

ANÁLISE ECOLÓGICA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: DA JUDICIALIZAÇÃO SIMBÓLICA AO SILÊNCIO ELOQUENTE DO SISTEMA E DAS ORGANIZAÇÕES JURÍDICAS

Wálber Araujo Carneiro*

RECEBIDO EM:	19.5.2020
APROVADO EM:	31.5.2020

* Pós-doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), pela Goethe Universität Frankfurt am Main e pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), doutor em Direito pela Unisinos, em sanduíche com a Universidade de Coimbra (Portugal), e mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (Ufba). Professor associado da Ufba nas áreas de Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito. Líder do grupo de pesquisa “Direito, sentido e complexidade social” (DSCComplex) e coordenador do Observatório de Análise Ecológica do Direito (OBAED). *E-mail*: walber.carneiro@gmail.com

· WÁLBER ARAUJO CARNEIRO

- **RESUMO:** O artigo propõe uma análise ecológica do direito fundamental à saúde ao considerar o impacto que sua programação causa no ambiente formado por indivíduos e sistemas sociais. Partindo de uma crítica aos déficits ecológicos das abordagens normalmente empreendidas sobre a eficácia dos direitos fundamentais à saúde, analisa como diferentes padrões de abordagem nos planos micro e macro contribuem para a baixa realização desses direitos. Recusando o ceticismo ante a realização constitucional desses direitos, bem como seu uso simbólico-diabólico em sua judicialização, avalia os impactos de ações e omissões do sistema jurídico e de suas organizações na inclusão não generalizada de indivíduos no sistema da saúde. Por fim, busca demonstrar o potencial crítico e as possibilidades emancipatórias da estruturação jurídica do produto heteror-reflexivo da análise ecológica do direito.
- **PALAVRAS-CHAVE:** direito à saúde; análise ecológica do direito; direitos fundamentais.

ECOLOGICAL ANALYSIS OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH: FROM SYMBOLIC JUDICIALIZATION TO THE ELOQUENT SILENCE OF THE SYSTEM AND LEGAL ORGANIZATIONS

- **ABSTRACT:** The article proposes an ecological analysis of the fundamental right to health when considering the impact that its programming causes in the environment formed by individuals and social systems. Based on a critique of the ecological deficits of the approaches normally taken on the effectiveness of the fundamental right to health, it analyzes how different patterns of approach at the micro and macro levels contribute to the low realization of these rights. Refusing skepticism regarding the constitutional realization of these rights, as well as their symbolic-diabolic use in their judicialization, it evaluates the impacts of actions and omissions of the legal system and its organizations in the non-generalized inclusion of individuals in the health system. Finally, it seeks to demonstrate the critical potential and emancipatory possibilities of the legal structuring of the heteroreflexive product of the ecological analysis of law.
- **KEYWORDS:** right to health; ecological analysis of law; fundamental rights.

1. Introdução

O texto que ora introduzimos busca reconstruir um tema recorrente no debate jurídico, todavia, agora, por uma diferente perspectiva de observação. A análise teórico-jurídica do direito fundamental à saúde sempre se deparou com o paradoxo da sua realização. O mesmo orçamento que possibilita as prestações do sistema da saúde é o mesmo orçamento que limita a realização da fruição desses direitos fundamentais. Uma primeira alternativa de enfrentamento desse paradoxo é o seu *by pass*. Direitos fundamentais à saúde existiriam nos limites de sua regulamentação e implantação, restando a questão orçamentária contornada. Uma segunda alternativa era a negação. Direitos fundamentais não podem ficar à mercê dos limites orçamentários, cabendo ao Estado prover aquilo que é necessário à saúde. Entre o ceticismo descompromissado justificado por uma teoria semântica da norma constitucional e o compromisso irresponsável amparado em controles metódicos dessa mesma semântica, a operação do sistema jurídico aposta, convenientemente, nas duas soluções, simultaneamente. No âmbito da microjustiça, responde à judicialização da saúde garantindo direitos àqueles que pedem sob o patrocínio do orçamento destinado às ações e aos serviços nessa área. No âmbito da macrojustiça, nega direitos relacionados à eficácia de normas de direito financeiro que exigiriam aportes orçamentários na área. Ambas, todavia, observam o problema da eficácia dos direitos fundamentais refletindo os parâmetros de autorreprodução utilizados pelo direito, ignorando o impacto nos indivíduos presentes no ambiente dos sistemas da saúde e do direito.

