200 da Constituição²²⁶.

3.1.1 Conceito de saúde e seu núcleo essencial

Definir o instituto saúde de maneira completa e inacabada é labor impossível, por se tratar de um instituto jurídico de conteúdo complexo, dinâmico e se aplicar a diversas situações, circunstâncias e feitos. O direito à saúde não merece restrição ou delimitação, exceto diante de casos concretos devidamente justificados.

A saúde tem característica polissêmica. Mas, será demonstrado, de maneira razoável, a essência do direito à saúde.

²²⁵ Art. 7º Lei 8.080/90. As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

- I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
- II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;
- III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;
- IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;
- V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;
- VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;
- VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;
- VIII - participação da comunidade;
- IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo: a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios; b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;
- X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;
- XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;
- XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e
- XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.
- XIV - organização de atendimento público específico e especializado para mulheres e vítimas de violência doméstica em geral, que garanta, entre outros, atendimento, acompanhamento psicológico e cirurgias plásticas reparadoras, em conformidade com a Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013.

²²⁶ Art. 200 CF/88. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

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

Falar no conceito de saúde não se restringe ao atendimento médico, mas também na disponibilidade de medicamentos ²²⁷, medidas preventivas, acesso à terapias em geral, cirurgias, internações, próteses, tratamentos dentários, viver e trabalhar em ambientes saudáveis, que possam ser implementadas (de maneira completa) para efetivação e promoção do direito à saúde ²²⁸. Estes são exemplos breves que ilustram o vasto campo de políticas e programas de saúde que devem ser objeto de atuação do Estado brasileiro, como parte do seu dever de garantir saúde a todos os cidadãos.

Proteger e promover o direito à saúde significa prover e disponibilizar as tecnologias de saúde, de acordo com as necessidades singulares de cada pessoa, em diferentes momentos de vida, visando ao seu bem-estar, autonomia e segurança. Por conseguinte, a abrangência dessa ação passa por um conjunto de dimensões que se inter-relacionam, gerando uma emaranhada rede de pontos de contato e possibilidades.

O termo ‘saúde’ tem por origem a raiz etimológica *salus*, que designa, em *latil*, o atributo principal dos intactos, íntegros, inteiros. Já em grego, *salus* decorre do termo *holos*, tomado no sentido de totalidade ²²⁹.

Quanto à análise conceitual da saúde, interessante o conceito trazido por Abbagnano:

É a condição de bem-estar da pessoa nas suas diferentes funções: físicas, mentais, afetivas e sociais; não se identifica com a simples ausência de doença, mas com a plena eficiência de todas as funções: orgânicas e culturais, físicas e relacionais.

²²⁷ Lei nº 8.080/90:

Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea d do inciso I do art. 6º consiste em:

I - dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P;

Art. 19-P. Na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada:

I - com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas nesta Lei, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite;

II - no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite;

III - no âmbito de cada Município, de forma suplementar, com base nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada no Conselho Municipal de Saúde.

Ainda sobre a dispensação de medicamentos, cabe transcrição de trecho da Portaria GM/MS nº 399 de 2006, que estabelece que: “promover a estruturação da assistência farmacêutica e garantir, em conjunto com as demais esferas de governo, o acesso da população aos medicamentos cuja dispensação esteja sob sua responsabilidade”. Em resumo, existe a competência concorrente entre todos os entes federativos no que se refere à consagração do direito à saúde na questão da assistência farmacêutica.

²²⁸ BARROS, Cilaine de Oliveira; Guilherme; CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal. Direito à saúde e transformação social. **Argumentum – Revista de Direito UNIMAR**, Marília, n. 6, 2006, p. 229-239.

²²⁹ REZENDE, Nanci Figueirôa. A amplitude da expressão saúde no marco normativo brasileiro. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Orgs.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentários e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 222/236, p. 223.

[...]uma vez que o conceito de S. (saúde) deve ser entendido não só em sentido físico, mas também psicológico e moral, e que se identifica com a ideia de bem-estar em referência à pessoa na sua totalidade, compete situar o problema da S. no horizonte antropológico que comporta o tratamento de questão não simplesmente médicas, mas propriamente filosóficas, como as de natureza e norma.

O conceito acima transcrito remete à relação existente entre a Filosofia (valor) e o Direito, pois em uma visão ampla da saúde, esta não diz respeito apenas ao corpo, mas também a sua relação com a mente, a sociedade e a natureza (o homem entendido como um todo).

Outro interessante conceito de saúde é o desenvolvido por Sueli Gondolfi Dallari, a saber: “Observado como direito individual, o direito à saúde privilegia a liberdade em sua mais ampla acepção”. E sob o aspecto social do direito à saúde: “As limitações aos comportamentos humanos são postas exatamente para que todos possam usufruir igualmente as vantagens da vida em sociedade”.²³⁰ O conceito apresentado pela Sueli faz menção à um equilíbrio existente entre os valores de igualdade e liberdade com o direito à saúde.

De acordo com a Teoria da Geração de Direitos Humanos de Noberto Bobbio, o direito à saúde é direito de 1ª, 2ª, 3ª, 4ª e 5ª gerações. Assim como direito de 1ª Geração protege a vida prevalecendo a autonomia da vontade; como direito de 2ª Geração, tipifica o direito à saúde como direito social; como direito de 3ª Geração, o direito à saúde constitui direito coletivo e difuso (transindividual); como direito de 4ª Geração, o direito à saúde remete aos direitos de bioética, biotecnologia e bioengenharia; e finalmente, como direito de 5ª Geral, o direito à saúde está abrangido pelos direitos de realidade virtual, revolução cibernética e internet.²³¹

De todo modo, verifica-se que a visão da saúde sofre profundas alterações ao longo do tempo.

No século XIX, entendia-se que saúde era a ausência de doenças (visão extremamente restritiva, pois desconsiderava-se, por exemplo, a prevenção da ocorrência de enfermidades).

O conceito de saúde evoluiu e passou por reformulações após o advento das duas grandes Guerras Mundiais, na medida em que a sociedade passa a buscar por qualidade de vida, vida digna e bem-estar. Cabe dizer que, ao longo dos séculos, o Estado assumiu várias

²³⁰ DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. *Revista Saúde Pública*, São Paulo, 22: 57-63, 1988.

²³¹ BOBBIO, Noberto. *A Era dos Direitos*. 9 ed. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 217.

arquiteturas organizacionais distintas, mas nunca se afastou da ideia de que uma de suas missões é aprimorar o bem-estar de seus nacionais.

A saúde, hoje, para a sua real concretização, exige a garantia e promoção da integridade cultural, social e psíquica do ser humano, não se limitando, pois, somente à plena integridade física ²³².

Tal mudança de paradigma foi consagrada na Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Art. 25. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. ²³³

Assim, restou consagrado o direito à saúde na condição de direito humano, pois consiste num direito inerente ao homem e a própria condição humana.

Modernamente, compreende-se a saúde também como uma atividade em que o valor social sobrepõe ao econômico. A saúde é um direito em que o interesse público se sobrepõe ao interesse particular.

Em vista do exposto, entende-se que a saúde (fenômeno essencialmente humano) não pode ser compreendida apenas em seu sentido biológico. Há uma infinidade de questões que influenciam a vida de uma pessoa, seja de ordem natural (biológica e genética), social (trabalho e relações familiares), ambiental (poluição e moradia), religiosa e cultura. Todas essas ordens precisam estar em harmonia entre si e com o entorno (meio social) para que a saúde seja atingida de modo adequado e efetivo ²³⁴.

²³² Nesse sentido, diz Perlingieri, *in verbis*: “É reduutivo individuar o conteúdo do chamado direito à saúde no respeito da integridade física, e isto por duas razões, a saúde é também psíquica, pois a pessoa é unidade psicofísica indissolúvel; não é apenas aspecto estático e individual, mas se reconduz ao desenvolvimento sadio e livre da pessoa, constituindo por isso um todo com ela mesma”.

(PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 774.)

²³³ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS (1948). Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em junho de 2020.

²³⁴ Fernando Aith ensina que: “a saúde suscita, em primeiro lugar, discussões sobre o comportamento do indivíduo. O indivíduo é, em grande parte, responsável pela preservação de sua saúde. De outro lado, a saúde também é um reflexo das influências que o ambiente social produz sobre o indivíduo. Destaca-se ainda um terceiro elemento que também possui, dentro dos estudos sobre representações de saúde, uma grande relevância. Trata-se da influência do destino, da sorte, do aleatório sobre a saúde, revelando a forte influência que a religião ainda possui sobre a representação que parte da população possui sobre a saúde e a doença. Por vezes, problemas de saúde são fatalidades intransponíveis, originadas em uma força maior sobre a qual os seres humanos não possuem algum poder. Importante destacar, por fim, que os fatores estruturais do indivíduo, dados por sua

No Estado Democrático de Direito brasileiro, a Constituição, em seu artigo 1º, estabeleceu um compromisso jurídico, ético e político, com a justiça social, de modo que a superação das exclusões, das desigualdades sociais e regionais, deve se dar a partir de vetores axiológicos com os direitos fundamentais, a exemplo do direito à saúde. Os direitos fundamentais vinculam os Poderes, as relações jurídico-privadas, a legislação e a administração pública.

Nota-se que a vida saudável não depende apenas da atuação da própria pessoa, mas também de todos à sua volta, notadamente o Estado.

A saúde, conceito de difícil definição, possui um núcleo impreterível, isto é, uma parte que merece proteção, ainda que entra em conflito com outros bens e interesses. Há situações que nem mesmo a reserva do possível²³⁵, também conhecida como reserva orçamentária, poderia se furtar da concretizar o direito à saúde.

A saúde integra o catálogo das necessidades básicas do ser humano. Hegel aponta que “a pessoa concreta que é para si mesma um fim particular como conjunto de carências e como conjunto de necessidade natural e de vontade arbitrária, constitui o primeiro princípio da sociedade civil”.²³⁶

Em sequência, Hegel aponta que “no direito, o objetivo é a pessoa. No ponto de vista moral abstrato, é o sujeito. Na família, é o membro da família. Na sociedade civil em geral é o cidadão e aqui, do ponto de vista da carência, é a representação concreta a que se chama homem”²³⁷. Desse modo, o direito à saúde guarda ainda mais importância, já que visa à tutela da vida, do sujeito e do cidadão, objeto central do direito.

De acordo com Peter Häberle, os direitos fundamentais, por estarem mutuamente integrados em um sistema unitário, compõem o arcabouço constitucional e mantêm relação de reciprocidade com outros bens jurídico-constitucionais. Levando-se em consideração essa premissa, é importante, recorrendo-se ao princípio da ponderação, estabelecer o conteúdo e os

condição social dentro do ambiente comunitário, como a origem social e o nível de educação, explicam as diferenças dos estados de saúde, mais do que as condutas individuais existentes entre os seres humanos.” (AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário** – a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 48-19.)

²³⁵ A reserva do possível limita a realização de direitos fundamentais pela via judicial, em decorrência da escassez de recursos do Estado (foto impeditivo de satisfação de direitos fundamentais).

²³⁶ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. Martins Fontes: São Paulo, 1997, p. 166-167.

²³⁷ Idem, p. 175.

limites dos direitos fundamentais, notadamente o direito à saúde, para não incorrer em maiores prejuízos do que o necessário ²³⁸.

Em verdade, poderia se dizer que o núcleo central da saúde seria a qualidade de vida. O direito à saúde seria “como um direito à promoção da vida das pessoas, um direito de cidadania que proteja a pretensão difusa e legítima a não apenas curar ou evitar a doença, mas a ter uma vida saudável, expressando uma pretensão de toda(s) a(s) sociedade(s) a um viver saudável” ²³⁹.

O conteúdo do direito à saúde passa por construção e reconstrução constantes, as quais envolvem situações concretas (contexto econômico, político e social) e a promoção do bem-estar e qualidade de vida individual e social.

O sistema da saúde envolve, ao menos, três categorias: recuperação, proteção e prevenção.

A recuperação envolve a participação dos serviços sociais e a reabilitação profissional, com vistas à reintegração do trabalhador tanto à sua atividade profissional quanto ao meio social.

A proteção relaciona-se a uma atuação constante antes mesmo da manifestação da doença.

A prevenção diz respeito aos meios para evitar doenças, nos quais se inserem a vigilância sanitária e epidemiológica ²⁴⁰.

Nessa esteira, considerando as múltiplas determinantes da saúde, como garantir a efetivação desse direito e o uso racional de recursos escassos? O que se pode dizer da realização do direito fundamental à saúde no Brasil? ²⁴¹

É vasto o debate do papel que a norma posta, ao lado da interação com outros infinitos processos sociais pode desempenhar. Sem embargo e de maneira despretensiosa,

²³⁸ HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Madri: Dykinson, 2003, p. 33. ^[1]_{SEP}

²³⁹ MORAES, José Luiz Bolzan de. O direito da saúde. SCHWARTZ, Germano (Org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003, p. 24. ^[1]_{SEP}

²⁴⁰ MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 514.

²⁴¹ Imperioso fazer o adento de que as normas jurídicas existentes, com destaque para a Constituição de 1988, não são o único elemento em operação na realidade. Por exemplo, a partir de dados obtidos no IBGE, a urbanização e a redução da natalidade tiveram papel crucial no aumento da expectativa de vida e na redução da mortalidade infantil. Quer dizer, tais fenômenos não se relacionam (ao menos diretamente), com as normas que tratam do direito à saúde.

Ainda, a própria capacidade de a norma produzir seus resultados depende do contexto na qual ela está inserida.

pode-se dizer que o direito já disposto (as normas em vigor), em especial às relacionadas ao direito à saúde, tem a capacidade de promover a transformação da realidade.

3.1.2 Titularidade e destinatários

O direito à saúde é um direito fundamental subjetivo ²⁴², uma vez que seu titular, ou seja, todos, possuem a faculdade de exigir a prestação por parte do Estado ²⁴³.

A universalidade do direito à saúde vem expressa em várias dicções legais do Direito brasileiro, destacando-se o artigo 196 da Constituição da República, que estabelece a saúde como “direito de todos”. A expressão “todos” não comporta exceções e/ou restrições, pois é abrangente e ampliativa.

Inclusive, o voto do Ministro Celso de Mello, em um processo que se pleiteava a concessão por parte da Administração Pública, de medicamentos gratuitos aos pacientes soropositivos, restou confirmado a posição de que o direito à saúde é universal. Em tal julgamento, o Ministro expressou seu entendimento nos seguintes dizeres: “representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição” além de “consequência jurídica indissociável do direito à vida” ²⁴⁴.

Do princípio da universalidade suscita-se a prerrogativa de tutela coletiva e individual em relação à saúde pública. Como o direito à saúde é direito de todos, sem exceção, pode ser entendida como direito difuso ou homogêneo.

A classificação em direito difuso permite a tutela coletiva sem, contudo, retirar do direito à saúde a possibilidade concomitante de tutela individual. Ao contrário, apenas insere

²⁴² Os direitos fundamentais, são, a um só tempo, direito objetivo e direito subjetivo, detendo, portanto, duplo caráter. São direitos subjetivos por que garantem um direito individual e impõem um dever estatal de assegurar tal direito. São direitos objetivos por que integram o ordenamento jurídico objetivo da coletividade. Em outros termos, são direitos subjetivos pois são aptos a outorgar aos seus titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos públicos e são direitos objetivos enquanto elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva, formadores da base do ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito. (SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2009, p. 195.)

²⁴³ SARLET e FIGUEIREDO, 2008, p. 9-10.

²⁴⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário número 271.286**. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>> Acesso em junho 2020.

mais uma oportunidade de busca da atividade estatal ²⁴⁵. Se a opção pela tutela for coletiva, poderá ser exercida através da ação civil pública (Lei nº 7.347/1985).

Há também possibilidade de intentar ação civil pública para o caso de interesses homogêneos, ainda que no interesse de apenas uma pessoa, quando a demanda for de saúde.

A exigibilidade coletiva do direito à saúde, pode alargar a proteção judicial a um número maior de pessoas beneficiadas.

Uma ação ajuizada por uma associação de portadores de determinada doença postulando medicamentos pretende, em última análise, que cada associado receba o produto, assim como se passa em ações individuais com o mesmo pedido. Neste sentido, Dallari:

Outro ponto importante a ser considerado, na tomada de decisões políticas, é a conciliação entre as necessidades dos indivíduos e as da coletividade. Reconhecendo o indivíduo como o valor mais alto, em função do qual existem a sociedade e o Estado, pode parecer natural dar-se preferência, invariavelmente, às necessidades individuais. É preciso ter em conta, no entanto, que o indivíduo não existe isolado e que a coletividade é a soma dos indivíduos. Assim, não se há de anular o indivíduo dando precedência sistemática à coletividade, mas também será inadequada a preponderância automática do individual, pois ela poderá levar à satisfação de um indivíduo ou de apenas alguns, em detrimento das necessidades de muitos ou de quase todos, externadas sob a forma de interesse coletivo. ²⁴⁶

O direito à saúde, por ser ao mesmo tempo individual e coletivo, não pode o individualismo ferir a coletividade e vice-versa, além de dever observar as peculiaridades do caso concreto. Nessa situação, a saúde deve ser relacionada com as características (físicas, genéticas e psicológicas) de cada indivíduo e com o ambiente (político, social ou econômico) em que ele está inserido. É um verdadeiro desafio harmonizar o direito à saúde à todas essas variáveis e limitações existentes.

Também é princípio norteador da saúde, a equidade, princípio decorrente da justiça social, na medida em que o atendimento à saúde deve ser livre de preconceitos ²⁴⁷ e privilégios, desigualdades, alcançando a população indistintamente. A todos é concedido

²⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 217-218.

²⁴⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 0 ed., São Paulo: Saraiva, p. 131, 2011.

²⁴⁷ Preconceito pode ser conceituado como o conjunto de atividades que provocam, favorecem ou justificam medida de discriminação. A sua manifestação, por sua vez, termina por contribuir para a hegemonia de determinado grupo em posição privilegiada à custa dos participantes do grupo de comparação, que são julgados não por seus méritos, mas por qualidades atribuídas a falsos argumentos. Obviamente, tais tratamentos desiguais consistem na negação de direitos humanos básicos, com base em determinados traços identitários percebidos como inferiores. O Estado deve estar apto a compreender esses mecanismos de violação seletiva de direitos e instrumentalizar o acesso aos direitos humanos, fundamentais e sociais, preservando a dignidade da pessoa humana.

igual direito de buscar o Estado para que cumpra suas obrigações, devendo se possibilitar tratamento desigual aos desiguais.

Pelo princípio da equidade, faculta-se aos gestores do SUS a possibilidade de realizarem investimentos mais vultuosos onde se verificar a maior carência da população. Em que pese todos terem direito ao acesso de serviços públicos, deve-se levar em consideração que as pessoas não são iguais e não estão nas mesmas condições sociais e econômicas.

Os direitos sociais de cunho prestacional, como é o caso do direito à saúde, encontra-se a serviço da igualdade, visando o tratamento equânime dos indivíduos e a proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material, garantindo a sua dignidade.

Noutro giro, ao se abordar os destinatários do direito fundamental à saúde, sabe-se que tem o Estado como responsável, mas, almeja-se saber quais Entes Federados estão vinculados à prestação dos serviços de saúde.

Sabe-se que há solidariedade entre os Entes na prestação do direito à saúde. Isso significa que todos os Órgãos da Administração Pública podem ser demandados pelo cidadão na busca da satisfação dos requerimentos por serviços de saúde, o que não exclui o dever das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Logo, a divisão interna quanto à competência pela prestação dos serviços de saúde (artigos 16, 17 e 18, da Lei do SUS) tem dimensão administrativa, tão somente.

3.2 Saúde no Brasil, SUS e seus princípios norteadores

Após longo período no qual a população viveu sob um Estado ditatorial (1964 - 1985), marcado pela centralização das decisões, autoritarismo e tecnicismo, a Carta Maior de 1988, criou o Sistema Único de Saúde (SUS).