As teorias céticas transferem a análise desse impacto para outras análises e formas de comunicação. Caberá à política “sentir” esse impacto e, conforme for, legislar, regulamentar, implementar e administrar os diferentes interesses que envolvem o problema da prestação de serviços e ações em saúde. As teorias compromissadas assumem o problema como sendo jurídico, mas ignoram o impacto que a realização desses direitos, agora judicialmente impostos, tem para os direitos de tantos outros que, por diversos motivos, não são capazes de acionar a máquina judiciária ou, simplesmente, têm o seu direito negado em razão da não uniformidade de tratamento. Que o impacto ambiental (nos indivíduos e no sistema da saúde) essas duas formas de operação proporcionam? Como seria possível observar esse fenômeno paradoxal e, de uma nova perspectiva, assimilar abordagens microjudiciais e macro-orçamentárias? Tentaremos trazer nos itens que seguem as questões e as possibilidades que uma análise ecológica do direito à

saúde e de seu controle judicial pode revelar. Ecológica na medida em que avaliamos os impactos que as referidas teorias produzem em indivíduos e sistemas funcionais que estão no ambiente do sistema jurídico. Jurídica não apenas porque avaliaremos impactos do sistema jurídico em seu ambiente, mas também porque o saldo crítico da análise é orientado para a estruturação do direito fundamental à saúde, abrindo novas possibilidades para a sua realização compromissada e responsável.

Iniciaremos pelo estranhamento que o “orçamento estatal” despertava ao tentar ser, para além de uma peça técnica de contabilidade, um juízo de justiça distributiva. Na sequência, avaliaremos como a solução “pós-positivista” inscrita no horizonte teórico do chamado neoconstitucionalismo brasileiro já não oferecia uma solução que nos retirasse dos caminhos paradoxais, fator determinante para o deslocamento da função “diabólica” da constitucionalização simbólica para a “judicialização simbólica” (CARNEIRO, 2013). Assumindo as bases de uma “análise ecológica” dos impactos proporcionados pelas operações e omissões do sistema jurídico, percorreremos os principais momentos vividos pelo regime jurídico do direito à saúde, avaliando os impactos na distribuição isonômica desse direito e as consequências trazidas pelos níveis macro (regime constitucional orçamentário) e micro (direitos fundamentais subjetivos a prestações). Para tanto, avaliaremos os impactos de práticas ativas do sistema jurídico no estado do Rio Grande do Sul, o tratamento dispensado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) às ações individuais e o modo como o sistema e suas organizações se comportam diante das violações a aspectos macro-orçamentários da saúde.

Por fim, tentaremos mostrar como uma análise ecológica promove uma comunicação heterorreflexiva travada na periferia e, ao mesmo tempo, como se mostra produtiva para sua estruturação pelo sistema jurídico, possibilitando variações, novas formas de seleção e estabilização do sistema. Formas, evidentemente, que atendam à sustentabilidade do complexo ambiente no qual o direito opera, à isonomia de diferentes (complexas) esferas de tratamento do problema e, por fim, à segurança na estabilização da “atual” determinação institucional (cf. LUHMANN, 1965) dos limites de fundamentalidade do direito à saúde.

2. A questão metodológica

A pesquisa aqui relatada constitui uma “análise ecológica” do direito fundamental à saúde. Como tal, estará edificada sobre três diferentes bases paradigmáticas: a Feno-

menologia Hermenêutica de Heidegger (2005), a Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann (2006) e a Epistemologia da Complexidade de Edgar Morin (2008). Na autoimplicação dessas três “fenomenologias”, constatamos que a complexidade do fenômeno linguístico impede que qualquer uma delas seja autossuficiente para uma abordagem crítica sobre os diferentes “produtos” desse universo complexo, o que exige um trabalho voltado para “as margens” de suas possibilidades (CABRERA, 2003), isto é, para o “não dito”, para o “não comunicado” e para o “não organizado”.

A Fenomenologia Hermenêutica desperta possibilidades críticas “desveladoras” e revela como a angústia pode ser filosoficamente traduzida naquilo que ainda não foi dito. Isso quer dizer que a crítica ecológica que propomos não pode abrir mão de uma filosofia tradutora de um mundo que ainda não se revelou em conceitos e informações. Essa possibilidade, silenciosamente inscrita no horizonte da linguagem, não produzirá, todavia, ressonâncias na sociedade moderna se não for acoplada ao modo “apofântico” assumido pela comunicação dessa forma societal, objeto de exploração, no outro lado dessa margem, pela Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann (2006). O uso apofântico da linguagem na sociedade moderna produz diferentes “matrizes anônimas” de “meios de comunicação autônomos” (TEUBNER, 2016, p. 248), que operam sob uma lógica “cibernética” própria e distinta da compreensão humana. Na “terceira margem” desse “rio”, damo-nos conta da dimensão operacional metodológica da pesquisa com o auxílio da “epistemologia complexa”¹ de Edgar Morin. E, com ela, consideramos que

1 “A epistemologia complexa terá uma competência mais vasta que a epistemologia clássica, sem, todavia, dispor de fundamento, de lugar privilegiado, nem de poder unilateral de controle. Estará aberta para certo número de problemas cognitivos essenciais levantados pelas epistemologias bachelardiana (complexidade) e piagetiana (a biologia do conhecimento, a articulação entre lógica e psicologia, o sujeito epistêmico). Propor-se-á analisar não somente os instrumentos de conhecimento, mas também as condições de produção (neurocerebrais, socioculturais). [...] Se a epistemologia complexa tomasse forma, constituiria não uma revolução copernicana, mas uma revolução hubbleana. Hubble mostrou que o universo não tem centro. A epistemologia complexa não tem fundamento. A noção de epistemologia sem fundamento já foi sugerida por Rescher. Em vez de partir dos ‘enunciados de base’ ou ‘protocolares’ que, na visão do positivismo lógico, forneciam um fundamento indubitável, Rescher imagina um sistema em rede cuja estrutura não é hierárquica, sem que nenhum nível seja mais fundamental do que os outros. Aceitamos totalmente essa concepção e acrescentamo-lhes a ideia dinâmica de recursividade rotativa. Assim, compreende-se a revolução metacopernicana que se impõe: a epistemologia não é o centro da verdade, gira em torno do problema da verdade passando de perspectiva em perspectiva e, tomada, de verdade verdades parciais em verdades parciais” (MORIN, 1987, p. 31-32). Naomar de Almeida Filho (2005, p. 34-38), por sua vez, elenca as seguintes características do paradigma da complexidade: 1. “sistemas dinâmicos”, pois “compreende estruturas sistêmicas abertas, em constante transformação, totalidades formadas por partes inter-relacionadas, elementos, conexões e parâmetros mutantes”; 2. “não-linearidade”, pois dizem respeito a “interconexões sistêmicas que vão além das relações dose-resposta, produzindo efeitos que tendem a exceder a previsão, dado um conjunto de determinantes”; 3. “caos”, “no sentido da descrição de sistemas de relações não-lineares, indica que esta perspectiva abre-se à consideração de paradoxos, intoleráveis na epistemologia convencional”; 4. “emergência”, “trata-se de um processo de determinação ignorada, concernente à ocorrência de algo (objeto, força, vetor) que previamente não existia no sistema”; 5. “borrosidade” (fuzziness), pois se refere “à propriedade da imprecisão de limites entre elementos dos sistemas, qualidade

o “método” nos proporciona apenas um auxílio estratégico, já que o seu objetivo “é ajudar a pensar por si mesmo para responder ao desafio da complexidade dos problemas” (MORIN, 2008, p. 38). E o “pensar” em todas as nossas três bases paradigmáticas e, conseqüentemente, em suas respectivas margens não é dedutivo ou indutivo, mas dialógico-circular, pois explora as possibilidades que já estão presentes no horizonte da linguagem, da comunicação ou do ambiente da pesquisa. A possibilidade de um diálogo silencioso que nos toma, nos angustia e, como sustenta Heidegger (2005), projeta-se, fenomenologicamente², como um futuro que já somos; que explora a articulação das equivalências funcionais entre diferentes formas de acessar o sentido, denominado por Luhmann (2006) de “método comparativo”³; e que, em Morin (2005a, p. 30), projeta-se na dialógica constitutiva da trindade ordem-desordem-complexidade (ALMEIDA, 2009). Essas características metodológicas dificultam a identidade taxonômica deste trabalho, que possui traços filosóficos (epistemológicos e éticos), sociológicos (do direito e do conhecimento sobre o direito) e jurídicos (da teoria e da dogmática).

Dito isso, se considerarmos a clássica gramática da metodologia científica, análises ecológicas do direito se aproximam de alguns conceitos, embora, quase sempre, com ressalvas. O método não é lógico-linear (não é dedutivo, nem indutivo) é dialógico-circular, característica que é comum aos três marcos teóricos já referidos e que implica, no nível compreensivo, vigilância reflexiva e diálogos heterorreflexivos (CARNEIRO, 2011) (complementaridade e antagonismo entre diferentes formas de conhecimento), recursividade organizacional ou sistêmica (sistema implica o ambiente e vice-versa) e hologramaticidade ou recursividade interna do sistema circular (periferia interfere no centro e o centro interfere na periferia)⁴. Se fizesse sentido falar em “natureza” da pesquisa e na sua classificação binária, constataríamos que as análises ecológicas do direito englobariam pesquisas básicas aplicadas (indiretamente, por irritação) ao sistema ju-

de uma realidade a-limitada, resultante da transgressão da lógica formal de conjuntos ou do efeito do ‘borramento’ dos limites intra e intersistêmicos”; e 6. “fractalidade”, pois indica “uma geometria do microinfinito, desenvolvida por Mandelbrot [...] como solução para analisar graficamente os padrões repetidos das relações não-lineares”.