Por conseguinte, o SUS decorre tanto da abertura democrática e quanto da evolução de “microssistemas” de proteção que ocorriam em nível ordinário (Sistema Nacional de Saúde, criado pela Lei nº 6.222/75 e o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde em 1987 (SUDS)). Por esta razão, o SUS representa uma das maiores conquistas sociais.

Logo, o SUS, tem embasamento tanto constitucional quanto infraconstitucional.

Vasconcelos e Pasche, conceituam o SUS da seguinte forma:

O Sistema Único de Saúde (SUS) é o arranjo organizacional do Estado brasileiro que dá suporte à efetivação da política de saúde no Brasil, e traduz em ação os princípios e diretrizes desta política. Compreende um conjunto organizado e articulado de serviços e ações de saúde, e aglutina o conjunto das organizações públicas de saúde existentes nos âmbitos municipal, estadual e nacional, e ainda os serviços privados de saúde que o integram funcionalmente para a prestação de serviços aos usuários do sistema, de forma complementar, quando contratados ou conveniados para tal fim.²⁴⁸

As características principais do regime jurídico constitucional do direito à saúde também são reflexo deste processo, tal como ensina Sarlet:

a) a conformação do conceito constitucional de saúde à concepção internacional estabelecida pela Organização Mundial de Saúde (OMS), sendo a saúde compreendida como o estado de completo bem-estar físico, mental e social; b) o alargamento do âmbito de proteção constitucional outorgado ao direito à saúde, ultrapassando a noção meramente curativa, para abranger aspectos protetivo e promocional de tutela devida; c) a institucionalização de um sistema único, simultaneamente marco pela descentralização e regionalização das ações e dos serviços de saúde; d) a garantia de universalidade das ações e dos serviços de saúde, alargando o acesso até então assegurado somente aos trabalhadores com vínculo formal e respectivos beneficiários; e) a explicitação da relevância pública das ações e dos serviços de saúde.²⁴⁹

Com a criação do SUS²⁵⁰, a Constituição propôs um modelo de organização da saúde no Brasil. O país apresenta um sistema de saúde misto, ou seja, abrange atividades estatais com financiamento público e parcerias privadas com o poder público, ao lado de um sistema de assistência suplementar à saúde.

O SUS, é financiado com recursos da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes, conforme disposto no artigo 198, § 1º, da CF. À vista disso, o SUS conta com recursos das três esferas de governo, o que pressupõe solidariedade entre os entes federados.

O sistema de transferência de recursos entre as esferas de governo do SUS se consubstancia pelos Fundos de Saúde (Nacional, Estadual e Municipal).

A regulamentação do SUS somente foi concretizada em 1990, com a edição da Lei nº 8.080/90 e da Lei nº 8.142/90, que juntas formam a Lei Orgânica da Saúde. Após edição destas Leis, foram publicadas novas leis para complementar e adequar as mesmas, adaptando

²⁴⁸ VASCONCELOS, CM. e Pasche, DF. O Sistema Único de Saúde. In: Campos GWS et al. **Tratado de Saúde Coletiva**. 2.ed. São Paulo: Hucitec; 2012, p. 531.

²⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista dos Tribunais**. 2008.

²⁵⁰ Até a promulgação da Constituição Federal, não havia um sistema de saúde, mas atendimentos feitos por União, Estados e Municípios, de modo desarticulado/fragmentado, por vezes até mesmo em concorrência em algumas atividades e omissões em outras. Somente eram atendidos os trabalhadores que estivessem inscritos na previdência social, relegando a milhões de brasileiros a atenção estatal (o atendimento era seletivo).

melhor o sistema de saúde às necessidades da população, como por exemplo a Lei nº 10.424/02, que trata do atendimento e internação domiciliar.

Por ser regulamentado pela Constituição, o SUS pode ser entendido como uma garantia institucional fundamental. Logo, a efetivação do direito à saúde deve conformar-se aos princípios e diretrizes pelos quais o SUS foi constituído, com especial relevância os artigos 198 a 200 da Constituição, dos quais é prescrito os princípios norteadores: unidade, descentralização, regionalização, hierarquização, integralidade e participação da comunidade. Os princípios do SUS são os alicerces do sistema.

Sobre tais princípios, Vasconcelos e Pasche afirmam:

A universalidade assegura o direito à saúde a todos os cidadãos e o acesso sem discriminação ao conjunto de ações e serviços de saúde ofertados pelo sistema. [...] A integralidade pressupõe considerar várias dimensões do processo saúde-doença que afetam os indivíduos e as coletividades e pressupõe a prestação continuada do conjunto de ações e serviços visando garantir a promoção, a proteção, a cura e a reabilitação [...]. A equidade no acesso às ações e aos serviços de saúde [...] justifica a prioridade na oferta de ações e serviços aos segmentos populacionais que enfrentam maiores riscos de adoecer e morrer em decorrência da desigualdade na distribuição de renda, bens e serviços.²⁵¹

Os princípios da descentralização e regionalização (artigo 9º, Lei nº 8.080/90)²⁵², fundamentam-se nas regras constitucionais de distribuição de competências e responsabilidades do SUS, assim como sua regulação normativa em nível infraconstitucional (portarias, decretos e leis).

Compete aos Municípios, DF e aos Estados, a responsabilidade (solidariedade obrigacional/dever de prestação positiva) pelas ações e serviços de saúde, assim como o fornecimento de bens materiais. A tais entes federados cabe atuar em caráter supletivo e subsidiário à União, tendo como objetivo a prestação de serviços de saúde com maior qualidade, controle e fiscalização pelos cidadãos.

Verifica-se que a Lei nº 8.080/90 delimita as competências e atribuições a serem desempenhadas pelos entes federativos de forma comum e concorrentes, delimitando, ainda, as competências exclusivas para cada uma das unidades federadas, levando em consideração, principalmente, a capacidade tributária de cada uma delas. É notório que a União detém o maior montante dos tributos, tendo maior aptidão para o fornecimento de tratamentos e

²⁵¹ VASCONCELOS, CM. e Pasche, DF. O Sistema Único de Saúde. In: Campos GWS et al. **Tratado de Saúde Coletiva**. 2.ed. São Paulo: Hucitec; 2012, p. 535.

²⁵² Este artigo demonstra que as ações do SUS serão exercidas por todos os entes federativos, reforçando a competência concorrente para satisfação do direito à saúde.

insumos de maior valor e complexidade ao se comparar com pequenos Municípios, por exemplo.

Como se verá adiante, a divisão de competências também está associada ao princípio da hierarquização e regionalização do SUS, na medida em que é necessária a divisão em níveis de atenção. Esta divisão é primordial, considerando a dimensão continental do Brasil.

A regionalização volta-se à organização de serviços de assistência à saúde respaldados no conceito de necessidades e prioridades dos habitantes de cada Estado (existem Estados brasileiros que são maiores do que muitos países, o que torna ainda mais complexa as prestações públicas de saúde). Assim, competirá às Secretarias de Saúde Estaduais e à Secretaria de Saúde do Distrito Federal formular um “Plano Diretor de Regionalização”, assegurando à população um acesso aos serviços de saúde mais próximo de sua residência e em conformidade com suas necessidades específicas.

A rede regionalizada vai além da simples distribuição especial de estabelecimentos e serviços, ela permite a colheita de dados sanitários, demográficos, socioeconômicos e epidemiológicos, para que se realize a hierarquização²⁵³ do atendimento. Acredita-se que quanto mais perto do fato a decisão (juízo de cognição) for tomada, maior a possibilidade de acerto.

O princípio da unidade diz respeito ao fato de o SUS ser um sistema único e unificado, o que significa que os serviços e as ações de saúde, tanto público e/ou privado, devem pautar-se e desenvolver sob as mesmas políticas. Noutros termos, o SUS é um só sistema, que está sujeito a um só planejamento, nos níveis nacional, regional, estadual e municipal.

A regionalização²⁵⁴ do SUS é importante, pois permite a adaptação dos serviços e ações de saúde ao perfil epidemiológico de cada região. A rede regionalizada visa a priorização da alocação dos recursos de maneira programática e gerencial.

²⁵³ A hierarquização significa divisão do atendimento em níveis de complexidade, a saber, atendimento primário (baixa complexidade), atendimento secundário (complexidade intermediária) e atendimento terciário (complexidade alta). O atendimento primário funciona como uma espécie de “porta de entrada” ao sistema, o qual direciona o paciente para unidades de maior complexidade, de acordo com as especificidades do caso.

²⁵⁴ Para aprofundar sobre o tema “regionalização”, cabe leitura da Portaria nº 4.279/2010, que definiu a Rede de Atenção à Saúde no SUS (RAS), encapada pela Portaria de Consolidação nº 03/2017 e do Decreto nº 7.508/2011. O Decreto nº 7.508/2011 disciplina as diretrizes de planejamento da saúde e a necessária articulação interfederativa.

O Decreto nº 7.508 de 2011, dentre outras prescrições, aponta para necessidade de se delimitar regiões de saúde, constituída por agrupamento de municípios limítrofes, não se esquecendo de verificar as identidades culturais, econômicas e sociais de cada região (artigo 2º, inciso I). Segundo a norma, “o acesso universal, igualitário e

O princípio da hierarquização, por sua vez, indica que o acesso aos serviços de saúde deve ocorrer dos mais simples aos mais altos níveis de complexidade, exceto em situações de urgência/emergência. Segundo o princípio em comento, a execução da assistência à saúde deve ocorrer em níveis crescentes de complexidade, por essa razão, os serviços de saúde são organizados e distribuídos partindo-se de ações de atenção básica ²⁵⁵, média e alta complexidade (procedimentos, como transplantes de órgãos).

O princípio da hierarquização almeja ordenar o sistema por níveis de atenção e estabelece fluxos assistenciais entre os serviços de modo que regule o acesso aos mais especializados.

O princípio da universalidade/universalização, representa a cisão que existia entre os trabalhadores segurados do sistema da previdência social e os demais setores da população, pois determina que a cobertura oferecida pelo SUS, deve ser a mais ampla possível e de maneira equitativa entre todos que o buscam e necessitam.

ordenado às ações e serviços de saúde se inicia pelas Portas de Entrada do SUS e se completa na rede regionalizada e hierarquizada, de acordo com a complexidade do serviço” (artigo 8º).

²⁵⁵ A Portaria nº 2.488/2011 definiu política de atenção básica como: “[...] um conjunto de ações de saúde, no âmbito individual e coletivo, que abrange a promoção e a proteção da saúde, a prevenção de agravos, o diagnóstico, o tratamento, a reabilitação, redução de danos e a manutenção da saúde com o objetivo de desenvolver uma atenção integral que impacte na situação de saúde e autonomia das pessoas e nos determinantes e condicionantes de saúde das coletividades”.

A concretização dessa função de política nacional de atenção básica se dá por meio das Unidades Básicas de Saúde (UBS), que funcionam como principal porta de entrada dos pacientes no SUS.

Cada unidade deveria ter na sua estrutura mínima: “[...] consultório médico; consultório de enfermagem; ambiente para armazenamento e dispensação de medicamentos; laboratório; sala de vacina; banheiro público; banheiro exclusivo para os funcionários; expurgo; cabines com leitos em número suficiente para toda a equipe; cozinha; sala de procedimentos; e, se forem compostas por profissionais de saúde bucal, será necessário consultório odontológico com equipo odontológico completo; [...]”.

Cada unidade básica de saúde deve manter: “[...] regular estoque dos insumos necessários para o funcionamento das unidades básicas de saúde, incluindo dispensação de medicamentos pactuados nacionalmente quando esta dispensação está prevista para serem realizadas naquela UBS; [...]”.

Ainda, deverá contar com: “[...] equipes multiprofissionais compostas, conforme modalidade das equipes, por médicos, enfermeiros, cirurgiões-dentistas, auxiliar em saúde bucal ou técnico em saúde bucal, auxiliar de enfermagem ou técnico de enfermagem e Agentes Comunitários da Saúde, dentre outros profissionais em função da realidade epidemiológica, institucional e das necessidades de saúde da população”.

A atenção básica está sob a gestão municipal, mas deve o Estado dedicar-se a ela, pois na sua falta de resolutividade, haveria sobrecarga das questões de maior complexidade (a maior resolutividade no primeiro nível de atendimento impacta menos nos demais níveis (atenção secundária e terciária)).

A atenção secundária e terciária são as assistências de média e alta complexidade (prestação ambulatorial, hospitais gerais, especializados ou de referência), mais próximas da responsabilidade do Estado.

(BRASIL. **Portaria nº 2.488 de 21 de outubro de 2011.** Aprova a Política Nacional de Atenção Básica, estabelecendo a revisão de diretrizes e normas para a organização da Atenção Básica, para a Estratégia Saúde da Família (ESF) e o Programa de Agentes Comunitários de Saúde. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2488_21_10_2011.html>. Acesso em julho de 2021.)

Sabe-se que é frequente a falta de profissionais de saúde nas UBS, além de inúmeros outros problemas. Há muito também muito o que ser feito em relação à atenção primária à saúde, para que a mesma se torne efetiva e eficiente.

Em suma, o Estado não pode se omitir em ajudar os Municípios.

Em outros termos, toda pessoa, a despeito de qualquer condição, terá direito à saúde (mesmo o estrangeiro residente no país, em observância a igualdade, sem distinção de qualquer natureza, consoante disposto no *caput* do artigo 5º, da Lei Maior).

Pelo princípio da universalização, resta assegurado que todos detêm o direito à saúde, razão pela qual as políticas públicas devem atender o maior número de indivíduos, garantindo a todos os serviços públicos de saúde, sem qualquer tipo de discriminação, independentemente de fatores de renda, ocupação, sexo, etc.

O princípio da integralidade está associado à garantia do fornecimento conjunto articulado e contínuo, pela qual se denota a obrigação de se propiciar os meios materiais para garantia do direito à saúde em todos os níveis de complexidade de assistência, atendendo todas as necessidades da pessoa, correlatas a promoção da saúde, prevenção de doenças e a reabilitação, o que pressupõe a exigência de atendimentos médicos, fisioterápicos, farmacêuticos, dentistas, dentre outros que se fizerem necessários.

O SUS, um dos maiores e mais complexos programas de saúde do mundo, preconiza através do princípio da universalidade, que o imigrante, aquele que não tem carteira de trabalho, o exilado, etc., devem ter direito de acesso ao sistema se carecerem de ajuda.

A política pública e social de assistência à saúde é inspirada pela igualdade, despida de preconceitos ou privilégios de qualquer natureza. Ou seja, a garantia de atenção à saúde por parte do sistema, é para todo e qualquer cidadão, sem distinções. Em determinados contextos específicos, pode haver atendimento prioritário, como é o caso de idosos e gestantes.

Por ser integral, os serviços e ações de promoção, proteção e recuperação da saúde requerem uma estrutura completa (meios de diagnóstico; recursos materiais e financeiros vigilância epidemiológica, ambiental e sanitária; campanhas de vacinação, ações destinadas a grupos ou regiões com necessidades específicas, educação em saúde, etc.) e contínua.

Sobre o assunto asseveram Vasconcelos e Pasche:

[...] esse princípio orientou a expansão e qualificação das ações e serviços do SUS que ofertam desde um elenco ampliado de imunizações até os serviços de reabilitação física e mental, além das ações de promoção da saúde de caráter nacional intersetorial.²⁵⁶

²⁵⁶ VASCONCELOS, CM. e Pasche, DF. O Sistema Único de Saúde. In: Campos GWS et al. **Tratado de Saúde Coletiva**. 2.ed. São Paulo: Hucitec; 2012, p. 535.

Por ser universal, a assistência à saúde será dirigida, na modalidade preventiva, assistencial ou curativa, a toda a população que invocar a responsabilidade solidária da União, Estados, DF e Municípios ²⁵⁷. Contudo, sabe-se que a realidade apresenta limites a este princípio, exemplo disso é a pandemia do coronavírus.

No ano de 2019, o Brasil e o mundo sofreram com uma das maiores crises de saúde da história, em virtude da COVID-19, que fora detectado pela primeira vez na China e se alastrou pelo resto do planeta, causando a morte de milhares de pessoas e, conseqüentemente, acarretando caos em diversos sistemas de saúde.

Esse cenário pandêmico contribuiu para desnudar a importância do sistema público de saúde no Brasil, visto que o país, marcado por uma latente desigualdade social, não teria como enfrentar os graves efeitos provocados se não existissem políticas públicas de saúde consolidadas e toda a sua estrutura existente.

Conforme dados do Conselho Nacional de Secretárias Municipais de Saúde (CONASEMS), “dos países com mais de 200 milhões de habitantes, o Brasil é o único que conta com serviços gratuitos de forma universal” ²⁵⁸, sendo o SUS o principal instrumento institucional, administrativo e legal de enfrentamento a pandemia.

A crise em saúde pública provocada pelo coronavírus, escancarou para a população brasileira, a importância do SUS.

Por último, tem-se o princípio da participação da comunidade, que pode se dar de maneira direta ou indireta. Este princípio diz respeito à definição e ao controle social das ações e políticas de saúde.

A participação pode ser realizada por representantes da sociedade civil em Conferências de Saúde (vide artigos 12, 29, 19-H, 19-Q, 19-P, 33, 37 da Lei nº 8.080/1990)

²⁵⁷ Apesar de os artigos 194, parágrafo único, inciso VII e 198, inciso I, reconhecerem o princípio da “descentralização administrativa” ou “descentralização, com direção única em cada esfera de governo”, tais indicações constitucionais não desoneram quaisquer das instâncias federativas para com o dever de assistência à saúde. Mas isso não significa dizer que todos detêm competência irrestrita em relação a todas as questões postas em juízo.

Neste ponto, cabe fazer referência às Normas Operacionais Básicas (NOB) nº 01/1991, 01/1992, 01/1993 e 01/1996, às normas Operacionais de Assistência à Saúde (NOAS) nº 01/2001 e 02/2002, além das Portarias Ministeriais nº 399/2009, 1.580/2012, 325/2008, 18/2009, 2.699/2009 e 2.048/2009.

²⁵⁸ BRASIL. CONASEMS. **Reconhecer a importância do SUS é o primeiro passo contra a pandemia.** Disponível em: <https://www.conasems.org.br/reconhecer-a-importancia-do-sus-e-o-primeiro-passo-contr-a-pandemia-defendaosus/#:~:text=Dos%20pa%C3%ADses%20com%20mais%20de,m%C3%A3os%20no%20combate%20ao%20v%C3%ADrus>. Acesso em agosto de 2021.

²⁵⁹, ou até pela participação direta, já que a CF assegura que os indivíduos interajam no processo de definição das políticas públicas.

O princípio da participação da comunidade, reconhece a relevância da construção do direito a partir convivência coletiva. Considera-se necessária a conscientização da sociedade civil, para que ela seja forte, reflita seus interesses e se autodetermine, e, conseqüentemente, exija prestações por parte do Estado.

A participação da comunidade, possibilita a construção de um conhecimento compartilhado sobre saúde, em que os usuários vocalizam suas necessidades e demandas (valoriza-se a ideia de democracia participativa).

Tal participação comunitária na gestão do SUS se efetiva, principalmente, por meio das Conferência ou do Conselho de Saúde, o que lhe atribui natureza democrática e descentralizada. Com a descentralização, há compartilhamento e redistribuição de responsabilidades pelos níveis governamentais.

A composição das Conferências e dos Conselhos precisa ser ampla, de modo a garantir que as deliberações atinjam o grau máximo de representatividade e legitimidade. Os usuários devem ser representados paritariamente, ao lado dos demais seguimentos (administração pública, prestadores de serviços e profissionais da saúde).

Os Conselhos de Saúde são órgãos colegiados, de natureza permanente e deliberativa, formados por “representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários”, atuando “na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente”, bem como “nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo”, nos termos do artigo 1º, inciso II, parágrafo 2º, da Lei nº 8.142/1990.