- 2 Para Heidegger (2005, p. 57), “a expressão ‘fenomenologia’ diz, antes de tudo, um conceito de método”. Ver também Heidegger (2000, p. 27).
- 3 “Lo conceptual de una teoría de la sociedad se enfrenta a la tarea de llevar su propio potencial de complejidad: interpretar hechos más heterogéneos con los mismos conceptos y, por consiguiente, garantizar la posibilidad de comparación de contextos relacionales muy diversos. Esta intención de tratar lo extremadamente diverso como algo todavía comparable se acoge al método de la comparación funcional” (LUHMANN, 2006, p. 26).
- 4 Aqui é possível observar aproximação entre Hermenêutica, Teoria dos Sistemas e a Epistemologia Complexa de Morin (2005b, p. 72-75) a partir de seus três princípios: dialógico (complementaridade e antagonismo), recursividade organizacional (sistema implica o ambiente e vice-versa) e hologramático (parte no todo e todo na parte).

rídico, ou seja, seriam “parcialmente básicas” e “relativamente aplicadas”. Quanto aos objetivos, lida com conhecimentos exploratórios (como se todos, diante da contingência e do risco, não o fossem); descreve fatos, mas, com isso, não deixa de produzir uma dupla implicação que só é escamoteada na epistemologia linear do “sujeito-objeto” e, por fim, pretende com a explicação das relações entre sistema-ambiente não apenas aprofundar o conhecimento, mas também irritar outros sistemas quanto aos seus respectivos pontos cegos. Quanto à abordagem, transitará entre dados quantitativamente analisados e qualitativamente levantados, embora suas conclusões se aproximem mais dos parâmetros qualitativos. Quanto aos procedimentos e às estratégias, aproxima-se, em muitos aspectos, da “pesquisa-ação” (cf. THIOLENT, 1985), na medida em que pretende “informar” o sistema jurídico por meio de uma reflexão transdisciplinar capaz de irritá-lo, produzir variações internas, promover novas seleções e, por conseguinte, modificá-lo na direção da sustentabilidade ambiental (*lato sensu*). Por fim, ao destacarem a problematidade como fio condutor da redução de complexidade e da formação da rede, as pesquisas da análise ecológica do direito assumem características típicas de um “estudo de caso”, aqui representadas pela judicialização da saúde no estado do Rio Grande do Sul. Sem a delimitação do “caso”, conforme já exposto em referência ao recorte do tema-problema, não seria possível estabelecer limites constitucionais de fundamentalidade, tampouco examinar o “estado do direito” (CARNEIRO, 2018b) em relação a tais direitos. Uma análise ecológica do direito articula, portanto, *redes* gerenciadas por um observatório que reproduz, no sistema científico, essas diferentes formas de vida e comunicação presentes no ambiente social do direito e as direciona para o sistema jurídico mediante o auxílio de teorias ecologicamente orientadas, a exemplo de uma “teoria ecológica dos direitos fundamentais” (CARNEIRO, no prelo).

3. O paradoxo do orçamento e os déficits cognitivos dos macromodelos teóricos dominantes

Recursos orçamentários são necessários para que o Estado social possa entregar prestações ligadas à saúde ou a qualquer outro direito social, mas esse “orçamento” é, ao mesmo tempo, aquele que também estabelece limites financeiros a tais prestações. O orçamento é paradoxal, assim como o é a nossa compreensão, que tem no horizonte de suas possibilidades suas limitações, ou o direito, que tem no não direito um lado cons-

titutivo de seu código. A sociedade é constituída sobre paradoxos e, como tais, não será possível, simplesmente, “resolvê-los”. Paradoxos serão invisibilizados na observação imediata do “objeto” paradoxal ou, no máximo, observados “de fora” por formas “especiais” de observação, todavia não menos paradoxais.

É “natural”, portanto, que a administração pública não questione o paradoxo orçamentário no momento em que “gasta” seu orçamento da saúde. Ou que o direito tenha uma certa dificuldade em avaliar a conformidade ou não conformidade jurídica - ambas, paradoxalmente jurídicas - de um direito subjetivo cuja realização resta inviabilizada por insuficiência orçamentária. Essa naturalidade não pode, todavia, ser transportada para a observação teórica do direito, pois ela tem a possibilidade de se constituir sobre uma forma diferente da auto-observação jurídica. Embora igualmente paradoxal, se a observarmos como uma auto-observação científica. O problema, entretanto, está quando essa observação científica sobre o direito abre mão de suas possibilidades “desparadoxalizantes” em relação ao “objeto” de suas observações e se limita a reproduzir a cegueira inerente à autorreprodução do sistema observado. Nesse caso, abre-se mão das possibilidades que a observação de segunda ordem (observação da observação) poderia oferecer para o aprendizado cognitivo do sistema observado.