Os Conselhos, dotados de funções deliberativas, são incumbidos de formular estratégias, controlar e fiscalizar a execução da política de saúde, abarcando aspectos econômicos e financeiros, para definição de normas para as estruturas federativas do SUS –

²⁵⁹ A Lei Complementar nº 141/2012 disciplinou de maneira mais específicas sobre as competências dos conselhos de saúde no processo de formulação, implementação, acompanhamento, avaliação e controle das políticas públicas de saúde, além de prever a realização das audiências e consultas públicas para informação e análise dos cidadãos acerca dos assuntos relativos à saúde pública (vide artigos 3º, inciso VI, 17, § 3º, 19, § 2º, 20, 22, parágrafo único e inciso I, 30, § 4º, 31, parágrafo único e inciso III, 36, §§ 1º, 2º, 3º e 5º, 38, 39, § 5º, 41, 43, § 1º, 44, caput, dentre outros). Destaca-se que tais instrumentos legais listados não exaurem todos os mecanismos e espaços de participação e controle social existentes no Sistema.

assim como para exercer o controle sobre os atos dos gestores de saúde e dos resultados por eles alcançados.

Os Conselhos de Saúde são órgãos que devem responder diretamente ao chefe do poder legalmente constituído em cada esfera de governo, sendo suas decisões homologadas por essa autoridade. As decisões do Conselho exigem homologação do Chefe do Poder Executivo.

Pode-se dizer que os Conselhos de Saúde são espaços públicos que privilegiam a participação e o controle social, com objetivo de corrigir, ou ao menos minimizar, as assimetrias de representação.

Barros aponta para a necessidade do controle social sobre a ação estatal dentro da perspectiva da democratização dos processos decisórios, destacando que “ao longo de décadas, os governos submeteram os objetivos de sua ação aos interesses particulares de alguns grupos dominantes, sem qualquer compromisso com o interesse da coletividade”²⁶⁰.

As Conferências de Saúde são arenas com representação dos segmentos sociais que se reúnem a cada 04 (quatro) anos para a avaliação da situação saúde e a propositura de diretrizes da política da saúde (artigo 1º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.142/1990)²⁶¹.

A realização das Conferências é responsabilidade do governo, convocadas pelo Executivo ou pelo Conselho de Saúde, excepcionalmente. As resoluções das Conferências, fruto de discussões e propositura de possíveis soluções, servem de parâmetro para as decisões dos gestores e dos Conselhos de Saúde.

As ouvidorias, conferências e conselhos de saúde municipais, estaduais, distritais e nacionais, audiências e consulta públicas, sistema de informação 0800, apoio à organização de movimentos sociais, campanhas de informação e divulgação na mídia, dentre outros institutos, têm contribuído para informar os usuários do SUS e formar a consciência política de proteção ao direito universal dos cidadãos à saúde.

Ainda sobre o a importância do princípio da participação social, merece, também, menção a Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde (Carta SUS), aprovada na 198ª Reunião Ordinária do Conselho Nacional de Saúde e publicada na Portaria do Ministro da Saúde nº

²⁶⁰ BARROS, Elizabeth. O Controle Social e o processo de descentralização dos serviços de Saúde. In: BRASIL. Ministério da Saúde. Incentivo à participação popular e Controle Social no SUS: textos técnicos para conselheiros de saúde. Brasília: IEC, 1998, p. 31.

²⁶¹ A Lei nº 8.142/90, dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS, além de estabelecer as transferências intergovernamentais de recursos financeiros da área da saúde.

1.820/2009, pelo seu caráter inovador na prestação de informações qualificadas ao cidadão, estimuladoras de uma postura consciente acerca dos serviços públicos usufruídos e do controle direto da ação dos agentes públicos.²⁶²

A Carta SUS supramencionada é uma correspondência enviada pelo Ministério da Saúde ao usuário do SUS que foi internado ou submetido a procedimento de saúde dentro do Sistema, que informa os serviços que foram a ele prestados, o valor do custo desses serviços para o SUS, e encaminha pesquisa de satisfação sobre o atendimento prestado pelo hospital ou pela unidade de saúde. A Carta SUS lembra ao cidadão que o serviço público não é gratuito, mas que é um direito do cidadão usufruí-lo de forma gratuita, e possibilita ao usuário, inclusive, denunciar, caso haja inconsistências entre os serviços notificados na Carta e os que ele efetivamente usufruiu, contribuindo para a identificação de fraudes.²⁶³

Ao lado dos princípios acima elencados (unidade, descentralização, regionalização, hierarquização, integralidade e participação da comunidade), o artigo 7º, da Lei nº 8.080/1990, apresenta outros, são eles:

i) preservação da autonomia pessoal na proteção e defesa de suas integridades física e moral, o que explicita o respeito à capacidade individual na tomada de decisões, abarcando a eleição do procedimento médico a ser implementado, desde que eficaz para a preservação da saúde ou da comunidade (artigo 7º, inciso III);

ii) direito à informação das pessoas assistidas sobre o seu estado de saúde (artigo 7º, inciso V);²⁶⁴

iii) divulgação de informações aos usuários acerca do potencial dos serviços de saúde e sua utilização (artigo 7º, inciso VI);

iv) uso da epidemiologia para a fixação de prioridades, a alocação de recursos e a orientação dos programas de atenção à saúde (artigo 7º, inciso VII);

v) integração no plano executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico (artigo 7º, inciso X);

²⁶² Desigualdades socioeconômicas (herança histórica na formação do Estado brasileiro) tendem a traduzirem-se em desigualdades políticas e, conseqüentemente, refletem na falta de equilíbrio e de representatividade dos canais de participação cidadã.

²⁶³ BRASIL. **Portaria nº 1.820 de 13 de agosto de 2009.** Dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários de saúde Disponível em: <https://conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2009/01_set_carta.pdf>. Acesso em julho de 2021.

²⁶⁴ O direito à informação está consagrado no artigo 5º, inciso XXXIII, da CF/88 e na Lei nº 12.527/2011, denominada Lei de Acesso à Informação (LAI). Esta Lei marcou uma mudança nos padrões de obtenção de informações públicas, visto que ao cesso passou a ser a regra, enquanto o sigilo, a exceção.

vi) reunião dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população (artigo 7º, inciso XI);

vii) capacidade de resolução dos estabelecimentos e serviços em todos os níveis de assistência à saúde (artigo 7º, inciso XII); e

viii) organização dos serviços públicos para impedir meios dúplices para finalidades iguais (artigo 7º, XIII).

Os princípios que regulam a organização do SUS, atingem as três instâncias do Estado brasileiro (governo federal, governo estadual e governo municipal).

Os objetivos do SUS vêm descritos no artigo 5º, incisos I a III, da Lei nº 8.080/1990:

Art. 5º São objetivos do Sistema Único de Saúde - SUS:

I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;

II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei;

III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.

Os objetivos do SUS deixam claro que a saúde não é somente um direito de dimensão individual, mas, simultaneamente, coletivo, transindividual²⁶⁵, social, além de ser um instrumento do Estado para a melhoria do desenvolvimento em sentido amplo, já que o artigo 3º, *caput*, da Lei nº 8.080/1990, traz como determinantes/condicionantes da saúde a alimentação, lazer, moradia, atividade física, trabalho, meio ambiente, saneamento básico, renda, educação etc.

As atividades do SUS espriam por todas as atividades do sistema, abrangendo as etapas preventiva, promocional, protetiva e curativa da saúde.

²⁶⁵ Ada Pellegrini Grinover define os interesses transindividuais como indeterminados pela titularidade, indisponíveis com relação ao objeto, colocados no meio do caminho entre os interesses públicos e os privados, próprios de uma sociedade de massa e resultado de conflitos de massa, carregados de relevância política e capazes de transformar conceitos jurídicos estratificados com a responsabilidade civil pelos danos causados no lugar da responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os processos coletivos nos países de civil law e common law**: uma análise de direito comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 229.

Os interesses transindividuais foram classificados em três categorias pelo CDC (artigo 81): i) difusos (“os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”); ii) coletivos em sentido estrito (“os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”); e, iii) os individuais homogêneos (de origem comum).

Mais uma vez, o SUS representa algo grandioso, trata-se de um sistema de saúde cuja meta é ofertar assistência à saúde, em suas dimensões de prevenção, proteção e recuperação para mais de 210 (duzentos e dez) milhões de pessoas/usuários, considerando as singularidades territoriais e de distribuição econômico social diferenciada, cujas atribuições ultrapassam a assistência.

É notório constar novamente que, a salvaguarda do direito à saúde se dá também pela proteção conferida a outros bens fundamentais, nas quais apresenta zonas de convergência. Este fato confirma a tese existente entre a íntima interdependência entre todos os direitos humanos e fundamentais.

Então, pode-se dizer que a efetivação do direito à saúde, compromisso social, não incumbe de modo exclusivo ao “setor da saúde”, depende de múltiplos fatores e, portanto, deve ser compreendido à medida que é garantido uma qualidade mínima de vida, através da efetivação de políticas públicas que sirvam para a superação das desigualdades sociais e o pleno desenvolvimento da personalidade.

O diálogo (das instituições) e as discussões acerca das dificuldades e problemas de enfrentamento de cada realidade com suas especificidades são primordiais para se traçar objetivos, já que, nas palavras do filósofo Leonardo Boff “todo ponto de vista é a vista de um ponto”.

Desse modo, a participação da comunidade não pode ser vista apenas como um dos princípios do SUS, patrimônio social do Brasil, mas sim com base para toda a formação e implementação das políticas públicas.

O SUS é um projeto viável, que está a depender de esforços coordenados de toda a sociedade e de recursos para enfrentar os problemas estruturais e até mesmo a judicialização da saúde.

3.3 Saúde pública e pluralismo: a promoção dos vulneráveis

Na condição de direito humano, social, fundamental e vital, a saúde somente pode ser compreendida e posteriormente aplicada a partir de uma análise conjunta e sistemática de todo o arcabouço jurídico (normas constitucionais dialogam e vinculam toda a legislação infraconstitucional e jurisprudencial) e fático (caso concreto).

A sociedade globalizada clama pela proteção social de seus cidadãos. Assim, considerando que a saúde pública tem por objetivo a promoção, prevenção e recuperação da saúde de todos os indivíduos que compõem o Estado brasileiro ²⁶⁶, o reforço à democracia se faz a partir da oportunidade de participação do cidadão nesse contexto. Referida participação deve-se fazer sentir tanto na construção da norma jurídica quanto na possibilidade de o cidadão acionar o Estado para garantir o direito ao qual faz jus.

Ademais, o cumprimento desses compromissos do pacto social acima mencionados, não podem ser esvaziados pela falta de recursos financeiros ou orçamentários e tampouco pela falta de eficácia das normas constitucionais.

O autor Ferrajoli defende a ideia de eficiência social e a legitimidade do Estado, assim enfatiza a necessidade de se garantir o que ora foi pactuado: “e na base de reconhecimento elementar, isto é, do fato de que o direito social certamente tem um custo, mas o seu custo é infinitamente inferior ao custo da falta de garantia a esse direito”. ²⁶⁷

Segundo Habermas, a participação é decorrência necessária que deve existir entre os direitos fundamentais e a soberania, percebendo-se que ambos legitimam o Direito moderno ²⁶⁸.

A informação adequada e verdadeira, o efetivo controle social e a liberdade de pensamento, possibilitam o debate sobre as decisões políticas de relevo social. Habermas lança mão do conceito de democracia deliberativa, em que a esfera pública seria dominada pelo debate e pela argumentação de interesse coletivo, com ampla participação dos cidadãos nas discussões em torna da coisa pública como forma de conferir legitimidade às decisões coletivas:

O princípio da democracia pressupõe preliminarmente a possibilidade da decisão racional de questões práticas, mais precisamente, a possibilidade de todas as fundamentações, a serem realizadas em discurso (e negociações reguladas pelo procedimento), das quais depende a legitimidade das leis. ²⁶⁹

Assinala-se que é essencial para a aceitação e salvaguarda do direito à saúde que a comunidade se reconheça nele. Assim, para que a vontade seja livre em qualquer destas

²⁶⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 48-49.

²⁶⁷ FERRAJOLI, Luigi. **I Conferência Internacional sobre Garantismo e Gestão Pública – Separação dos poderes: funções e garantia**. *Jornal Estado de Direito*, Porto Alegre, ano IV, n. 23, nov. e dez. de 2009.

²⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2003. p. 133.

²⁶⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro, 1997, p. 242.

manifestações, é preciso que haja redução das desigualdades sociais, evitando-se a marginalização social, a opressão etc.²⁷⁰

O legislador deve ser representante dos interesses civis, pois é ele o corpo civil eleito para tal finalidade. O Direito deve entrelaçar as aspirações do povo às normas legais, somente dessa forma serão legítimos, justos e democráticos²⁷¹.

Aqui se delinea a celeuma relevante em relação à saúde pública, pois esta depende de políticas públicas, cuja legitimidade seria do Poder Executivo e do Legislativo e é um direito fundamental, cuja legitimidade seria do Poder Judiciário para dirimir e amparar os cidadãos.

Sabe-se que a mera eleição pelo voto popular não assegura uma atuação efetivamente representativa. De igual maneira, o Judiciário é um órgão de baixa densidade social e democrática, uma vez que os juízes não são eleitos pelo voto popular.

Diante dessas considerações, para efetivar e dar concretude ao direito à saúde, parte-se da possibilidade de participação, no âmbito judicial, na concretização da norma.

²⁷⁰ Entende-se que aquele que não dispõe de um mínimo existencial, também denominado de “conteúdo mínimo”, “mínimo vital”, “conteúdo básico” ou “núcleo essencial”, certamente não absorverá a informação disponível e tampouco efetivará sua participação nas decisões públicas e/ou encontrará amparo em seu discurso. O mínimo existencial deve influenciar a ordem jurídica e não o contrário, está imbuído de historicidade (varia de acordo com o contexto econômico, social e a identidade territorial que deseja abarcar (lugar, tempo, padrão socioeconômico vigente, expectativas e necessidades)) e tem validade *erga omnes*. Por este motivo, a democracia participativa deve estar atrelada à igualdade, além da representatividade (escolha da maioria). Quer dizer, a elucidação e definição do mínimo existencial deve ocorrer a partir do papel dos legisladores, juízes e da sociedade. Ao legislador cabe a função de dispor sobre a norma da prestação, as condições para fruição, seu montante, dentre outros aspectos. Aos tribunais, cabe decidir sobre o núcleo existencial mínimo, mas em casos de desvio de finalidade ou omissão por parte do sistema legiferante.

A discussão no Brasil a respeito do mínimo existencial está em permanente construção doutrinária, tendo ganhado força na última década.

De acordo com Barcellos, o mínimo existencial seria constituído de: saúde básica, educação fundamental, acesso à justiça e assistência aos desamparados, este último englobando alimentação, vestuário e abrigo. Destarte, no caso do Brasil, país de imensa desigualdade social, não se pode se contentar com o “mínimo vital”, devendo, sempre, se perseguir, continuamente, os direitos fundamentais da Constituição brasileira em sua completude. Por outra forma, o conceito de mínimo existencial trazido por Barcellos choca-se frontalmente ao estipulado pelos principais marcos normativos do SUS, da CF/88 e da Lei Orgânica da Saúde. Há até quem diga que o mínimo existencial é uma construção argumentativa inconstitucional e ilegal em relação aos normativos do direito à saúde no Brasil, por refutar aos objetivos, princípios e diretrizes do SUS (integralidade, universalidade e participação social).

Com essa observação, objetiva-se ressaltar que o direito à saúde está lastreado pelo mais alto documento normativo do país, não cabendo simples interpretações do Estado de negativa pelo fundamento do mínimo existencial.

(BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

²⁷¹ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e justiça distributiva**: elementos da filosofia constitucional contemporânea. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 204.

Barroso afirma que a efetividade significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social, isto é, a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais. A efetividade também simboliza a aproximação entre o *dever-ser* normativo e o ser da realidade social (encurtamento da distância entre o direito real e o potencial).

Partindo da premissa da estatalidade do Direito, é intuitivo que a efetividade das normas depende, em primeiro lugar, da sua eficácia jurídica, da aptidão formal para incidir e reger as situações da vida, operando os efeitos que lhe são próprios. Não se refere aqui apenas à vigência da regra, mas também, e sobretudo, à capacidade de o relato de uma norma dar-lhe condições de atuação, isoladamente ou conjugada com outras normas.²⁷²

Sobre a efetividade da norma constitucional e a divergência entre o direito posto e a realidade concreta, Hesse aduz que:

[...] a condição de eficácia da Constituição Jurídica, isto é, a coincidência de realidade e norma, constitui apenas um limite hipotético. É que, entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluida e irracional, existe uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar.²⁷³

Desse modo, Hesse ensina que se deve buscar a eficácia da norma constitucional, embora seja evidente as naturais tensões ligadas à sua concretude. Mais, Hesse preleciona que a Constituição transforma-se em força ativa se “existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida”²⁷⁴, principalmente pelos mais responsáveis pela ordem constitucional.

Hesse ainda acrescenta que “[...] interpretação constitucional é concretização”²⁷⁵, de forma que a Constituição e a realidade “[...] não podem ser isoladas uma da outra”²⁷⁶.

Assim, infere-se que havendo distorções interpretativas ou ausência prática de sua aplicação, a Constituição perde sua força e eficácia. É extramamente complexo a interpretação de assuntos que envolvem o direito à saúde.

Nesse sentido, leciona Ney de Barros:

Um texto constitucional é composto de normas que trazem consigo conceitos que evoluíram no tempo e se modificaram a partir da mutação da própria sociedade. Não se pode tomar a ordem constitucional como ordem estática, presa a um passado legislativo que não opera mais no presente. A abertura constitucional é exatamente a

²⁷² BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira.** – 7ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 81.

²⁷³ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 10.

²⁷⁴ HESSE, Konrad. Op. Cit., p. 05.

²⁷⁵ HESSE, Konrad. Ibidem., p. 61.

²⁷⁶ HESSE, Konrad. Idem, p. 50.

possibilidade de reconstruir o texto a partir da interpretação, dando leitura nova a velhos textos, reelaborando conteúdo dos conceitos constitucionais.²⁷⁷

A proteção dada ao direito à saúde, assim como qualquer outro direito, modifica com o passar dos tempos, sendo certo que a reconstrução desse direito fundamental requer a participação da população.

Nos dizeres de Galuppo: “[...] os Direitos fundamentais são os direitos que os cidadãos precisam reciprocamente reconhecer uns aos outros, em dado momento histórico, se quiserem que o direito por eles produzido seja legítimo, ou seja, democrático.”²⁷⁸

Para concretização do direito à saúde, é necessário dar voz ativa aos atores sociais, aqui representados pelo *amicus curiae*, que estão inseridos na realidade do Brasil.

O *amicus curiae*, em sede de ação civil pública, por exemplo, pode ser representado, pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ou pela ANS (Agência Nacional de Saúde), pois referidas entidades têm se dedicado na realização de fóruns e debates acerca de assuntos relacionados à saúde.

A necessidade de participação popular na construção e gestão da saúde vem corporificada também na imposição de Conselhos de Saúde com representação da sociedade civil.

Como agentes e ainda destinatários do direito à saúde, todos, sem distinção de atributos pessoais ou sociais, merecem e devem participar da construção do direito que lhes regerá.

O real exercício do direito à saúde exige um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade não se oferece simplesmente por si mesma, é necessário a sua implementação para compensar as desigualdades sociais. Em complemento, o efetivo exercício do direito à democracia exige também respostas legítimas da sociedade civil participativa.

É próprio do Estado democrático de direito, inclusive para se configurar como tal, a necessidade de ser permeado pelas participações sociais. Sob esse ponto de vista Godoy afirma que “todo indivíduo que tem igual direito de intervir na resolução dos assuntos que

²⁷⁷ BELLO FILHO, 2003, p. 10.