3.1 As teorias sobre a norma constitucional programática

E foi, justamente, esse o erro de boa parte das teorias jurídicas, aquelas que integraram ou ainda integram um macromodelo dominante (CARNEIRO, 2014a). A (in)eficácia das normas programáticas reproduziu o autoengano que o sistema jurídico construiu para não enfrentar a relação incontornável entre direito e orçamento. Mantendo uma heterodescrição limitada a reproduzir a autodescrição do sistema, adaptou uma concepção normativa adequada ao paradigma liberal-contratual (cf. LEITE *et al.*, 2016), apenas sustentando a quebra da correlação sinalagmática entre direito e dever jurídico no âmbito das chamadas normas constitucionais programáticas (SILVA, 2012; PIMENTA, 1999).

Em resumo, é possível concluir que todas as teorias que se debruçaram sobre o problema da ineficácia de normas programáticas e de princípios jurídicos tinham, no fundo, a função de desviar o direito de um fato incontornável: a escassez. Primeiro se negou a condição de norma, logo, não havendo norma, não haveria direitos nem tampouco deveres. A escassez era camuflada mediante a manipulação da necessidade. Em seguida, admitiu-se a condição de norma, negando,

contudo, a sua eficácia. Neste caso, fogia-se da escassez mediante um argumento falacioso: a omissão do poder que deveria regulamentar tais normas. Por último, mesmo admitindo-a, confere-se um tratamento dogmático exógeno, na medida em que a inexistência de dever jurídico impossibilita o cumprimento coercitivo (CARNEIRO, 2004, p. 371-388).

A ausência de resposta do sistema jurídico ao seu ambiente permaneceria irritando o sistema jurídico e seu sistema científico reflexivo. Teorias precisariam respaldar a possibilidade de efetivação da norma constitucional, o que exigiria abandonar, em definitivo, as concepções clássicas que mantinham o direito ao sabor da regulamentação político-legislativa. Todavia, o câmbio paradigmático que viria a ser proposto pela doutrina também não possuía uma função desparadoxalizante. Ao contrário, iria manter o paradoxo no ponto cego da auto-observação.

3.2 A solução “pós-positivista” e o neoconstitucionalismo brasileiro

Não é possível dissociar, no Brasil, o que se chama de pós-positivismo com o fenômeno do neoconstitucionalismo do pós-guerra. Para alguns, o pós-positivismo é a doutrina filosófica equivalente a essa nova forma de ver a Constituição, permitindo, por um lado, as novas leituras substanciais e dirigentes, e, por outro, respondendo às demandas por justificação epistêmica da mutação constitucional conduzida no âmbito da jurisdição constitucional. E o horizonte teórico alemão é, certamente, a principal referência. Se Viehweg (1953) acusou a história da metodologia jurídica de ter ocultado a inexorável face tópico-problemática dos nossos “sistemas” ainda fora do contexto neoconstitucional, antes, Smend (1928) já havia contextualizado seu método científico-espiritual no entorno da Constituição de Weimar e de seu caráter integrador. Em seguida, a *aplicatio* concretizadora de Hesse (1967) e Müller (1966) e a abertura dialógica de Häberle (1980) e a analítico-argumentativa de Alexy (2008) fechariam o círculo da associação entre pós-positivismo e neoconstitucionalismo em uma versão fortemente difundida no Brasil (cf. CANOTILHO, 2004) e no mundo hispânico (cf. CARBONEL, 2005).

Todavia, se desconsiderarmos uma percepção autêntica das teorias referidas como pós-positivistas e avaliarmos os problemas a partir do senso comum teórico observado no Brasil, teremos dificuldades para compreender a mutação e a mixagem que as teorias constitucionais da Alemanha sofrem no Brasil (SILVA, 2005). Veremos um

cenário caótico que mascarará a discricionariedade judicial sob um falso fechamento nos elementos interno-axiológicos do sistema, crença possibilitada pelo mito dos limites semânticos supostamente presentes nos princípios constitucionais e pela sobrecarga de um falso controle metódico (cf. CARNEIRO, 2018c). Um Frankenstein que mascara a abertura do sistema mediante um discurso de fechamento decisório (especialmente quando fundamentado diretamente em princípios). Esse modelo não apenas mata as possibilidades de controle democrático das decisões, pois confunde a proteção da sustentabilidade ambiental no âmbito das decisões de tribunais constitucionais com o controle de políticas públicas, mas também jamais garantirá isonomia, já que não conseguirá manter sua coerência e observar a complexidade das diferentes lógicas presentes em cada esfera, e, conseqüentemente, não trará segurança e estabilidade para o sistema. As decisões, portanto, não serão fruto da autonomia do sistema jurídico, mas de razão moral, econômica, política, religiosa ou qualquer outra que arrefeça as pressões ambientais – uma corrupção velada pela falsa impressão de fechamento autônomo do sistema, uma democracia arruinada pela falsa impressão de que o Judiciário assume a condição de representante do povo, “sujeito da transformação” e da realização das “promessas da modernidade” (STRECK, 2009).

Há muito já dizíamos que esse era o cenário que marcava o deslocamento da função simbólico-diabólica da constitucionalização (NEVES, 2011) para a judicialização (CARNEIRO, 2013), que a manutenção desse “senso comum epistêmico”, ao supostamente “legitimar” leituras substanciais e concretizadoras da Constituição mediante um *by pass* da necessária interpenetração do sistema político, bem como da comunicação com outras “vozes” da sociedade, faz da intervenção judicial nas políticas públicas um “Cavalo de Troia” ofertado ao sistema jurídico (CARNEIRO, 2014b). Ao liberar a tropa, fragmenta o sistema, o volatiza e o condena à disfuncionalidade. Seria preciso romper com o ceticismo descompromissado de teorias focadas na estrutura da norma, que desviavam o problema do paradoxo orçamentário antes de observá-lo, bem como com o compromisso irresponsável de concepções teóricas ancoradas em falácias epistêmicas e que, simplesmente, negavam o problema da escassez e da administração orçamentaria como um fator relevante para a caracterização de direitos sociais e sua prestação subjetiva (CARNEIRO, 2009). Os dois caminhos teóricos legitimam, cada um a seu modo, formas de reprodução do sistema jurídico que não contribuem de forma responsiva para o tratamento jurídico da saúde. O primeiro já deixava clara a sua omissão. Quanto ao segundo, uma observação sociológica denunciava que a sua “eficácia ime-

diata” de princípios e sua legitimação metodológica (via hermenêuticas metódicas e fórmulas ponderativas) não produziam uma inclusão generalizada nas prestações do Estado social. Antes produzia uma adaptação da “constitucionalização simbólica” denunciada por Marcelo Neves (2011) no início dos anos 1990. O esgotamento da função diabólica do simples ato de constitucionalizar havia exigido o deslocamento dessa função para o âmbito da “judicialização” (CARNEIRO, 2013, 2015). Era chegada a hora de uma crítica que ultrapassava as questões epistêmicas observáveis na auto-observação do próprio sistema e avançava para uma observação sociológica do modo como o sistema operava e do modo como essa operação impactava o entorno do sistema jurídico. Ou seja, era necessário observar os impactos “ecológicos” do sistema jurídico no que toca às prestações de saúde deferidas pelo Judiciário.

4. Análise ecológica do direito fundamental à saúde

Em meados dos anos 1990, já era possível observar, especialmente em decisões de primeiro grau, o seguinte discurso: 1. a Constituição é normativa e dirigente, o que quer dizer que seus princípios devem ser respeitados, inclusive quanto aos rumos das políticas públicas; 2. esses princípios são normas jurídicas que enunciam direitos fundamentais que devem ser imediatamente aplicados; 3. a vagueza semântica e/ou a estrutura lógica não redutível ao se A então B dos princípios não é desculpa para impedir a aplicação imediata desse tipo de norma, tampouco para negar os direitos subjetivos que delas possam surgir, sendo necessário, tão somente, a adequação metodológica proposta pelo já referido pós-positivismo; 4. e, nesse sentido, princípios não são dados à subsunção, mas a uma ponderação concretizadora mediada por uma razão de proporcionalidade⁵.

Desse modo, o direito à saúde, incluindo medicamentos, tratamentos e internações, outras prestações estatais, como vagas em creches e a ampliação no controle de atos discricionários, passariam, cada vez mais, a fazer parte do “cardápio” de prestações judiciais. Qualquer um que observasse uma decisão como essa não poderia negar que ali estaria a eficácia real da Constituição de 1988. Mas a análise não poderia ter sido guiada por uma observação do modo como o sistema se autorreferencia. O Judiciário poderia,

5 Sobre o cenário teórico progressista da época e a base teórica para o avanço das possibilidades de judicialização voltada para concretização dos direitos fundamentais, ver Andreas Krell (1999).

· WÁLBER ARAUJO CARNEIRO

como sempre ocorreu no centro da sociedade mundial, negar esses pedidos até mesmo pela sua impossibilidade jurídica, e isso também não significaria, necessariamente, ausência de eficácia constitucional e de realização do Estado social. Do mesmo modo, o fato de o Judiciário determinar que o Executivo promova ações prestacionais também não significa que o resultado dessa prática implique realização do Estado social. Conforme pretendemos demonstrar, a prática constante de decisões jurídicas prestacionais não significava a realização do lado positivo do símbolo constitucional, mas, em verdade, o deslocamento do lado diabólico do símbolo da “constitucionalização” para a “judicialização” (CARNEIRO, 2013, 2015).