²⁷⁸ GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 236-237.

afetam a sua comunidade; vale dizer, todos merecem participar dos processos de discussão e decisão em pé de igualdade”.²⁷⁹

Então, o modelo de democracia participativa (ou a deliberativa de Habermas) é o que melhor reflete os anseios democráticos já listados (artigos 1º e 3º, da CF de 1988). O desafio é, então, desenhar um diálogo que maximize a capacidade da democracia de produzir respostas melhores em direitos fundamentais, com destaque ao direito fundamental à saúde, sempre lidando com as limitações temporais e cognitivas.

Construir decisões revestidas de legitimidade democrática é uma conquista que deve ser buscada dia a dia. Há vários fins públicos que se inter-relacionam e diferentes formas de realizá-los. Talvez, por isso, Bobbio considere “o direito um produto não do indivíduo ou dos indivíduos, mas da sociedade no seu todo”²⁸⁰. Entretanto, não se ignora as dificuldades diversas da aplicação prática que esta afirmação representa.

O esforço do Juízo de obter informações deve ser levado a sério, já que sua decisão interferirá na vida das pessoas.²⁸¹

Trata-se de uma discussão complexa e conflituosa na sociedade hodierna, pois esbarra em questões de justiça e em diversas outras variáveis. Sabe-se que os critérios de justiça de cada indivíduo são infinitos, irredutíveis, e, por vezes, inconciliáveis.

²⁷⁹ GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 45. (Direito, desenvolvimento e justiça, Série produção científica).

²⁸⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução de Denise Agostinetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008 (Justiça e direito), p. 17.

²⁸¹ É uma irresponsabilidade negligenciar eventual informação disponível que poderia ser útil para a melhor compreensão do fato posto.

4. AMICUS CURIAE E AS AÇÕES DE DIGNIDADE CONSTITUCIONAL COMO GARANTIA AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

No Brasil a norma positivada no tocante ao direito fundamental à saúde está bastante distante de sua expressão real e de sua aplicabilidade, ainda extremamente dependente de efetivação de muitas políticas públicas. Assim, questiona-se: O uso de mecanismos legais, como o *amicus curiae*, poderia contribuir na reparação dos direitos violados, especialmente no contexto da saúde pública?

É claro que não basta a positivação do direito fundamental à saúde na Carga Magna, pois esta não é autoaplicável. Ramos conclui que:

Parece claro também que não basta ao constituinte impor metas e estabelecer funções, se não for além, não fizer com que tais imposições sejam cumpridas, estabelecendo aplicabilidade e eficácia a estes dispositivos. Caso contrário, tais dispositivos permanecerão inertes, permearão o ordenamento jurídico de forma ineficaz, apenas como meras estipulações, meras previsões de cunho constitucional, mas que na verdade, na prática, de nada servirão, e não surtirão efeito algum.²⁸²

O atendimento à saúde requer a convergência entre a constituição formal com a real, melhor dizendo, que exista no texto escrito uma realidade pelo menos próxima da vivida pelo povo²⁸³. São muitos e diversos os interesses envolvidos, gerando constante conflito entre o sistema público de saúde e os indivíduos.

A meta ideal é promover justiça e o bem-estar de todos aqueles que estão no território nacional, mesmo que com um número limitado de recursos.

Ocorre que, quando se lida com direitos fundamentais, é inevitável suscitar a questão da separação entre os poderes no que diz respeito à repartição de competências (legislativas, administrativas e tributárias).

O constituinte estabeleceu no artigo 2º da CF/88, a independência e harmonia entre os três poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), a isto, denomina-se separação de poderes, ainda que o Estado seja uno.

²⁸² RAMOS, Marcele Carvalho da Silva. O direito fundamental à saúde na perspectiva da Constituição Federal: uma análise comparada. **Revista Jurídica de Direito Administrativo e Constitucional** [revista eletrônica]. 2010, p. 61. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/627/80>>. Acesso em junho de 2020.

²⁸³ TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. **Revista Jurídica**. 2016; 54(341):11-26.

Em relação à saúde e assistência pública, a Constituição Federal consagra, nos termos dos incisos II e IX, do artigo 23, a existência de competência administrativa comum entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Igualmente, nos termos do artigo 24, inciso XII, o texto constitucional prevê competência concorrente entre União e Estados/Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde; permitindo, ainda, aos Municípios²⁸⁴, nos termos do artigo 30, inciso II, a possibilidade de suplementar a legislação federal e a estadual no que couber, desde que haja interesse local; devendo, ainda, ser considerada a descentralização político-administrativa do Sistema de Saúde (artigo 198, CF, e artigo 7º da Lei nº 8.080/1990), com a consequente descentralização da execução de serviços e distribuição dos encargos financeiros entre os entes federativos, inclusive no que diz respeito às atividades de vigilância sanitária e epidemiológica (artigo 6º, inciso I, da Lei nº 8.080/1990).

Ainda sobre essa divisão em três esferas, que gravita em torno do princípio da autonomia das entidades federativas²⁸⁵, diz-se que a mesma ocorre para que seja possível haver uma imparcialidade na forma de governo, evitando-se assim o abuso de poder, conforme nos ensina Montesquieu:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca, ou mesmo o Senado, faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.²⁸⁶

A cooperação e separação dos três poderes é utilizada para exteriorização do poder do Estado através de funções e contenção da corrupção, mas o escopo e a vontade estatal é (sempre) (ou deveria) ser respeitado os direitos fundamentais, afinal, o poder emana do povo.

No Brasil, juridicamente, não há hierarquia ou diferença entre a União, os 26 (vinte e seis) estados, o Distrito Federal e os 5.570 (cinco mil quinhentos e setenta) municípios.

²⁸⁴ Este artigo se revela primordial na medida em que as regiões de saúde brasileiras apontam heterogeneidades. O processo de municipalização dos serviços de saúde é fragmentado segundo diferentes lógicas orquestradas em micros espaços permeados/sensíveis por interesses locais.

²⁸⁵ A autonomia dada um ente federado significa conferir-lhe quatro capacidades: autogoverno, autolegislação, autoadministração e auto-organização.

²⁸⁶ MONTESQUIEU, Charles-Louis Secondat Barão de La Brède. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 167-168.

Porém, o atendimento das necessidades da população depende, necessariamente, da cooperação entre entes, nem sempre viabilizada de forma consistente e amigável, afinal, nem sempre é uma relação mutuamente vantajosa.

Nesse viés, o fortalecimento da união e a cooperação entre os três poderes é de suma importância e imprescindível para conter crises em saúde pública e, conseqüentemente, exercer lideranças em defesa do interesse público.

Divergências de posicionamento entre autoridades de níveis federativos diversos, acarretam intranquilidade, insegurança e injustificado receio em toda a sociedade. Para enfrentar tamanho desafio, é preciso organizar o sistema de saúde de modo a definir metas e objetivos coletivos e coordenados entre a Administração Pública, o TCU e a sociedade.

A fiel observância à Separação de Poderes e ao Federalismo (cláusulas pétreas da CF/88 e limitadoras de eventual exercício arbitrário de poder), são bastante importantes para as interpretações dos preceitos fundamentais, sob pena de ameaça dos mesmos.

No que tange ao Judiciário, sua função vai além de apenas administrar a justiça e ser o guardião da Constituição, ele deve garantir a preservação dos princípios da legalidade e da igualdade. Ainda, por vezes as decisões judiciais ajudam a colocar determinado tema em evidência e em pauta política, pois desencadeia o debate público e contribui para o processo de mudança social, ainda que de forma indireta.

Elementar dizer que as decisões judiciais são sempre ideologicamente orientadas e determinantes para a sociedade como um todo. A título de exemplo, todos os direitos conquistados pela comunidade LGBT vieram de decisões judiciais.

Apesar da divisão de função dos Poderes, a independência entre eles não é absoluta, existindo o mecanismo de freios e contrapesos, que visa encontrar o necessário equilíbrio para realização do bem coletivo. Melhor dizendo, os diversos órgãos dos Poderes podem exercer funções típicas ou atípicas.

Assim, o Judiciário tem o dever de prestar a tutela jurisdicional, como decorrência do princípio do acesso à justiça, insculpido no artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88²⁸⁷. De qualquer sorte, o provimento jurisdicional é um ponto de partida e não um ponto de chegada na

²⁸⁷ Neste ponto, imperioso mencionar que ativismo e judicialização não se confundem, o primeiro caracteriza-se pelo dever do Estado em prestar a tutela jurisdicional, o segundo se justifica pela pró-atividade do magistrado que, frente a inércia dos demais poderes, tende a decidir no sentido de efetivar direitos, até então, esquecidos.

efetivação do direito fundamental, pois é um equívoco considerar que haverá materialização da saúde sem a cooperação das demais instâncias e da própria sociedade ²⁸⁸.

De maneira correlata, a positivação do direito à saúde, que, por um lado, conferiu uma base normativa para a institucionalização do SUS como um sistema nacional organizado a partir das três esferas federativas, por outro, também possibilitou que sua efetivação passasse a ser realizada pela ação das instâncias do Poder Judiciário ²⁸⁹.

A efetivação do direito à saúde através do Poder Judiciário é possível, seja por meio de ações coletivas ou individuais.

As sentenças judiciais que satisfazem o direito à saúde implicam em aumento de custos ao erário e, às vezes, na criação de políticas públicas, de modo que, o Judiciário, quando garante demandas de maneira isolada, sem olhar para o sistema e para a comunidade como um todo, o desestrutura.

4.1 Efetividade e utilidade da intervenção do *amicus curiae* nas ações impugnativas constitucionais de tutela à saúde: recursos financeiros escassos versus demandas sociais infinitas

De acordo com citações anteriores, a Constituição Federal apresenta a universalidade da cobertura e do atendimento das ações e serviços de saúde. Ao mesmo tempo reconhece a diversidade de pensamento e prevê o direito de acesso à justiça e a garantia da inafastabilidade do Poder Judiciário nas hipóteses de lesão e ameaça a direitos (artigo 5º, inciso XXXV, CF/88). Portanto, os indivíduos estão autorizados pela própria ordem jurídica a postular o direito à saúde em face do Judiciário, que deve agir sob a perspectiva da proporcionalidade e da razoabilidade ²⁹⁰, requerendo a tutela a este órgão para a efetividade ²⁹¹ desse direito fundamental, em contraponto às ações e omissões violadoras oriundas do próprio Estado.

²⁸⁸ Isso não significa que as decisões judiciais não sejam relevantes, muito pelo contrário, mas o Judiciário, sozinho, não é o protagonista de um Estado sustentável e equitativo de direitos fundamentais. Decisões judiciais não podem ser contraditórias e exigem a apresentação de explicações prévias que subsidiam o raciocínio do magistrado. A falta de investidura pelo voto não significa que o juiz não esteja obrigado a justificar a decisão, pelo contrário.

²⁸⁹ Por vezes, as determinações oriundas do Poder Judiciário, contradizem com o que está preconizado na política pactuada no que tange à assistência à saúde, como também no que diz respeito a processos de logística do sistema de saúde.

²⁹⁰ A razoabilidade e a proporcionalidade são parâmetros de controle da atuação do Poder Judiciário.

²⁹¹ A efetividade perfeita é a “paridade de armas”. Pessoas com melhores recursos financeiros e maiores níveis de educação, tendem a ter vantagens (óbvias) sobre as que não tem, uma vez que podem pagar para litigar

Diante das omissões e atuações insuficientes, ilegalidades, abusos impetrados dos demais poderes estatais, considerando-se também os custos escassos envolvidos, pode ocorrer a atuação e intervenção do Poder Judiciário, mediante provocação ²⁹² individual ou coletiva.

As demandas de saúde ²⁹³, que em sua grande maioria são dotadas de urgência/emergência, clamam por maior comprometimento dos magistrados, promotores, defensores públicos, advogados e servidores que precisam se redobrar para além de suas regulares atribuições a fim de que não ocorra o perecimento do direito, demonstrando, sem dúvida, um olhar de humanidade, condizente com a dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado e garantia ao direito à vida ²⁹⁴.

Nesse ponto, cabe o acréscimo de que o Judiciário é uma instância patológica (mas vital ²⁹⁵) da vida, na medida em que só vai a júízo quando existe desavença, briga, litígio, disputas ²⁹⁶, devendo, portanto, ser uma exceção e não uma regra, ainda que se trate da tutela de direitos fundamentais, como é o caso do direito à saúde.

Com a disposição constitucional do artigo 196 e ss., da CF/88, não só ocorreu alteração nas relações entre a sociedade e o Estado no âmbito do sistema de proteção social do país, como também mudou a dinâmica de relações entre os poderes públicos, conferindo novo status, ao Poder Judiciário como potencial esfera garantidora do acesso e da utilização dos serviços de saúde aos cidadãos.

(advogado e custas processuais), podem suportar as delongas do litígio (soluções judiciais demandam tempo para serem encerradas) e, possuem capacidade e aptidão para reconhecer que possuem determinado direito e propor a ação.

²⁹² Sabe-se que a judicialização, fenômeno complexo e não uniforme, reflete a dependência cada vez mais latente no âmbito dos tribunais de questões de políticas públicas e direitos fundamentais sociais ofendidos. Ainda, o Judiciário só pode decidir aquilo que lhe é submetido e somente uma parcela das infrações a direitos é transformada em demandas.

²⁹³ A institucionalidade do direito à saúde, a judicialização e a qualidade das práticas sanitárias compõem uma cadeia causal de um mesmo problema para efetivação da carteira de serviços de saúde.

²⁹⁴ Ayres revela que a pessoa humana passou a ser vista como portadora de uma dignidade inata, revelando-se o humanismo como expressão de vida coletiva e a necessidade de que a sociedade possa usufruir de: “a) mecanismos de oportunidades aproximadamente iguais nos campos da política, da economia e da educação formal; b) acesso facilitado aos órgãos do Poder Judiciário, aos serviços públicos e à seguridade social (saúde, previdência e assistência social); e c) a vivência de um pluralismo político e também cultural (ou social genérico), tendo este por limite a não incidência jamais de preconceito”.

Britto eleva o humanismo ao patamar de valor jurídico, revelando a necessidade de apontar o “Direito enquanto meio, o humanismo enquanto fim”.

Em suma, o direito deve propiciar os meios necessários a consagração do humanismo.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 27-28 e 37.

²⁹⁵ Todo o aparato do Judiciário é substancial para a vida humana pois lida com importantes questões de direito, incluindo temas de significação constitucional.

²⁹⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos Fundamentais e Direito à justificativa**: Devido Procedimento na Elaboração Normativa. 2ª Edição. Belo horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2017, p. 15.

O Judiciário, é destinatário do dever constitucional de garantia e zelo da dignidade humana, e deve ter como propósito a eliminação da pobreza, das desigualdades e injustiças sociais. Tal responsabilidade implica em constantes pactuações e negociações intergestores, que em meio a inovações conceituais, instrumentais, logísticas e tecnológicas, influenciam cotidianamente no exercício da gestão setorial, muitas vezes em condições diversas, plurais e heterônomas.

Contudo, o deferimento ou indeferimento de uma demanda não pode ignorar a escassez de recursos econômicos ²⁹⁷, o planejamento orçamentário ²⁹⁸ e político, estrutura física, regulação de mercado, os efeitos sociais da decisão etc. Cabe ao magistrado combinar os seguintes fatores, no momento da prolação da decisão: valores orçamentários constrangidos pela Lei Orçamentária Anual (LOA) ²⁹⁹, a elasticidade da despesa em relação ao aumento da receita e a ampliação das necessidades da população, em face da transição epidemiológica, nutricional e demográfica, da inflação de saúde, da incorporação tecnológica e da judicialização da saúde.

Mais uma vez, os aspectos estruturais e econômicos são substanciais para a garantia de um cuidado com qualidade em tempo oportuno. É preciso racionalizar as discussões e estreitar as relações entre o Estado e toda a coletividade, que deve ser pautada na parceria para a entrega do melhor resultado possível.

Neste ponto, importante fazer a reflexão de que o dinheiro é um recurso finito. Não se pode simplesmente fabricar moeda ³⁰⁰.

A metáfora do cobertor curto é adequada para a compreensão de qualquer orçamento, mas é mais adequada ainda para a compreensão dos limites do orçamento público brasileiro. Trata-se de um cobertor insuficiente para cobrir, ao mesmo tempo, todas as partes do corpo. Se cobre os pés, deixa as mãos sob o efeito do clima. Mas se cobre as mãos, não consegue dar conta dos pés. [...] Por isso os recursos públicos devem ser muito bem manejados. O cuidado com a escassez permitirá, dentro dos limites oferecidos pela riqueza nacional, implementar políticas públicas realistas. ³⁰¹

²⁹⁷ O equilíbrio orçamentário por vezes é colocado em xeque em razão das propostas legislativas indefinidas, muitas vezes caracterizadas pelo oportunismo político, desaviso, improviso e/ou inconseqüências nas finanças públicas.

²⁹⁸ É a lei orçamentária quem define como serão feitos os gastos públicos (ajustes e negociações), inclusive no que diz respeito ao direito à saúde. Não adianta falar em direitos sem considerar os recursos financeiros, isto é, os custos financeiros devem ser estimados.

²⁹⁹ <https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/leis-orcamentarias/loa>.

³⁰⁰ Para amenizar as conseqüências de o dinheiro ser limitado, é necessária atuação das políticas públicas de redistribuição.

³⁰¹ CLÈVE, Clèmenson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 54, p. 28-39, 2006, p. 34.

O juiz possui um ambiente de visão limitado tanto pelas pretensões postas pelas partes em litígio, o que pode afetar a qualidade da decisão, que devem, sempre, ser justificadas³⁰², quanto acerca dos recursos (reduzir despesas em determinadas áreas significa concentrar em outras). Portanto, o fato de a questão dos custos³⁰³ ser relevante e inescapável, não significa que seja o único critério a ser levado em consideração.

O conhecimento do juiz (ser humano) é limitado³⁰⁴ pois existe dificuldade na coleta de dados, por vezes pela dificuldade de acessar efetivamente a informação ou pela dificuldade metodológica. Existe também dificuldade na interpretação dos dados eventualmente obtidos e disponíveis, além da limitação de prever o que poderá acontecer no futuro.

O conteúdo mínimo de toda decisão é: i) apresentar o problema a ser enfrentado, à luz da realidade e do sistema constitucional³⁰⁵; ii) apresentar os custos para alcançar a medida que solucionará o problema³⁰⁶; e iii) apresentar os possíveis impactos da medida proposta para solucionar o problema³⁰⁷.

Receber justificativas relativas aos atos que afetam os direitos e interesses das pessoas é decorrência da própria dignidade do ser humano³⁰⁸. A exigência de justificativas para as decisões sempre deverá estar atrelada às cláusulas pétreas.

Em verdade, no âmbito das relações entre o Estado e os cidadãos, além do direito de receber justificativas (plausíveis) das decisões³⁰⁹, há também o direito de participar da elaboração dos atos.

³⁰² Até mesmo as decisões urgentes (ou urgentíssimas) devem ser justificadas ao público. O Judiciário possui liberdade no procedimento de elaboração da decisão, mas essa liberdade não inclui a possibilidade de não justificar seu raciocínio.

³⁰³ As informações sobre os custos são um dado que deve ser abordado sob diferentes perspectivas, inclusive para suscitar questões sobre o direito fundamental à saúde (direito prioritário na democracia brasileira).

³⁰⁴ O fato de o conhecimento humano ser limitado não lhe tira a importância das informações a serem apresentadas, em especial pelo *amicus curiae*, justamente em razão da realidade ser complexa.

³⁰⁵ A qualificação de uma situação como um problema envolve a apresentação de razões e informações (coloca em destaque a questão que demanda enfrentamento).