4.1 O deslocamento da função “diabólica” da constitucionalização para a judicialização simbólica: o impacto das práticas ativas do sistema

Se a resposta não está na observação de como o sistema referenciava a si mesmo, também não estará, simplesmente, no modo como o “lado de fora” do sistema se apresentava. Não estará, na verdade, em um determinado “lugar”, mas na “relação” entre o sistema jurídico e seu ambiente. Em outras palavras, estará no impacto ambiental (sentido amplo) que a reprodução do sistema jurídico produzia em seu ambiente e na capacidade que o ambiente impactava o sistema jurídico⁶. Defendíamos que conclusões sobre o caráter simbólico da judicialização dependeriam de pesquisas mais aprofundadas, que enfrentassem dados concretos relativos aos efeitos e à abrangência de tais tutelas. Nos limites daquele projeto, não tínhamos as condições de avaliar tais questões empíricas com o rigor metodológico que elas exigiam. De lá pra cá, o campo de pesquisas empíricas em sociologia sistêmica avançou consideravelmente⁷, e, no âmbito de nosso grupo de pesquisa, adotamos uma estratégia de conexão em rede com outros centros que desenvolvem diretamente tais pesquisas, prática gerenciada pelo Observatório de Análise Ecológica do Direito (OBAEDi). Todavia, dados já disponíveis àquela época, fruto de pesquisas acadêmicas e de análises institucionais já publicadas, corroboravam a hipótese de que a “tutela jurisdicional da cidadania” não representava uma resposta universal ao

6 Aqui reside o que consideramos o déficit operacional do horizonte teórico crítico. Embora atentas ao ambiente e à inclusão não generalizada de indivíduos nas prestações estatais e nos sistemas da sociedade, as chamadas teorias críticas têm dificuldade com a estruturação de suas análises na operação do sistema (cf. CARNEIRO, no prelo).

7 Sobre pesquisa empírica ancorada na Teoria dos Sistemas, ver o projeto “Empirical System Theory” (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, 2020).

problema da eficácia constitucional (CARNEIRO, 2013). A judicialização não era capaz de incluir de forma generalizada todos aqueles que possuíam um direito fundamental violado, e, nas questões que envolviam o direito à saúde, víamos que as prestações determinadas por ordens judiciais não representavam um acréscimo à rubrica orçamentária da saúde, sendo retiradas do montante previamente destinado à pasta (cf. LIMA, 2016).

4.1.1 A judicialização da saúde no Rio Grande do Sul

O Rio Grande do Sul é um bom exemplo para observarmos o caráter simbólico da judicialização e, em outra ponta, o impacto de intervenções macrossociais. No período de 2010 a 2014, o Rio Grande do Sul foi o terceiro estado a receber o maior número *per capita* de processos relativos à saúde, com 11 processos por 100 mil habitantes em 2014, perdendo apenas para os estados de Santa Catarina (31/100 mil) e Mato Grosso do Sul (21/100 mil)⁸. O estado do Rio Grande do Sul era, também, um dos poucos estados brasileiros que não cumpriam a determinação da Emenda Constitucional (EC) n. 29 quanto à dotação orçamentária mínima para a saúde. Em 2006, gastou apenas 6,72% de sua Receita Líquida de Impostos e Transferências (RLIT) na área de saúde, subindo para ainda tímidos 7,23% em 2009 (RIO GRANDE DO SUL, 2010). Esses números não apenas descumpriam a Constituição Federal, como também a Constituição Estadual, que determinava um gasto em saúde de, pelo menos, 10% da Receita Tributária Líquida (RTL)⁹. Somente a partir de 2012, com a regulamentação da Lei Complementar 141, os números começaram a subir, atingindo o teto mínimo exigido pela Constituição Federal somente em 2013 (RIO GRANDE DO SUL, 2016). Desde então até 2019, os gastos com ações e serviços públicos em saúde (ASPS) vêm se mantendo na casa dos 12% da RLIT (FEDERAÇÃO DAS SANTAS CASAS E HOSPITAIS BENEFICENTES, RELIGIOSOS E FILANTRÓPICOS DO RS, 2020; RIO GRANDE DO SUL, 2018).

Poderíamos crer, ainda assim, que a elevada judicialização fosse uma consequência direta do baixo investimento – ou, pelo menos, de um investimento fora da determinação constitucional. Todavia, o Rio Grande do Sul já possuía um dos melhores indicadores no Índice de Desenvolvimento Humano Municipal (IDHM), conforme a clas-

⁸ Dados disponíveis no Relatório de Auditoria Operacional do Tribunal de Contas da União (BRASIL, 2016a).

⁹ Conforme Emenda Constitucional Estadual n. 25/1999 (RIO GRANDE DO SUL, 1999). Enquanto a RLIT (parâmetro da Constituição Federal) engloba, além da arrecadação própria de impostos, as transferências da União, a RTL soma somente a receita tributária própria. Todavia, nem mesmo a Constituição Estadual era cumprida.