³⁰⁶ Seria a perspectiva economicista das realidades sociais, em que deve receber atenção o ditame do artigo 3º, inciso I, da CF (redução das desigualdades sociais).

³⁰⁷ Este conteúdo envolve mensurar os resultados que se pretende chegar no mundo dos fatos (avaliação prognóstica). Serve também para se verificar ao longo dos anos se os resultados produzidos foram os que se pretendia realizar.

³⁰⁸ A prática de justificar e exigir justificativas além de ser uma exigência legal e depender do momento histórico vivido, é uma característica particular do ser humano, com escopo de angariar compaixão do público e demonstrar que a opção adotada não é absurda.

³⁰⁹ O direito de as pessoas terem uma justificativa, uma explicação, está atrelado ao fato de que a decisão pode afetar a vida delas, ainda que de forma indireta. Consequentemente, as decisões devem ser, no mínimo, racionais e razoáveis. As razões do juiz utilizadas para formar o seu conhecimento devem ser explicitadas (prestação de contas – art. 5º, incisos XIV e XXXIII).

É ilusório e irreal defender que o Sistema Público de Saúde no Brasil pode dispor para todos os seus cidadãos, todos os melhores tratamentos para todos os problemas de saúde existentes, mas como melhor alcançar esse objetivo? Porque determinados direitos estão sendo promovidos em favor de uns e em detrimento de outros? Por que determinados direitos estão restringidos? ³¹⁰

O que se quer apontar é que há uma seriedade dramática na atuação do Poder Judiciário, pois há um liame que repercute na vida das pessoas. O que a Constituição de 1988 pretende é que os direitos sejam integralmente respeitados e protegidos, mas a efetiva transformação da realidade demanda um processo complexo, composto de diversas etapas.

Nas palavras de Ana Paula:

A capacidade de a jurisdição promover direitos fundamentais em caráter geral e de forma equitativa é limitada. O Judiciário apenas decide o que lhe chega às mãos, e apenas uma fração das necessidades de direitos fundamentais é submetida. Ademais, as evidências indicam que os mais necessitados da população não são, como regra, os que se beneficiam da judicialização. ³¹¹

Uma sentença não muda de imediato e inteiramente o mundo dos fatos, há que se considerar ainda a limitação do conhecimento humano, daí a necessidade de constante monitoramento e de uma atuação diligente do magistrado.

Há que se considerar que a alocação de recursos em determinada demanda implica a não existência de orçamento em outra área, também da saúde. O exercício da atividade pública é dependente da captação de recursos pelas unidades da federação.

Defende-se que a saúde não vive sem a economia e vice-versa. ³¹²

Significativo fazer o acréscimo de que a promoção sustentável e equitativa dos direitos, depende de um esforço continuado também dos poderes majoritários, Legislativo e Executivo e também da sociedade como um todo. O que se propõe é a coordenação e não a cisão dos ramos (direito versus economia) com o processo. Assim, o processo passa a assumir a feição de uma “via ou conduto de participação, e não apenas de tutela jurisdicional” ³¹³,

³¹⁰ Pode haver restrição de direitos no esforço de promover outros direitos. Mas como dito alhures, a restrição deve ser embasada, pois o tempo de vida das pessoas é finito (o tempo não volta) e determinadas violações de direitos pode ocasionar consequências permanentes na vida das pessoas.

³¹¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos Fundamentais e Direito à justificativa**: Devido Procedimento na Elaboração Normativa. 2ª Edição. Belo horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2017, p. 16.

³¹² Há casos em que a economia pode resgatar a saúde, como por exemplo, na pandemia ocasionada pela COVID-19 em que a solução mundial foi a imunização através da vacina.

³¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. Tutela de direitos mediante procedimento comum. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 466.

sendo indiscutível, portanto, a importância do desenvolvimento de mecanismos processuais (como o *amicus curiae*) que permitam e facilitem o acesso e a manifestação daqueles que, de alguma forma, possam ser atingidos pela prestação jurisdicional.

De acordo com Medina:

[...] na medida em que os problemas jurídicos interessam não apenas às partes, mas a uma parcela mais ampla da sociedade, ou a toda sociedade, deve o sistema possibilitar a participação de terceiros que, de modo representativo, possam expor, no processo, o ponto de vista das esferas individuais ou dos grupos afetados. Se é certo que os grupos atingidos pela decisão a ser proferida não decidem com o Estado, não menos acertado é dizer que à sociedade devem ser assegurados instrumentos de participação no procedimento, a fim de que possam informar-se, analisar as opções que no processo são colocadas, indicar as suas objeções a que uma ou outra solução seja acolhida, e ter suas objeções analisadas pelo Poder Judiciário.³¹⁴

As pretensões devem ser analisadas pelo Judiciário com ponderação de bens, de maneira menos deturpada e com auxílio do *amicus curiae*, através da abertura concedida pelo artigo 138, do Código de Processo Civil, para que se alcance a racionalidade adequada. De um lado tem-se a supremacia dos direitos fundamentais, e, de outro, os empecilhos da realidade brasileira.

Cabe ao Estado-juiz manter-se imparcial (mesmo que a participação do *amicus curiae* seja parcial³¹⁵), ater-se às argumentações e análises jurídicas do caso em seu apreço e se antever das consequências diretas de suas ações personificadas no Judiciário.

Não obstante à todos os empasses advindos da discussão da saúde (inclusive a questão da demanda financeira), uma vez que veio a lume no cenário jurídico nacional a dicção do artigo 196 e seguintes da Constituição, deverão ser traçados critérios para solucionar todas as controvérsias a ela referentes, ainda que haja aumento do tempo para o julgamento.

4.2 Aplicação da perspectiva interpretativa aberta de Peter Häberle

³¹⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 230.

³¹⁵ Na verdade, a participação do *amicus curiae* só pode se dar de maneira parcial, pois somente assim representaria um grupo social. Embora se trate de esclarecimentos técnicos prestados pelo *amicus curiae*, o mesmo apresentará da melhor forma as razões que assegurem o direito ou ponto de vista da categoria que representa. Ainda que o *amicus curiae* possua interesse direto na solução da controvérsia (é impossível ser neutro), tal fato não deslegitima sua intervenção. Logo, o *amicus curiae* não é uma figura imparcial, mas proporciona uma amplitude no debate.

O problema que se aponta, referente à efetivação do direito à saúde, reside tanto na falta de conhecimentos técnicos pelo magistrado em assuntos de saúde sob sua apreciação, como, por exemplo, urgência/emergência nos serviços da saúde, critérios epidemiológicos, dentre outros, quanto no sentido de a CF/88 ser uma folha de papel que prescinde dos fatores reais de poder para se renovar no tempo ³¹⁶.

Insta ressaltar que existem diversas metodologias para interpretar as normas, regras e princípios presentes no ordenamento jurídico, uma delas é a hermenêutica constitucional aberta, que será objeto de estudo no presente trabalho tendo em vista o enfoque quanto ao instituto do *amicus curiae*.

A hermenêutica tem como fim solucionar lides advindas de situações concretas do cotidiano de aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais, bem como aproximar a Constituição da realidade prática ³¹⁷.

A hermenêutica é uma ciência que objetiva, através de estudos por parte dos doutrinadores e operadores do Direito, a interpretação de regras, normas e princípios presentes no ordenamento jurídico.

A Constituição, por ocupar o ápice do ordenamento jurídico brasileiro ³¹⁸ e estabelecer as linhas mestras de funcionamento e organização do Estado brasileiro, é a lei mais importante a ser estudada pela hermenêutica. Conforme salienta Ney de Barros: “A unidade do direito é o resultado da força da Constituição. Isto porque o intérprete é obrigado a partir sempre das normas constitucionais, adequando, sempre que necessário, as normas infraconstitucionais ao conteúdo específico da Constituição”. ³¹⁹

Cabe ressaltar que a Carta Magna apenas terá eficácia social se seus preceitos forem devidamente e verdadeiramente aplicados. Porém, nem sempre os dispositivos da Constituição, tal como o direito fundamental à saúde, conseguem ser aplicados de forma eficaz, em decorrência das constantes evoluções da sociedade, da situação econômica e

³¹⁶ LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição Política**. Rio de Janeiro: Global, 1987.

³¹⁷ HÄBELE, 2002, p. 284.

³¹⁸ Hespanha, defende que a descrição do Direito como sendo o resultado de um sistema jurídico unificado e concentrado em torno de uma pirâmide, cujo ápice é a Constituição, deve ser substituída pela metáfora descritiva do sistema jurídico como uma cordilheira na qual distintas fontes de direito estatais e não estatais, nacionais e internacionais, representativas de distintas e simultâneas ordens jurídicas devem ser buscadas. (HESAPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do Direito: O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 522-585)

³¹⁹ BELLO FILHO, 2003, p. 222.

política caótica do Brasil. Por tais razões é necessário aplicar as técnicas da hermenêutica constitucional para melhor interpretar os dispositivos da *Lex Fundamentalis*.

Disciplina Ney de Barros: “Interpretar a Constituição é conceituar seus institutos, dando-lhes feição, conteúdo e sentido, em um ato tendente a garantir a sua viabilidade prática. [...] Interpretar é criar e efetivar o texto, pautado pela própria realidade”.³²⁰

Sobre a teoria da hermenêutica constitucional foi apresentada por Peter Häberle³²¹, renomado doutrinador alemão, que é referência em sociedades democráticas e abertas como a brasileira. Para ele, a Constituição é um processo público e todo aquele que vive a Constituição (direta ou indiretamente) é seu legítimo intérprete. O autor acredita que “[...] como não são apenas os intérpretes jurídicos da constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da constituição”.³²²

Mas, pondera Häberle que embora exista uma abertura interpretativa, ela não é irrestrita e desprovida de critérios, sob pena de “[...] dissolver-se num grande número de interpretações e intérprete”.³²³ Tal conclusão é pertinente, pois a multiplicidade de intérpretes, redundante em diferentes conclusões e que, muitas vezes, podem ser contrárias e contraditórias entre si, por força das variedades e dificuldades interpretativas para determinada matéria constitucional posta sob análise. Para tal fato, deve-se adotar decisões que sejam capazes de justificar de maneira racional o problema posto em juízo.

Não trabalhar de maneira adequada com a quantidade de intérpretes, provocará adversidades de operacionalização pelo magistrado, pelos envolvidos e pela sociedade em termos de interpretação constitucional. O que não se deseja (e não pode) é que grupos hegemônicos (majoritários) imponham suas vontades em grupos não hegemônicos (minoritários)³²⁴, e impeçam que o valor democrático da participação seja assegurado.

A Constituição de cada país é formulada através de um processo de interpretação realizado por toda a sociedade. Assim, esta Constituição adquire caráter pluralista e aberto,

³²⁰ BELLO FILHO, loc. cit.

³²¹ Häberle foi professor titular de direito público e de filosofia do direito pela Universidade de Bayreuth (Alemanha).

³²² Häberle, 1997, p. 15.

³²³ Häberle, 1997, p. 29.

³²⁴ Cárcova ministra que hegemonia é “[...] o modo por meio do qual determinado grupo social consegue apresentar como universais os seus próprios interesses particulares obtendo o consenso e assegurando o estabelecimento ou a reprodução de sua situação histórica dominante.”
CÁRCOVA, Carlos María. A opacidade do direito. Tradução de Edilson Alckmim Cunha. São Paulo: LTr, 1998, p. 158.

uma vez que possui regras mestras que traduzem os anseios e necessidades de todos os membros da sociedade que participaram do processo de interpretação.

Todavia, a pluralidade, por si só, não comporta a variedade que as participações sociais representam. Deve haver pluralidade de interpretações e também de intérpretes, de modo que não haja subtração injustificada dos direitos e garantias fundamentais dos grupos não hegemônicos, sob pena de ocorrer disfunção democrática e aproximação de uma “tirania da maioria”.

A tese proposta pelo Autor, visa a superação da autonomização do sistema jurídico³²⁵ e a abertura do processo a terceiros interessados, que no presente trabalho, está representado pela figura do *amicus curiae*, que serão, direta ou indiretamente, afetados pelo provimento jurisdicional.

Häberle se posiciona no sentido de que são inúmeras as possibilidades de interpretação de uma norma, sobretudo quando afeta diversas pessoas e grupos sociais, e, portanto, a abertura a uma pluralidade de visões torna-se crível para a cognição plena acerca do determinado tema. O autor elucida que, a interpretação constitucional na realização no mundo da vida e dos fatos é um evento que ocorre também para além das paredes da oficialidade.

Häberle, então, diz que:

[...] a interpretação constitucional não é um ‘evento exclusivamente estatal’, seja do ponto de vista teórico, seja do ponto de vista prático. A esse processo tem acesso potencialmente todas as forças da comunidade política [...] A interpretação constitucional é, todavia, uma atividade que potencialmente, diz respeito a todos. [...] A conformação da realidade da Constituição torna-se também parte da interpretação das normas constitucionais pertinentes a essa realidade.³²⁶

Peter Häberle afirma que toda a sociedade deve figurar como intérprete da Constituição, ainda que de forma indireta, como consequência direta da democracia, que permite que a população participe e legitime o exercício das atividades do Estado em qualquer das esferas do Poder Público. Dessa maneira, a existência de uma sociedade plural, não uniforme, heterogênea, multifacetada, multicausal e multicultural implica em uma hermenêutica constitucional em que todos aqueles que vivem sob a égide de determinado

³²⁵ SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 12.

³²⁶ HARBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Traduzido por: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 23 – 24.

sistema constitucional tem legitimidade para interpretá-lo, não ficando, pois, a cargo exclusivo do Poder Judiciário.³²⁷

O modelo constitucional vigente reclama por uma sociedade aberta³²⁸, livre e pluralista, em que todos os destinatários da garantia constitucional estão capacitados para realizar a interpretação da história, da experiência do (con)texto constitucional.

Dessa forma a Constituição é fruto de ideologias de diversos grupos sociais que participaram ativamente da sua formação. Apenas uma Constituição aberta é capaz de gerar uma verdadeira Lei Fundamental Democrática. Aduz Peter Häberle:

A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as polêmicas públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade.³²⁹

Peter Häberle entende ser a Constituição aberta, pois apresenta uma parte escrita, o próprio texto constitucional, e a realidade vivida pelos membros da sociedade. A Constituição pode ser construída dia após dia e no momento de sua aplicação ser interpretada, logo, existem dois espaços que se fundem no momento de utilização das normas constitucionais: o texto normativo e a realidade.³³⁰ O Autor defende que a Constituição é a sociedade mesma constituída.³³¹

Compreender a Constituição de forma aberta, a aproxima da realidade e a distância de formalismos desnecessários, situação em que há um encurtamento das distâncias existentes entre o fato e o direito legislado aplicado.³³²

³²⁷ HARBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Traduzido por: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2002.

³²⁸ Em oposição de ideias à sociedade aberta, está a sociedade fechada. No Estado Democrático de Direito não há espaço para a interpretação constitucional realizada exclusivamente pelos intérpretes oficiais (sociedade fechada).

Na sociedade fechada dos intérpretes da constituição, existe um corpo especializado de intérpretes formado por órgãos oficiais que, como regra, escutam apenas sua própria voz (não há uma interpretação eclética). Aqui, pode até existir pluralidade de intérpretes, porém, esses intérpretes ostentam o pertencimento ao Estado como traço comum (espaço de interpretação limitado e visão formalista). Ou seja, a sociedade é colocada à margem da interpretação constitucional, ocasião em que há um *deficit* democrático (prolação da decisão judicial às avessas da sociedade civil).

³²⁹ *Ibid.*, p. 12.

³³⁰ BELLO FILHO, 2003, p. 212.

³³¹ A sociedade aberta é uma espécie de desenho plural albergado por diversas formas de vida, o que exige que novos participantes interajam no processo de interpretação, como legitimação democrática.

³³² Meritório dizer que entre a edição de uma norma e a efetiva fruição do direito, com ênfase no direito à saúde, por pessoas concretas, no mundo dos fatos, existe uma distância considerável que não pode ser ignorada.

Häberle entende que para que haja integração da realidade com a interpretação dos preceitos constitucionais é necessário ampliar o rol de intérpretes. Para tanto defende que existem os intérpretes formais, que são aqueles legalmente instituídos como participantes no processo de interpretação constitucional, e os intérpretes em sentido lato, que são os cidadãos, grupos³³³, sistema público, órgãos estatais e a opinião pública, estes representam a sociedade pluralista.³³⁴

Häberle acredita que com a conjugação da interpretação dos mandamentos constitucionais realizada pelos intérpretes formais e intérpretes em sentido lato, a Constituição torna-se mais democrática. A premissa trabalhada pelo autor reside no fato de que a sociedade torna-se livre e aberta, porque todos estão atualmente e potencialmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional.

Como bem ensina Gilmar Mendes: “A interpretação constitucional dos juízes, ainda que relevante, não é (nem deve ser) a única. Ao revés, cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituem forças produtivas de interpretação [...]”.³³⁵

Logo, constitui papel de todos os cidadãos a participação no processo de interpretação constitucional, pois estes representam a realidade política, econômica, histórica e social que a sociedade vive no momento da hermenêutica. Com isso acaba-se com o monopólio do Poder Judiciário para o exercício da hermenêutica constitucional.³³⁶

Häberle em sua obra não menciona o instrumento ou a forma legalmente instituída que permita a participação dos cidadãos dentro do processo de interpretação das normas constitucionais, mas parte da ideia de que é possível a realização conjunta da democracia e dos direitos fundamentais³³⁷. Sua obra pode ser compreendida pela passagem:

[...] no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérprete da Constituição.³³⁸

³³³ ONGS, movimentos sociais, OAB, CRM, igrejas, imprensa, sindicatos, empresariado de diferentes sectores, dentre outros.

³³⁴ HARBELE, 2002, p. 14.

³³⁵ HARBELE, 2002, p. 14.

³³⁶ Ibid., p. 33.

³³⁷ HARBELE, 2002, p. 47.

³³⁸ HARBELE, 2002, p. 13.

Percebe-se que “Não há interpretação da Constituição sem os cidadãos ativos e os poderes públicos mencionados”.³³⁹ Exemplo disso é que:

[...] a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada [...]. Limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes “corporativos” ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significa um empobrecimento ou um alto engodo. De resto [...] não se pode renunciar à fantasia e à força criativa dos intérpretes não corporativos. [...]

Do ponto de vista teórico constitucional a legitimação fundamental das forças pluralistas da sociedade para participar da interpretação constitucional reside no fato de que essas forças representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição, não podendo ser tomadas como fatos brutos, mas como elementos que se colocam dentro do quadro da Constituição: a integração pelo menos indireta da res publica na interpretação constitucional em igual é expressão e consequência da orientação constitucional aberta no campo de tensão do possível, do real e do necessário.³⁴⁰

As atuações estatais aliadas às participações sociais representam, em um só tempo, um valor político e jurídico imprescindível para o processo coletivo de tomada de decisão, para que cada vez mais, se tenha um estado democrático e legítimo. Logo, este argumento permite compreender que não há participação sem a efetiva inclusão do maior número de pessoas afetadas pela norma constitucional.

As decisões devem envolver concepções morais, direitos, ideologias, valores, princípios e visões de mundo plurais, inerente à complexidade humana.

Com a participação inúmeros intérpretes, não se pretende alcançar um resultado final com um consenso massificador. Häberle escreve que “O consenso também resulta de conflitos e compromissos entre os participantes que defendem egoisticamente pontos de vista e interesses divergentes. O direito constitucional é, no momento, o direito do conflito e do compromisso ao mesmo tempo”.³⁴¹

Häberle acredita que até mesmo a interpretação absurda, deve ser representada por alguém, em algum momento³⁴², afinal, o dissenso é uma realidade insuprimível (mas gerenciável). O autor fala que “a unidade da Constituição surge da conjugação do processo e das funções de diferentes intérpretes”.³⁴³

³³⁹ HARBELE, 2002, p. 65-66.

³⁴⁰ HARBELE, 2002, p. 30-34.

³⁴¹ HARBELE, Peter. La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la constitución. Traducción Xabier Arzo Santisteban. **Contextos**, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, n. 05, abr. 2013, p. 85.

³⁴² HARBELE, 2013, p. 87.

³⁴³ HARBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Traduzido por: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 32-33.

Conclui-se, portanto, que incluir o *amicus curiae* como legitimado para atuar nas ações de tutela à saúde permite que os diversos setores da sociedade participem do processo de interpretação da Constituição, concretizando, assim, a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, formulada por Perter Häberle. Como consequência, tem-se que as decisões proferidas pelos magistrados serão mais justas, democráticas e eficazes e estarão de acordo com a realidade vivia pelo corpo social.

É exatamente nessa perspectiva da interpretação aberta da Constituição de Häberle (ampliação dos intérpretes), que se consolida a essência da jurisdição constitucional: um espaço de resolução conflitos (claro), mas também de manifestação e luta (disputa de saberes e poderes), com objetivo de evitar condutas do poder público que estejam ou possam colocar em risco os preceitos fundamentais da República, entre eles, a proteção à saúde.

Um direito que se presa democrático, tem no povo o seu titular e não em vontades fragmentadas e dissociadas da sociedade civil. Aliás, o entusiasmo com o *amicus curiae* se dá inclusive em função da natureza mutável e natural da democracia (e da própria sociedade).
Ensina Häberle:

Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. A sua competência objetiva para a interpretação constitucional é um direito de cidadania (...). Dessa forma, os Direitos Fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta tanto no que se refere ao resultado, quanto no que diz respeito ao círculo de participantes. Na democracia liberal, o cidadão é intérprete da Constituição.³⁴⁴

A compreensão do processo interpretativo da Constituição deve, então, dar-se de forma dilatada, com ampliação do círculo de intérpretes, em razão da própria sociedade ser plural e progressista. Acredita-se que o julgador necessita de informações além daquelas adquiridas por meio das partes da lide³⁴⁵ e que as decisões possuem alcance social.

Quanto mais inclusivas, amplas e igualitárias forem as trocas entre o Judiciário e a sociedade representada pelo *amicus curiae*, mais favoráveis serão as condições para enfrentamento racional dos conflitos sociais.

A tese denominada por Häberle como “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, em verdade, demonstra a mudança de postura no modelo democrático

³⁴⁴ HARBELE, 2002, p. 37.

³⁴⁵ Dar espaço apenas para as partes em litígio pode incorrer o Juízo em erro, pois estas podem distorcer ou omitir dados e repercussões importantes para enriquecer o debate e ajudar a esclarecer aspectos importantes para a justificativa.

processual, que amplia a participação direta da sociedade e assegura a sua contribuição no seio do processo.

Resumidamente, não é possível conceber a Constituição de 1988 sem o elemento povo. Portanto, deve-se agregar as participações sociais na interpretação constitucional.

4.3 Funções do Estado

A concepção contemporânea de Estado ou, ao menos, as ideias centrais que permeiam a concepção atual de Estado, surgem no final do Século XV, a partir da deterioração do regime feudal e do avanço do comércio pela Europa.

A eclosão do capitalismo vem acompanhada de demandas que carecem de uma autoridade central para organizar o convívio social, especialmente para garantir a propriedade privada, assegurar o cumprimento dos acordos, organizar o sistema de medidas e suprir outras demandas sociais.

Desde a origem Estado Moderno, observa-se que o mesmo é orientado teleologicamente para a consecução de objetivos sociais. Apesar de ao longo dos séculos o Estado ter assumido diferentes formas organizacionais, o mesmo sempre se ateve ao objetivo de aprimorar o bem-estar dos cidadãos.

A doutrina dominante aponta que se deve entender o Estado como uma organização constituída por três elementos fundamentais, quais sejam: povo, território e soberania.

Todos os três elementos do Estado devem estar concertados na busca do bem comum. Noutras palavras, o Estado representa a reunião de pessoas (povo), que habitam um determinado espaço geográfico (território) e que detêm autonomia para, em conjunto, decidir sobre o seu modo de vida e sobre a sua relação com os outros Estados existentes (soberania), sempre pautado no interesse da coletividade.

Nesse sentido, a doutrina ensina que:

O Estado tem a sua razão de ser na necessidade da realização permanente de certos fins essenciais da coletividade política. Esses fins não são alcançados pela mera existência do Estado: exigem ação contínua e por isso o Estado tem de desenvolver certas atividades úteis, de modo sucessivo e por tempo indefinido, para corresponder aos seus fins, atividades a que se chama funções.³⁴⁶

³⁴⁶ CAETANO, Marcelo. **Manual de ciência política e direito constitucional**. Tomo i. 6 ed. Coimbra: Almedina. 2010, p. 148.

Na busca pela consecução do bem comum, o Estado realiza (e deve realizar) uma série de atividades que, ordinariamente, passou-se a denominar funções ou poderes estatais. A separação dos poderes, objetivou “evitar o arbítrio potencial que decorre da concentração de poderes na figura de um só titular, para que “haja o efetivo resguardo dos direitos fundamentais”³⁴⁷, e, assim, se alcance o equilíbrio entre majorias e minorias nas decisões públicas.

Montesquieu, leciona que:

Há em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem das gentes, e o poder executivo das coisas que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos a este último o poder de julgar e, ao outro, simplesmente o poder executivo do Estado.³⁴⁸

Desta maneira, cotejando tanto a visão clássica quanto a visão moderna, observa-se que há a adoção de um critério funcional para a classificação dos poderes estatais.

A divisão de poder e funções dos entes públicos é apenas uma parte do sistema constitucional, que comporta mecanismos constitucionais abertos.

O primeiro poder, nomeado de Poder Legislativo, decide, em abstrato, as regras políticas, as regras econômico-sociais e todas as demais regras de cunho fundamental para o povo que habita o território estatal.

As leis são resultado da atuação do Legislativo e refletem o conjunto de valores e crenças sociais, originadas da democracia representativa. O legislador determina o que é direito e impõe responsabilidades para que ele seja acessível, isto é, torne-se prestação positiva.

Todavia, não raras vezes, o Legislativo se mostra incapaz de acompanhar a dinâmica de desenvolvimento da sociedade.

O segundo poder, denominado de Poder Executivo, implementa, em concreto, as decisões do Poder Legislativo e, em especial, presta os serviços públicos previstos nas políticas públicas aprovadas pelo Legislativo.

³⁴⁷ FONTE, Felipe de Melo. Políticas Públicas e Direitos Fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book. MARASCIULO, Marília. Por que um sistema nacional de saúde é o ideal para lidar com a pandemia. **Revista Galileu**, 2020. Disponível em: <<https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Saude/noticia/2020/04/por-que-um-sistema-nacional-de-saude-e-o-ideal-para-lidar-com-pandemia.html>>. Acesso em março de 2021.

³⁴⁸ MONTESQUIEU, Charles-Louis Secondat Barão de La Brède. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 156.

A missão do Executivo está relacionada com o fornecimento de serviços públicos para o povo, tais como: assistência social, educação, previdência, meio ambiente e saúde.

Incumbe também ao Executivo administrar os recursos da população, majoritariamente, obtidos por meio de tributação, aplicando-os na prestação de serviços públicos para essa mesma população.

O Legislativo e o Executivo representam as instâncias políticas tradicionais, aquele com função de positivizar o ordenamento jurídico e este com função de governar a máquina pública com base no que foi positivado.

O terceiro poder, batizado de Poder Judiciário ou Jurisdicional, que tem importante papel no presente trabalho, soluciona os conflitos entre os cidadãos do Estado utilizando (ou ao menos devendo utilizar) como parâmetro as decisões do Poder Legislativo consolidadas na legislação nacional.

Nesse sentido, verifica-se que não basta a simples positivação de determinado direito, ainda que elevado a um patamar de direito fundamental e social pelo Legislador, é necessário o redimensionamento do papel do Judiciário. Não basta afirmar os direitos, mas lutar pela efetivação do direito humano e fundamental de acesso à justiça ³⁴⁹.

Desse jeito, não se nega que o Judiciário possui uma responsabilidade solidária pela concretização dos direitos inseridos na CFRF, na medida em que todos os poderes da União são corresponsáveis pela efetivação dos direitos fundamentais e sociais. Dessa forma, o Judiciário aparece como garantidor de direitos, não podendo se eximir como Poder do Estado em garantidor dos mesmos. A figura do juiz passivo está aposentada/superada.

Segundo Cappelletti, é inerente a atividade dos juízes serem também criadores do direito, uma vez que ao serem acionados e devido ao dever legal de julgar, passam a interpretar de modo a esclarecer, integrar, transformar, o que acaba deflagrando, de certo modo, em um novo direito, o que não significa que sejam legisladores. ³⁵⁰ Logo, o Judiciário é um ator político e social.

O Poder Judiciário é condição *sine qua non* para concretizar a força imperativa das normas constitucionais (artigo 3º, da CF/88), especialmente quando os demais Poderes falham

³⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 8.

³⁵⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p. 74.

em suas funções típicas. O limite intervenção do Judiciário está relacionado à garantia do mínimo existencial, do respeito à razoabilidade da pretensão deduzida em juízo e da reserva do possível, entendida em seu sentido orçamentário financeiro.

A busca pelo Judiciário deveria ser uma exceção³⁵¹, para se evitar perdas excessivas aos cofres públicos, mas a realidade se mostra de forma díspar³⁵².

Fioravanti também conclui pela legitimidade da função jurisdicional caracterizada pela atuação do juiz no atual estado Constitucional de Direito:

Hoje a democracia é infinitamente mais complexa. Consiste essencialmente em um processo e, mais precisamente, em um processo de progressiva e articulada concretização dos princípios constitucionais por obra do legislador mas também dos juízes, cada um dos quais com seus próprios instrumentos. (...) Existe a realização do princípio democrático também quando um juiz fundamenta a sua sentença com base em uma interpretação da lei que concorre na concretização de um princípio constitucional.³⁵³

Lênio Streck aponta que:

É por demais evidente que se pode caracterizar a Constituição brasileira de 1988 como uma “Constituição social, dirigente e compromissária”, alinhando-se com as Constituições europeias do pós-guerra. O problema é que, como alerta Guerra Filho, a simples elaboração de um texto constitucional, por melhor que seja, não é suficiente para que o ideário que o inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais, passando a reger com preponderância o relacionamento político de seus integrantes. Daí que a eficácia das normas constitucionais exige um redimensionamento do papel do jurista e do Poder Judiciário (em especial da Justiça Constitucional) nesse complexo jogo de forças, na medida em que se coloca o seguinte paradoxo: uma Constituição rica em direitos (individuais, coletivos e sociais) e uma prática jurídico-judiciária que, reiteradamente, (só)nega a aplicação de tais direitos. Sendo a Constituição brasileira, pois, uma Constituição social, dirigente e compromissária — conforme o conceito que a doutrina constitucional contemporânea cunhou e que já faz parte da tradição —, é absolutamente lógico afirmar que o seu conteúdo está voltado/dirigido para o resgate das promessas da modernidade. Daí que o Direito, enquanto legado da modernidade — até porque temos (formalmente) uma Constituição democrática — deve ser visto, hoje, como um

³⁵¹ O Enunciado nº 3, do CNJ dispõe que:

“Recomenda-se ao autor da ação, a busca preliminar sobre disponibilidade do atendimento, evitando-se a judicialização desnecessária”.

Não é obrigatório para a propositura de ação judicial o requerimento administrativo prévio formalizado e protocolado. Todavia, observa-se aqui a preocupação dos atores da saúde pública com os altos números de demandas judicializadas nos quais não houve nenhuma tentativa anterior de atendimento na rede, ou seja, o atendimento inicial já é solicitado mediante judicialização. A propositura de ação sem a tentativa prévia se configura desnecessária, sobregarregando o sistema jurídico.

³⁵² De modo geral, a judicialização, decorrente da consolidação do Estado Constitucional de Direito, é legítima e necessária, porém, defende-se que deve-se investir numa judicialização que caminhe para a garantia da efetivação de direitos, com destaque ao direito à saúde. Em outras palavras, não deve haver mitigação do acesso ao Judiciário para pleitear o direito à saúde, mas justamente o oposto.

³⁵³ FIORAVANTI, Maurizio. A produção do direito entre lei e juiz: a relação entre democracia e jurisdição. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 14, n.76, nov./dez.2012, p. 166.

campo necessário de luta para a implantação das promessas modernas (igualdade, justiça social, respeito aos direitos fundamentais etc.)³⁵⁴

São largos e profusos os saberes (biológico-curativo, socioeconômico, político etc.) que se interligam com os saberes jurídicos para a garantia de um direito, em proeminência, o direito à saúde, e tão caro a toda a sociedade brasileira.

Desta maneira, constata-se que, não obstante a Constituição de 1988 ter adotado o modelo montesquiano³⁵⁵ de separação de poderes (ainda que não em sua concepção pura) (artigo 2º e 60, § 4º, inciso III, ambos da CF/88), a separação das funções não é absoluta, especialmente diante da verificação de omissão e/ou falha do Estado entende a ofender os direitos fundamentais.

De certo modo, há um entrelaçamento das funções estatais no Brasil.

No direito brasileiro contemporâneo, afirma Melo Fonte, não existe um nítido marco divisório entre os campos de atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário em matéria de políticas públicas destinadas a concretização de direitos fundamentais que possa ser extraído de maneira direta e inequívoca do texto constitucional³⁵⁶.

Dentre os Poderes do Estado, o Judiciário destaca-se como “um defensor objetivo e independente da ordem constitucional, servindo como uma contraestrutura instituída ou um contrapoder que deve ser capaz de contrariar qualquer ato ou manobras violadoras da Constituição”³⁵⁷. Desse modo, caso as leis, políticas públicas ou as omissões do Estado ofendem a Constituição, competirá ao Judiciário o restabelecimento dos atores políticos e de suas posições institucionais, de modo a submetê-los aos regramentos da Constituição³⁵⁸.

³⁵⁴ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 15.

³⁵⁵ Montesquieu sugere que cada Poder tem uma função típica. O Estado moderno reclama por uma releitura do princípio da separação dos poderes idealizado por Montesquieu no século XXVIII, para que seja possível uma distribuição de poder capaz de garantir um sistema eficaz de freios e contrapesos, com o fim de garantir os direitos fundamentais contra o arbítrio do Estado.

BEDIN, Débora Cristina Roldão. A efetivação dos direitos sociais pelo poder judiciário e a reserva do possível. **Revista de Direito Público**, Londrina, v, 4, n. 2, p. 12-28, maio/ago., 2009, p. 23.

³⁵⁶ FONTE, Felipe de Melo. Políticas Públicas e Direitos Fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book. MARASCIULO, Marília. Por que um sistema nacional de saúde é o ideal para lidar com a pandemia. **Revista Galileu**, 2020. Disponível em: <<https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/Saude/noticia/2020/04/por-que-um-sistema-nacional-de-saude-e-o-ideal-para-lidar-com-pandemia.html>>. Acesso em março de 2021.

³⁵⁷ CAMBI, Eduardo; NASSIF, Diego. Expansão da jurisdição constitucional e separação de poderes: Uma análise sistêmica à luz da cidadania. **Revista dos Tribunais**, vol. 916/2012, fev., p. 249-263. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, 2012, p. 04.

³⁵⁸ FONTE, op. cit., p. 11.

Finalizada a singela sinopse sobre a repartição dos poderes estatais, realizada unicamente no intuito de contextualizar a questão, passa-se à análise da função do *amicus curie* no Estado constitucional cooperativo.

4.4 Estado constitucional cooperativo na formação da saúde inclusiva: o *amicus curiae* como a dimensão procedimental de acesso

Qual o tamanho do direito que se quer viver? Que direito à saúde é este?

Das discussões anteriores foi dito que o direito deve representar e se aproximar ao máximo da humanização e democratização e não da mercantilização, de modo a atender à todos, em especial aos vulneráveis.

Foi declarado também que a efetivação do direito à saúde demanda a adoção de medidas urgentes e eficazes, fundamentadas em protocolos aprovados por autoridades sanitárias, em políticas públicas da área, além de exigir a fundamentação em evidências científicas.

Foi apontado também que a sociedade é plural e que a Constituição é permanentemente aberta. Ademais, foi mencionado que à vista disso, e levando-se em consideração que o governo nem sempre tem feito uso adequado das prerrogativas que detém para enfrentar as demandas envolvendo o direito a saúde, a atividade interpretativa deve se dar na mesma linha de raciocínio: aberta e plural, o que depende de uma maior comunicação entre o Estado e a comunidade, que via de regra, demanda conhecimento extrajurídico na fundamentação das decisões ³⁵⁹.

Em que pese o disposto na Magna Carta e na Lei nº 8.080/1990 incluir no campo de atuação do SUS a “assistência integral das ações assistenciais e das atividades preventivas”, tem-se uma perspectiva normativa distante da realidade social. É dizer, o direito é estabelecido em uma relação estática com o futuro, desconsiderando as mudanças inerentes ao processo social, sobretudo, considerando a atual sociedade, que intensificou ainda mais tais transformações.

É justamente esse descompasso entre a norma e a evolução da sociedade que acarreta um retardo social e, conseqüentemente, em uma constante tensão entre o direito e a população

³⁵⁹ As demandas de saúde (problema social latente), são sempre precedidas de questões médicas, sociais e econômicas, competindo ao magistrado a análise de fatores multicêntricos, para a construção de uma resposta satisfatória e adequada aos desafios contemporâneos.

brasileira, além de insatisfações nos cidadãos, que anseiam pela efetividade e universalização do direito à saúde.

A interpretação constitucional deve desempenhar uma função social e estar disposta a servir a sociedade (destinatária final da norma), sob pena de a atividade interpretativa estagnar, não ser igualitária e ser antidemocrática. Os operadores do direito têm que ter uma visão mais humanista, não egoísta, sensível e de auto responsabilização com o outro quando da efetivação do direito à saúde.

A tensão entre as diversas demandas da população e o ordenamento jurídico pátrio pode ser muito bem ilustrado com o caso em que milhares de pessoas necessitam da efetiva prestação do direito à saúde. Sustenta-se um posicionamento que atenda na máxima medida possível o direito fundamental à saúde, mediante inclusão social (participação e reconhecimento) na interpretação constitucional e na tomada de decisão.

As interações e interlocuções entre a sociedade civil organizada, neste trabalho representada pelo *amicus curiae*, e o Estado potencializam a ideia de pluralidade e colocam em xeque a exclusividade da interpretação constitucional. Muito embora tais decisões sejam válidas, possuem baixa densidade democrática. Defende-se a reunião de intérpretes constitucionais para se alcançar a legitimidade democrática.

O *amicus curiae* representa uma espécie de especialização, sensibilidade, experiência necessária e diversificação do juízo, a fim de ser ter melhor acesso à justiça e à igualdade, indispensável na modernidade.

Defende-se aqui que, o *amicus curiae* é instrumento capaz de garantir a supremacia da Constituição, permitir um alargamento da participação de representantes de esperas específicas da sociedade democrática participativa, e, conseqüentemente, tutelar de forma plena e eficaz o direito à saúde. É, ainda, instrumento apto a intervir e participar no processo instrutório e decisório para que, ao final, se tenha uma decisão condizente com a realidade diversificada do Brasil e garantir a força normativa da Constituição.

Nesse prisma, a interpretação constitucional é uma função que cabe aos intérpretes formais (Estado – legislativo, executivo e judiciário) e também aos intérpretes não formais (toda a sociedade).

Como não é possível compreender a Carta Magna sem o elemento povo, de igual maneira, não é possível uma interpretação constitucional justa sem a participação social. A

interpretação precisa ser ampla, dinâmica, global, proativa, abrangente, alargado, em decorrência de sua própria alta carga valorativa.

O instituto do *amicus curiae* seria uma consequência do princípio constitucional da supremacia constitucional, uma possibilidade de pluralizar os contextos a serem normatizados a partir de outros olhares, outras vozes, outras luzes.

O *amicus curiae*, técnica processual, mira efetivar a possibilidade de participação popular na tomada de decisões do Poder Público, a ampliação do debate, transformando o processo em um espelho da realidade social e incorporando os valores constantes da Constituição. O enfoque é entender que o acesso ao Judiciário e à justiça³⁶⁰ através do *amicus curiae*, permite atingir a máxima do sistema jurídico moderno e igualitário, sem desrespeitar e perder de vista os ditames vigentes e válidos da Constituição.

É certo que a existência do direito à saúde não garante a sua efetiva promoção, pois depende da efetiva execução da norma no mundo real. A existência do direito à saúde é o ponto de partida e não o de chegada, pois depende de um caminho árduo e de grandes obstáculos para que seja garantida concretização. É preciso enfrentar o problema posto sob a análise do Judiciário de maneira clara e com transparência³⁶¹.

O Judiciário, com auxílio do *amicus curiae*, tem-se uma maior possibilidade providências vantajosas para a sociedade, na medida em que tal instituto pode mobilizar esforços para fazer valer o direito fundamental à saúde e não negligenciar as barreiras inter-relacionadas que envolvem uma demanda.

A decisão deve ser acolhedora e deve, concomitantemente, evitar a mitigação de direitos bravamente conquistados, mas agir, não agir ou definir prioridades, quando se trata de questões de saúde é desafiante.

³⁶⁰ Acesso à justiça poderia ser caracterizado como o mais básico dos direitos humanos, pois seria aquele que garantiria mediante renovação das técnicas processuais, superando o velho paradigma tradicional do processo – uma pessoa, um direito, uma ação, uma sentença. “O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística”. (CAPPELLETTI, 1988, p. 12 e 13)

³⁶¹ Acredita-se que com uma atividade transparente, sem fraudes, é possível otimizar o serviço de prestação de serviços da saúde. É preciso conhecer a extensão das filas de espera para atendimentos em saúde, as contratações realizadas dos médicos, enfermeiros, farmacêuticos, entre outros, sem ignorar as mazelas relacionadas à má conduta da administração e dos administrados.

Marques e Dallari ³⁶² sustentam que as políticas públicas estabelecidas em matéria de assistência à saúde devem ser conhecidas pelo Poder Judiciário, ao garantir efetivamente o direito à saúde nos casos concretos que são submetidos à sua apreciação, pois, desta maneira, seria possível conjugar os interesses individuais com os coletivos, formalizados mediante tais políticas.

O presente estudo valoriza os espaços normativos compartilháveis (inclusão social), sendo a sociedade aberta uma das possíveis colaborações para se alcançar os ditames da Constituição, em especial do direito fundamental à saúde.

Segundo o jurista italiano Luigi Ferrajoli, a partir de sua teoria dos bens fundamentais, deve-se, mediante instituição de uma carta de bens fundamentais, se assegurar igual acesso para todos à saúde.

A atribuição a todos do direito à vida e à saúde, embora estatuído em tantas cartas constitucionais e internacionais, é capaz de garantir a vida e a saúde aos milhões de pessoas que hoje vivem na indigência e que, na quase totalidade dos casos, não têm um juiz perante o qual demandar justiça, tanto pela inexistência de tal juiz, ou porque não possuem os meios para requerê-la? Naturalmente, a afirmação de tais direitos e das respectivas obrigações e proibições é essencial para a sua tutela. Mas é ela, também, nos casos exemplificados, suficiente?

Aquilo que caracteriza todas essas catástrofes e essas emergências está no fato de que os correlativos direitos, consistentes ora em expectativas negativas de não lesão, ora em expectativas positivas de prestação, têm por objeto os bens – a atmosfera, o equilíbrio ecológico, a água, a alimentação básica, os medicamentos essenciais – em cuja proteção ou prestação consiste a sua garantia. ³⁶³

São bens ³⁶⁴ fundamentais aqueles cujo acesso é garantido a todos e a cada um, a partir de uma decisão política ou jurídica civilizatória. A partir dessa afirmação, Ferrajoli levanta a seguinte questão: A estipulação de tais direitos e as obrigações e proibições correspondentes a eles, é suficiente para assegurar uma garantia adequada a todas as necessidades e a todos os interesses vitais?

Para responder ao questionamento acima, Ferrajoli defende que existem direitos correlativos aos bens fundamentais, que requerem disciplinamento específico e autônomo.

Para fundamentar sua teoria, Ferrajoli faz uma diferenciação entre *bens patrimoniais* e *bens fundamentais*. Aqueles são os bens disponíveis no mercado através de atos de

³⁶² PEPE, Vera Lúcia Edais; FIGUEIREDO, Tatiana de Aragão; SIMAS, Luciana; CASTRO-DE-OSÓRIO, Claudia Garcia; VENTURA, Míriam. **A Judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica**. Ciência e Saúde Coletiva. 2010; 15(5): 2405-2414.

³⁶³ FERRAJOLI, Luigi. Por uma carta dos bens fundamentais. In: **Sequência**, número 60, p. 30-31, jul. 2010.

³⁶⁴ Ferrajoli ensina que “‘bem’ é tudo aquilo que pode ser objeto de uma situação jurídica”. Como se percebe tal conceito é bem extenso.

FERRAJOLI, op. cit., p. 34.

disposição ou de troca, reservado o seu uso e gozo aos seus titulares. Estes são bens cuja acessibilidade é garantida a todos e a cada um, pois são objeto de outros vários direitos fundamentais.³⁶⁵

Todos os bens fundamentais são objeto de direitos fundamentais, mas a recíproca não é verdadeira. Isto é, somente alguns direitos fundamentais, tal como o direito à saúde, têm como objeto bens fundamentais.

Nessa diapasão, Ferrajoli defini os direitos fundamentais, os direitos patrimoniais e os bens patrimoniais como:

Os *direitos fundamentais* [...] são todos aqueles direitos que dizem respeito universalmente a todos enquanto pessoas e/ou cidadãos e/ou pessoas com capacidade de fato, que, enquanto tais, são prescritos imediatamente por normas, as quais designei [...] “tético-deôntica”³⁶⁶, sendo conseqüentemente indisponíveis e inalienáveis. [...] os direitos fundamentais são universais, no sentido de que seu desfrute é acessível a todos pro indiviso ou igualmente reservado a todos e a cada um de maneira exclusiva; são, além disso, também qualificados como tais imediatamente por normas “téticas”, e precisamente “tético-constitutivas”; são também, finalmente, subtraídos à disposição e à apropriação privada.

Pelo contrário, os *direitos patrimoniais* são todos aqueles direitos que dizem respeito singularmente aos seus titulares com exclusão dos outros; que, enquanto tais, não são já diretamente dispostos, mas predispostos por normas ditas “hipotético- deônticas” como efeito dos atos por elas hipoteticamente previstos, que são por isso disponíveis e alienáveis.

E, analogamente, também os bens patrimoniais são bens singulares, no sentido de que seu desfrute é garantido exclusivamente aos titulares dos direitos patrimoniais dos quais são objeto; são predispostos por normas hipotético-deônticas juntamente com os respectivos direitos, dispostos como efeitos dos atos por elas hipoteticamente previstos; e são, por isso, a par dos direitos dos quais são objeto, disponíveis e alienáveis.³⁶⁷

Ferrajoli também ensina a diferença entre a indisponibilidade de um direito fundamental e de um bem fundamental:

Enquanto a primeira é uma indisponibilidade conceitual lógica, e portanto, inviolável, ligada à natureza de generalidade, abstração e heteronomia das normas que estabelecem direitos fundamentais, a segunda é uma indisponibilidade somente jurídica, e portanto passível de violação, dado que os bens fundamentais, de fato, são sempre materialmente disponíveis.³⁶⁸

³⁶⁵ Idem, p. 34.

³⁶⁶ Ferrajoli denominou por “normas téticas”, distinguindo-as em “deônticas” e “constitutivas”, as normas que dispõem imediatamente situações ou status jurídico, como é o caso dos direitos fundamentais. Ao revés, as “normas hipotéticas”, também diferenciadas em “deônticas” e “constitutivas” são aquelas que não dispõem imediatamente nada, mas predisõem situações ou status com efeitos dos atos por ela hipoteticamente previstos.

³⁶⁷ Idem, p. 35-36.

³⁶⁸ Idem, p. 37.

É dizer, a disposição dos bens fundamentais configura um ato ilícito, enquanto a disponibilidade dos direitos fundamentais é inexistente.³⁶⁹

Na teoria desenvolvida por Ferrajoli, para se configurar como bens fundamentais, não há necessidade de estarem positivados, basta que sejam vitais e merecedores de tutela.

Em razão das mudanças nas relações entre o homem e a natureza (especialmente indústria e tecnologia), Ferrajoli ainda dividiu os bens fundamentais em *bens personalíssimos* (possuem rígida imunidade de sua violação), *bens* comuns (todos possuem direito de uso e gozo) e *bens* sociais (objeto de direitos sociais). Enquanto os bens personalíssimos são tutelados pelas garantias dos respectivos direitos de imunidade dos quais são indissociáveis, as garantias dos bens comuns e dos sociais requerem instituições públicas para sua proteção e prestação³⁷⁰

Em função da transformação e evolução mencionada no parágrafo anterior (fruto da globalização³⁷¹), é exigida a intervenção do direito e uma escolha política civilizatória, capaz de submeter o direito às relações de mercado.³⁷²

Proteger um bem fundamental, significa torná-lo indisponível (inalienável e inviolável) e, portanto, subtraí-lo ao mercado e ao arbítrio das decisões políticas, consequência inderrogável do constitucionalismo e da democracia.

É neste cenário de a Constituição apresentar caráter coercitivo e decorrente de sua rigidez constitucional³⁷³, de determinar que suas decisões sejam debatidas, fundamentadas e deliberadas, de se dever levar a sério seus mandamentos constitucionais, de ter força propulsora, já que a CF/88 não é somente um texto normativo, mas principalmente um projeto de nação, que surge o instituto do *amicus curiae*, com objetivo de garantir e incrementar o caráter democrático e social dos julgamentos proferidos pelo órgão jurisdicional e também de manter a Constituição como Lei Superior e evitar a sua ineficácia perante os cidadãos e a própria sociedade.

³⁶⁹ Ferrajoli ilustra a situação de indisponibilidade dos direitos fundamentais com o exemplo da venda de manifestação do pensamento (ato irrealizável e sem sentido). Já a destruição de um bem fundamental configura um ato ilícito, merecendo, portanto, ser proibido e punido.

³⁷⁰ Idem, p. 39 e 44.

³⁷¹ A globalização propiciou uma “sofisticação da sociedade” e, conseqüentemente, surgiu a denominada “sociedade de massa” (interesses massificados), em que os problemas tendem a se coletivizar, exigindo, portanto, soluções também coletivas. A globalização tornou a sociedade uma sociedade em rede, caracterizada pela hiper comunicação.

³⁷² Idem, p. 40.

³⁷³ Por meio da rigidez constitucional, atribui-se status superior a determinados conteúdos em face das normas ordinárias e autoriza-se o controle de tal hierarquia através de mecanismos judiciais.

O *amicus curiae* é mais um canal de desenvolvimento da democracia participativa. Seria um contrassenso imaginar o processo das ações impugnativas constitucionais de tutela à saúde em uma sociedade fechada de intérpretes.

Com a ajuda do *amicus curiae*, o Judiciário pode se tornar um interlocutor qualificado, aumentando assim o valor da democracia na interação com os demais integrantes do sistema nesse árduo e longo processo de implementação do direito fundamental à saúde.

A efetivação da tutela jurisdicional pluralista exige que os meios de participação processual sejam elásticos, flexíveis (nada é absoluto, tudo é relativo), de modo que o magistrado tenha condições de averiguar, diante de um dado caso concreto, os reais anseios dos grupos envolvidos, bem como as pretensões dos indivíduos componentes de tais grupos.

Para que haja uma decisão conveniente, face de uma pretensão resistida por parte da administração, defendeu-se que a mesma deve ser estar umbilicalmente ligada à intervenção, a ser realizada pelo Judiciário.

Hartz et al consideram que:

uma intervenção pode ser concebida como sistema organizado de ação que visa, em um determinado ambiente e durante um determinado período, a modificar o curso previsível de um fenômeno para corrigir uma situação problemática.³⁷⁴

Importa, essencialmente entender que, a emissão de uma valoração sobre determinada intervenção, deve ocorrer por atores que detenham expertise (visão de mundo diferente) e que, preferencialmente, sejam de diferentes campos do saber, dotados de informação cientificamente válida e socialmente legitimada, para que assim, se possa traduzir em ações para concretização do direito, no caso, ao direito à saúde. O *amicus curiae* é instrumento útil para incremento de informação do magistrado, para a tomada de decisão e justificativa.

A questão do direito à saúde não pode ser enfrentada de forma isolada, mas sim sob um prisma global, com diálogo institucional e interdisciplinar, buscando soluções adequadas e possíveis. A interdependência entre o direito à saúde e o direito à vida representam o dever de proteção dos direitos humanos fundamentais.

Não se nega que a precariedade na proteção e promoção do direito à saúde, em sua plenitude, é passível de afetar diretamente a dignidade da pessoa humana, uma vez que

³⁷⁴ FIGUEIREDO, Tatiana Aragão; HARTZ, Zulmira M. Avaliação de desempenho da regulação em saúde. **Anais do Instituto de Medicina e Higiene Tropical da Universidade Nova de Lisboa**. Regulação na saúde. 2017; 16:S.19, p. 16.

quando a dignidade está afastada, o indivíduo não desfruta da proteção do direito que serve de origem para a decorrência de tantos outros direitos.

De todo modo, os direitos (com destaque ao direito à saúde), dependem de garantias processuais para sua efetivação e, conseqüentemente, o contraditório seja ampliado. Como dito, o *amicus curiae* é importantíssimo para auxiliar os magistrados, por exemplo, na superação de dificuldades como as oriundas da falta de informações e dados, da falta de assessoria, da falta de expertise para apreciar criticamente uma prescrição médica.

Grinover conclui que:

(...) o processo deverá obedecer a um novo modelo com cognição ampliada, que permita ao magistrado dialogar com o administrador para obter todas as informações necessárias a uma sentença justa e equilibrada, que inclua o exame do orçamento, e a compreensão do planejamento necessário à implementação da nova política pública. A sociedade deverá ser ouvida em audiências públicas admitindo-se a intervenção de *amici curiae*.³⁷⁵

Argumentações devem ser debatidas no processo, para dar segurança aos juizes, e assim, estabelecer qual a resposta adequada à demanda.

No seio das ações envolvendo o direito à saúde, há sólida necessidade de se intensificar o espaço de diálogo institucional³⁷⁶, isto é, de efetivar a adoção de arranjos institucionais que compartilhem a tarefa de atribuir significado ao texto constitucional brasileiro entre o judiciário e outros atores, bem como uma atividade de cooperação entre os poderes políticos e o Judiciário, a fim de conferir uma maior e melhor proteção ao direito fundamental perquirido.

Em resumo, na condição de valor fundamental, a dignidade da pessoa humana exige o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais em todas as suas dimensões. Quanto menos forem limitados os direitos por fatores sociais, econômicos culturais, etc., menos será atingida a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana exigida na CF/88 e diversas normas internacionais.

³⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. (coord.) In: O controle jurisdicional de políticas públicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 139.

³⁷⁶ Não é qualquer dialogia, mas uma marcada pela franqueza, transparência, crítico e por discursos de qualidade, que demonstrem verdadeiramente as necessidades da saúde, bem como as perspectivas de cada um dos atores envolvidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Escrever sobre a saúde pública é tratar de um tema extremamente relevante, pois vincula tanto os Poderes Públicos, quanto os entes privados. A saúde é dotada de importância inconteste para a preservação da vida humana de forma digna, por ser bem jurídico de natureza existencial às pessoas, responsável por possibilitar o pleno desenvolvimento das potencialidades individuais de todos os seres humanos.

Defendeu-se o posicionamento de que as participações sociais vão de encontro aos substantivos democracia e legitimidade, no sentido de que, quanto mais próximo do fato a decisão for tomada, mais chance haverá de êxito, afinal, o Direito (resultado de lutas, arranjos e conjugações sociais) sem o fato não é “ninguém”. O Direito se constrói.

A vida é relacional, de modo que o desenvolvimento humano se dá a partir das relações (as pessoas não vivem ensimesmadas).

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito à saúde tem sido considerado dependente de intermediação do Judiciário, negando-lhe a natureza de eficácia plena.

Nesse ínterim, o *amicus curiae* seria um instituto de empoderamento da sociedade, que possibilitaria a garantia constitucional de acesso à saúde, e, conseqüentemente, à justiça, pois é um incremento democrático às decisões judiciais. É respeitável que o *amicus curiae* ofereça razões e apresente informações objetivas, factuais e inteligíveis do seu posicionamento do problema a ser enfrentado.

O objetivo geral deste trabalho, foi defender que as decisões judiciais precisam de um mínimo de adesão social, de modo que a sociedade entenda que se aproximou na maior medida possível, do correto, do bom, sustentável, adequado e justo, para assim se alcançar na maior medida possível o direito fundamental à saúde, e fomentar a democracia.

A possibilidade de comunicação de opiniões, críticas sobre qualquer assunto, está ligada à liberdade de expressão.³⁷⁷

A existência de uma interpretação aberta na qual razões³⁷⁸ e informações³⁷⁹ são discutidas publicamente, aumentam sobremaneira o controle social sobre a atuação do Poder Público, e, possivelmente, aumentam também a adesão e a confiança da população a elas e,

³⁷⁷ Artigo 5º, incisos IV e IX e artigo 220, todos da CF/88.

³⁷⁸ A expressão “razões” descreve de forma geral uma opinião, argumento, ideia.

³⁷⁹ A expressão “informações” está associada a fatos

consequentemente, ao Sistema Democrático. Com efeito, cabe mencionar que os dois fenômenos, “razões” e “informações”, caminham juntos, pois não há como falar em uma narrativa de fatos totalmente objetiva e neutra.³⁸⁰

Em uma sociedade plural, como a brasileira, é comum que haja diferentes concepções sobre temas de maior relevância pública. As diversas concepções contribuem para elucidar melhor a realidade do problema que se pretende enfrentar (fomentam o debate, de modo a lhe conferir maior seriedade e consistência).

De maneira simplória, o *amicus curiae*, ferramenta de luta democrática, seria o balanceamento e confronto de posições jurídicas capaz de dar pessoalidade e profundidade aos dispositivos escritos de maneira impessoal, o que configuraria um ideal de sociedade aberta dos intérpretes.

Pois bem. A transformação da realidade demanda tempo, o caminho é árduo e incessante, e requer múltiplas atividades, a simples existência do direito fundamental à saúde não se efetivará por si só. Todavia, é fundamental transpor o acesso ao direito-garantia para a sua concreção.

Não restam dúvidas de que o presente tema ensejará muitas discussões.

³⁸⁰ Até a seleção de fatos considerados importantes envolvem, em alguma medida, razões (concepções prévias, escolhas). Todas as pessoas estão inexoravelmente vinculadas às suas pré-compreensões, mas tentar fazer um esforço para produzir um ambiente de neutralidade, ajuda a ver a realidade melhor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Pedro Manoel. **Coleção Ensaios de Processo Civil**, vol. 3, Processo e Democracia. LAMY, E. A.; ABREU, P. M. (Coord.). São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário** – a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ALVES, Cândice Lisbôa. **Direito à saúde: Efetividade e proibição do retrocesso social**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2013.

ALVES, Cândice Lisbôa. Entre a mão e a contramão do direito à saúde pública no Brasil: a emenda constitucional 86 e a proibição do retrocesso social. In: **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 27.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. Trinta anos da Constituição de 1988: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e novas questões. *Revista dos Tribunais*, v.996/2018, out., p.79-95. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, p. 1-12, 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Direitos Fundamentais e Direito à justificativa: Devido Procedimento na Elaboração Normativa**. 2ª Edição. Belo horizonte: Fórum Conhecimento Jurídico, 2017.

BARROS, Elizabeth. O Controle Social e o processo de descentralização dos serviços de Saúde. In: BRASIL. Ministério da Saúde. **Incentivo à participação popular e Controle Social no SUS: textos técnicos para conselheiros de saúde**. Brasília: IEC, 1998.

BARROS, Cilaine de Oliveira; Guilherme; CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal. Direito à saúde e transformação social. **Argumentum – Revista de Direito UNIMAR**, Marília, n. 6, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em fevereiro de 2021.

BEDIN, Débora Cristina Roldão. A efetivação dos direitos sociais pelo poder judiciário e a reserva do possível. **Revista de Direito Público**, Londrina, v, 4, n. 2, p. 12-28, maio/ago., 2009, p. 12-28.

<https://doi.org/10.5433/1980-511X.2009v4n2p12>

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Sistema constitucional aberto**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos**. 9 ed. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução de Denise Agostinetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008 (Justiça e direito).

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 238**. Dispõe sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde, bem como a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de fazenda Pública. Publicada em 06 de setembro de 2016. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2339>>. Acesso em abril de 2021.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução nº 388**. Dispõe sobre a reestruturação dos Comitês Estaduais de Saúde, fixados pela Resolução CNJ nº 238/2016 e dá outras providências. Publicada em 13 de abril de 2021. Acesso maio de 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. *Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em junho de 2020.

BRASIL. **Decreto nº 1.651 de 28 de setembro de 1995**. Regulamenta o Sistema nacional de Auditoria no âmbito do Sistema Único de Saúde. *Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1651.htm >. Acesso em junho de 2020.

BRASIL. **Decreto nº 4.766 de 26 de junho de 2003**. Regulamenta a criação, as competências e o funcionamento da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED. *Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 de junho de 2003*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4766.htm >. Acesso em novembro de 2019.

BRASIL. **Decreto nº 7.508 de 28 de junho de 2011**. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. *Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 de junho de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm >. Acesso em julho de 2021.

BRASIL. **Decreto nº 99.438 de 7 de agosto de 1990**. Dispõe sobre a organização e atribuições do Conselho Nacional de Saúde, e dá outras providências. *Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 de agosto e agosto de 1990*. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/legislacao/dec99438_070890.htm >. Acesso em junho de 2020.

BRASIL. **Decreto nº 7.508 de 28 de junho de 2011**. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde – SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. *Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 de junho de 2011*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7508.htm>. Acesso em julho de 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 86 de 17 de março de 2015**. Altera os arts. 165, 166 e 198 da Constituição Federal, para tornar obrigatória a execução de programação orçamentária que especifica. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc86.htm>. Acesso em julho de 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 95 de 15 de dezembro de 2016**. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 15 de dezembro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm>. Acesso em julho de 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.080 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em junho de 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.142 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. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 28 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm>. Acesso em junho de 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.689 de julho de 1993**. Dispõe sobre a extinção do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência social (Inamps) e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 27 de julho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8689.htm>. Acesso em junho de 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.401 de abril de 2011**. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 28 de abril de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12401.htm>. Acesso em julho de 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.466 de 24 de agosto de 2011**. Acrescenta arts. 14-A e 14-B à Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que “dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”, para dispor sobre as comissões intergestores do Sistema Único de Saúde (SUS), o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass), o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems) e suas respectivas composições, e dar outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 24 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12466.htm>. Acesso em julho de 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.527 de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº

11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 18 de novembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. Acesso em junho de 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.732 de novembro de 2012.** Dispõe sobre o primeiro tratameto com neoplasia maligna comprovada e estabelece prazo para seu início. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 de novembro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112732.htm>. Acesso em abril de 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105 de março de 2015.** Instituiu o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em julho de 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.896 de outubro de 2019.** Altera a Lei nº 12.732 de novembro de 2012, para que os exames relacionados ao diagnóstico de neoplasia maligna sejam realizados no prazo de 30 (trinta) dias, no caso em que especifica. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 30 de outubro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13896.htm>. Acesso em abril de 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.979 de fevereiro de 2020.** Dispõe sobre as medidas de enfrentamento da emergência da saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm>. Acesso em abril de 2021.

BRASIL. **Lei Complementar nº 141 de 13 de janeiro de 2012.** Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo; revoga dispositivos das Leis nos 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp141.htm>. Acesso em julho de 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 95 de 26 de janeiro de 2001. NOAS-SUS 01/2001.** Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2001/prt0095_26_01_2001.html>. Acesso em julho de 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 325 de 21 de fevereiro de 2008.** Estabelece prioridades, objetivos e metas do Pacto pela Vida para 2008, os indicadores de monitoramento e avaliação do Pacto pela Saúde e as orientações, prazos e diretrizes para sua pactuação. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt0325_21_02_2008.html>. Acesso em julho de 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 373 de 27 de fevereiro de 2002. NOAS-SUS 02/2002.** Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2002/prt0373_27_02_2002.html>. Acesso em julho de 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 399 de 22 de fevereiro de 2006.** Divulga o Pacto pela Saúde 2006 – Consolidação do SUS e aprova as Diretrizes Operacionais de Referido Pacto. Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prtGM399_20060222.pdf>. Acesso em julho de 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 1.559 de 1º de agosto de 2008.** Instituiu a Política Nacional de Regulação do Sistema Único de Saúde. Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1559_01_08_2008.html>. Acesso em julho de 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 1.580 de 19 de julho de 2012.** Afasta a exigência de adesão ao Pacto pela Saúde ou assinatura do Termo de Compromisso de Gestão, de que trata a Portaria nº 399/GM/MS, de 22 de fevereiro de 2006, para fins de repasse de recursos financeiros pelo Ministério da Saúde a Estados, Distrito Federal e Municípios e revoga Portarias. Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt1580_19_07_2012.html>. Acesso em abril de 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 1.600 de 7 de julho de 2011.** Reformula a Política Nacional de Atenção às Urgências e institui a Rede de Atenção às Urgências no Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt1600_07_07_2011.html>. Acesso em julho de 2021.

BRASIL. **Portaria nº 1.820 de 13 de agosto de 2009.** Dispõe sobre os direitos e deveres dos usuários da saúde. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 de agosto de 2009. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt1820_13_08_2009.html>. Acesso em abril de 2021.

BRASIL. **Portaria nº 2.048 de 3 de setembro de 2009.** Aprova o regulamento do Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt2048_03_09_2009.html>. Acesso em julho de 2021.

BRASIL. **Portaria nº 2.203 de 5 de novembro de 1996.** Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1996/prt2203_05_11_1996.html>. Acesso em junho de 2020.

BRASIL. **Portaria nº 2.436 de 21 de setembro de 2017.** Aprova a Política Nacional de Atenção Básica, estabelecendo a revisão de diretrizes para a organização da Atenção Básica, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prt2436_22_09_2017.html>. Acesso em julho de 2021.

BRASIL. **Portaria nº 2.488 de 21 de outubro de 2011.** Aprova a Política Nacional de Atenção Básica, estabelecendo a revisão de diretrizes e normas para a organização da Atenção Básica, para a Estratégia Saúde da Família (ESF) e o Programa de Agentes Comunitários de Saúde. Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2488_21_10_2011.html>. Acesso em julho de 2021.

BRASIL. **Portaria nº 2.690 de 5 de novembro de 2009.** Instituiu, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), a Política Nacional de Gestão de Tecnologias em Saúde. Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt2690_05_11_2009.html>. Acesso em julho de 2021.

BRASIL. **Portaria nº 3.390 de 30 de dezembro de 2013.** Instituiu a Política Nacional de Atenção Hospitalar (PNHOSP) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), estabelecendo-se as diretrizes para a organização do componente hospitalar da Rede de Atenção à Saúde (RAS). Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt3390_30_12_2013.html>. Acesso em julho de 2021.

BRASIL. **Portaria nº 4.279 de 30 de dezembro de 2010.** Estabelece diretrizes para a organização da Rede de Atenção à Saúde do Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2010/prt4279_30_12_2010.html>. Acesso em julho de 2021.

BRASIL – Ministério da Saúde: **NOB – SUS nº 01/96** – Norma Operacional Básica do Sistema Único de Saúde. Publicada no D.O.U de 06/11/1996. Disponível em: <<https://conselho.saude.gov.br/legislacao/nobsus96.htm#sobe>>. Acesso em julho de 2021.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 31 de 30 de março de 2010.** Recomenda aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito, para assegurar maior eficiência a assistência à saúde. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/877>>. Acesso em março de 2021.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito administrativo e políticas públicas.** São Paulo: Saraiva, 2002.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae* no Projeto de novo Código de Processo Civil. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília ano 48 n. 190 abr./jun. 2011. fl. 111 a 121.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Amicus curiae*: uma homenagem a Athos Gusmão Carneiro. v. 5, n. 10, p. 1, 2012. Disponível em: <www.scarpinellabueno.com.br/>. Acesso em: Julho de 2020.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae* no Projeto do novo Código de Processo Civil. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242885/000923086.pdf?sequence=1>. Acesso em julho de 2020.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAETANO, Marcelo. **Manual de ciência política e direito constitucional**. Tomo i. 6ed. Coimbra: Almedina. 2010.

CAMBI, Eduardo; NASSIF, Diego. Expansão da jurisdição constitucional e separação de poderes: Uma análise sistêmica à luz da cidadania. *Revista dos Tribunais*, vol. 916/2012, fev., p. 249-263. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, 2012, p. 01 – 11.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital apud MORAES, Alexandre de. In: MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2009, p. 369.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris. 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CÁRCOVA, Carlos María. **A opacidade do direito**. Tradução de Edilson Alckmim Cunha. São Paulo: LTr, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover. **Teoria geral do processo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CLÈVE, Clèmenson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 54, p. 28-39, 2006.

Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL). **A ineficiência da desigualdade**. Síntese (LC/SES.37/4), Santiago, 2018. Disponível em: <https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/43569/S1800303_pt.pdf>. Acesso em abril de 2021.

CONSTITUTION of the World Health Organization. Disponível em: <<http://apps.who.int/gb/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf>>. Acesso em junho de 2020.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Do Direito Natural do Direito Fraternal. **Revista dos Estados Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, janeiro-junho, 2009, p. 78-86.
<https://doi.org/10.4013/rechtd.2009.11.09>

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30 ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista Saúde Pública**, São Paulo, 1988.
<https://doi.org/10.1590/S0034-89101988000100008>

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os estados brasileiros e o direito à saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS (1948). Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em junho de 2020.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. **Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 17. ed. Salvador: Juspodivm. 2015. v. 1.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 17ª ed. Rev. atual e ampl. Salvador: Jus Podivim, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris. **Teoria del diritto e della democrazia**. Roma-Bari: Laterza, 2007. v. II.

FERRAJOLI, Luigi. I Conferência Internacional sobre Garantismo e Gestão Pública – Separação dos poderes: funções e garantia. **Jornal Estado de Direito**, Porto Alegre, ano IV, n. 23, nov. e dez. de 2009.

FERRAJOLI, Luigi. Por uma carta dos bens fundamentais. In: **Sequência**, n. 60, jul. 2010.

FERRAZ, Marcos Bosi. Economia da saúde e sua inserção no sistema da saúde. In: BLIACHERINE, A. C; SANTOS, J. S. (Org). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentário e judicial**. São Paulo: Altas, 2020.

FIGUEIREDO, Tatiana Aragão; HARTZ, Zulmira M. Avaliação de desempenho da regulação em saúde. **Anais do Instituto de Medicina e Higiene Tropical da Universidade Nova de Lisboa**. Regulação na saúde. 2017; 16:S.19.

FIORAVANTI, Maurizio. A produção do direito entre lei e juiz: a relação entre democracia e jurisdição. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 14, n.76, nov./dez.2012, p. 161-166.

GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella**. São Paulo: Saraiva, 2012. (Direito, desenvolvimento e justiça, Série produção científica).

GOMES, Alves Sérgio. **Hermenêutica jurídica e Constituição no Estado de Direito Democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini e WATANABE, Kazuo. (coord.) In: **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed . Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HARBELE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Traduzido por: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2002.

HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Madri: Dykinson, 2003.

HÄBERLE, Peter. La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la constitución. Traducción Xabier Arzo Santisteban. **Contextos**, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, n. 05, abr. 2013, p. 63-88.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro, 1997.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. Martins Fontes: São Paulo, 1997.

HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do Direito**: O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou Matéria, Forma e Poder de uma República Eclesiástica e Civil. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JABORANDY, Clara Cardoso Machado; MARINI, Sandra Regina Marini, a (Des)judicialização da Política Pública de Saúde a partir do Princípio da Fraternidade. Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura, vol. 4/2018, jan-mar, p. 115-132. **Revista dos Tribunais Online**, São Paulo, 2018, p. 1-13.
<https://doi.org/10.48143/rdai/04.ccmj>

JÚNIOR, Maurício Amormino (Elaborador); SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Tolêdo (Org.). **Coletânea direito à saúde**: institucionalização. Brasília (DF): CONASS, 2018, vol. 1.

JÚNIOR, Maurício Amormino (Elaborador); SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Tolêdo (Org.). **Coletânea direito à saúde**: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde. Brasília (DF): CONASS, 2018, vol. 2.

JÚNIOR, Maurício Amormino (Elaborador); SANTOS, Alethele de Oliveira; LOPES, Luciana Tolêdo (Org.). **Coletânea direito à saúde**: boas práticas e diálogos institucionais. Brasília (DF): CONASS, 2018, vol. 3.

KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo. Direitos Fundamentais, Direito à Saúde e Papel do Executivo, Legislativo e Judiciário: fundamentos de direito constitucional e administrativo. In: KEINERT, T. M. M.; PAULA, S. H. B. et. al., (Org.). **As Ações Judiciais no SUS e sua Promoção do Direito à Saúde**. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição Política**. Rio de Janeiro: Global, 1987.

LEITÃO, Andre Studart; SOUSA, Thiago Patrício de; SILVA, Alexandre Antonio Bruno da. A escolha do estado brasileiro pelo direito fundamental à saúde: o dever de financiar medicamentos de alto custo. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 1, 2018, p. 766-780.

<https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i1.4885>

LINI, Priscila. Políticas públicas na fronteira trinacional: o desafio ao pleno exercício da cidadania. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 4, n. 1, 2014, p. 173-184.

<https://doi.org/10.5102/rbpp.v4i1.2813>

LOPES, Fernanda. Experiências desiguais ao nascer, viver, adoecer e morrer: tópicos em saúde da população negra no Brasil. In: Seminário Nacional Saúde da População Negra. Brasília, 18 a 20 de agosto de 2004. **Anais. Brasília:** Ministério da Saúde e Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial; 2004, p. 47-83.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos subjetivos e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

LUZ, Madel Therezinha. **Duas questões permanentes em um século de políticas de saúde no Brasil republicano**. Ciência & Saúde Coletiva, 2000.

<https://doi.org/10.1590/S1413-81232000000200006>

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. vol. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 33 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MEDINA, Damares. **Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?** São Paulo: Saraiva, 2010 (Série: Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP).

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. **A eficácia dos direitos sociais**. Salvador: Editora Podivim, 2008.

MENDES, Karyna Rocha. **Curso de Direito da Saúde**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, tomo IV. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2008.

MONTESQUIEU, Charles-Louis Secondat Barão de La Brède. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21 ed.; São Paulo: Atlas, 2007.

NEVES, Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016 (versão eletrônica).

NUNES, Dierle. Processualismo Constitucional Democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. **Revista de Processo**. Vol. 199. Ano 36. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, set. 2011.

OLIVEIRA, Thaís de Bessa Gontijo de. O *amicus curiae* e o reconhecimento da possibilidade de uma atuação parcial. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Org.). **Anais do 5º Congresso de Constituição e Processo: hermenêutica e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Initia Via, 2013. p. 508-531.

PEPE, Vera Lúcia Edais; FIGUEIREDO, Tatiana de Aragão; SIMAS, Luciana; CASTRO-DE-OSÓRIO, Claudia Garcia; VENTURA, Míriam. **A Judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica**. *Ciência e Saúde Coletiva*. 2010;15(5):2405-2414.

<https://doi.org/10.1590/S1413-81232010000500015>

PERLINGERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIETRO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid**. n. 5, 2001.

POZZOLI, Lafayette; TOLEDO, Iara Rodrigues de. Análise do princípio constitucional da dignidade humana face a dimensão da afetividade e o direito fraternal. **Problemata: Revista internacional de Filosofia**, v. 8. n. 1, 2017, p. 178-190.

<https://doi.org/10.7443/problemata.v8i1.27851>

Primeira Conferência Internacional Sobre Promoção da Saúde, Ottawa, em 21 de novembro de 1986. Disponível em: < https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/carta_ottawa.pdf>. Acesso em julho de 2021.

RAMOS, Marcele Carvalho da Silva. O direito fundamental à saúde na perspectiva da Constituição Federal: uma análise comparada. **Revista Jurídica de Direito Administrativo e Constitucional [revista eletrônica]**. 2010. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/627/80>>. Acesso em junho de 2020.

SAMPAIO, JAL. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. 7 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. e.d. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas Considerações em Torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988. In: **Revista Direito e Democracia**

(ULBRA), v. 3, n.1, 2002. Disponível em: < <https://doi.org/10.15600/2238-1228/cd.v3n5p107-141>>. Acesso em junho de 2020.
<https://doi.org/10.15600/2238-1228/cd.v3n5p107-141>

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista dos Tribunais**. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas Considerações sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. In: **Revista de Direito do Consumidor**, n. 67, jul./set. 2008.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: volume 212, abril e junho de 1998.
<https://doi.org/10.12660/rda.v212.1998.47169>

STRECK, Lenio Luiz. Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes – Parte II. **Conjur – Consultor Jurídico**. 29.09.2016. Disponível em: <www.conjur.com.br/2016-set-29/senso-incomum-critica-teses-defendem-sistema-precedentes-parte-ii>. Acesso em julho de 2020.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

TALAMINI, Eduardo. Comentários ao art. 138 do CPC/15 (LGL\2015\1656). In: TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; DANTAS, Bruno (Coords.). **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Ed. RT, 2015.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. **O papel das políticas públicas no desenvolvimento local e na transformação da realidade**. 2002. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/aatr2/a_pdf/03_aatr_pp_papel.pdf. Acesso em: 02 set. 2020.

TEPEDINO, Gustavo. A incorporação dos direitos fundamentais pelo ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. **Revista Jurídica**, 2016.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 57. ed. rev. etual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. A Constituição Dirigente e o Direito Regulatório do Estado Social: o direito sanitário. In: **Brasil**. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação na Saúde. Márcio Iorio Aranha (Org.) – Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

RANCIÈRE, Jacques. **O espectador emancipado**. Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

REZENDE, Nanci Figueirôa. A amplitude da expressão saúde no marco normativo brasileiro. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos (Orgs.). **Direito à vida e à saúde: impactos orçamentários e judicial**. São Paulo: Atlas, 2010.

ROCHA, Mauro Sérgio. Comentários ao capítulo V do Código de Processo Civil de 2015. In: CUNHA, José Sebastião Fagundes (Coord. geral); BOCHENEK, Antonio César; CAMBI, Eduardo (Coords.). **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Ed. RT, 2015.

VASCONCELOS, CM. e Pasche, DF. O Sistema Único de Saúde. In: Campos GWS et al. **Tratado de Saúde Coletiva**. 2.ed. São Paulo: Hucitec; 2012.

VIAL, Sandra Regina Martini. Direito Fraternal na sociedade cosmopolitana. **RIPE – Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos**, Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez, 2006.