· WÁLBER ARAUJO CARNEIRO

sificação do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - Pnud (“ÍNDICE DE DESENVOLVIMENTO HUMANO - IDH E IDHM”, 2020). O Rio Grande do Sul ocupava em 2010 a sexta colocação entre os estados da Federação¹⁰, o quarto colocado em longevidade¹¹, o que sugere um acesso a serviços de saúde muito melhores do que na maioria dos Estados e a conclusão de que a judicialização nos Estados não seria o reflexo direto de deficiências nos serviços de saúde, sendo mais provável ser reflexo de melhor acesso à justiça, escolaridade da população, capilaridade da Defensoria Pública e acesso à advocacia privada.

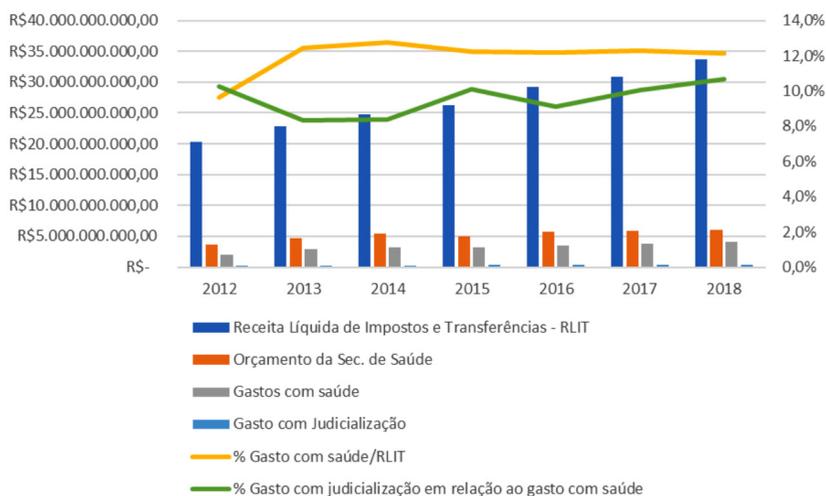
Na Tabela 1 e no Gráfico 1, resultados de uma consolidação de dados de diferentes fontes¹², podemos observar a evolução dos gastos globais em saúde entre 2012 e 2018, bem como a relação com a escalada dos gastos decorrentes da judicialização.

TABELA 1 • GASTOS COM SAÚDE NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

	RECEITA LÍQUIDA DE IMPOSTOS E TRANSFERÊNCIAS - RLIT	ORÇAMENTO DA SEC. DESAÚDE	GASTOS COM SAÚDE	% GASTO COM SAÚDE/ RLIT	GASTO COM JUDICIALIZAÇÃO	% GASTO COM JUDICIALIZAÇÃO EM RELAÇÃO AO GASTO COM SAÚDE
2012	R\$20.274.000.000,00	R\$ 3.699.010.681,93	R\$ 1.956.000.000,00	9,6%	R\$200.278.136,11	10,2%
2013	R\$22.820.000.000,00	R\$ 4.664.299.672,69	R\$ 2.844.000.000,00	12,5%	R\$237.155.408,90	8,3%
2014	R\$24.754.000.000,00	R\$ 5.382.280.444,86	R\$ 3.161.000.000,00	12,8%	R\$265.097.147,58	8,4%
2015	R\$26.256.000.000,00	R\$ 4.976.686.135,15	R\$ 3.219.000.000,00	12,3%	R\$324.898.973,03	10,1%
2016	R\$29.176.000.000,00	R\$ 5.713.146.497,73	R\$ 3.559.000.000,00	12,2%	R\$323.457.184,59	9,1%
2017	R\$30.842.000.000,00	R\$ 5.926.432.809,17	R\$ 3.787.000.000,00	12,3%	R\$380.526.109,38	10,0%
2018	R\$33.634.300.000,00	R\$ 6.040.193.838,17	R\$ 4.080.000.000,00	12,1%	R\$435.860.988,58	10,7%

FONTE: PORTAL DA TRANSPARÊNCIA DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (2020A); TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (2020B); SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, (2017); ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (2017).

- 10 “O IDHM do Rio Grande do Sul, evoluiu de 0,542 (baixo desenvolvimento) em 1991 para 0,664 (médio desenvolvimento) em 2000 chegando a 0,746 (alto desenvolvimento) em 2010” (“ÍNDICE DE DESENVOLVIMENTO HUMANO - IDH E IDHM”, 2020).
- 11 Com um índice de longevidade de 0,840, perdendo para o Distrito Federal (0,873), Santa Catarina (0,860) e São Paulo (0,845) (PNUD BRASIL, 2020).
- 12 Os dados foram coletados em informativos e relatórios oficiais de diferentes órgãos estatais: Portal da Transparência da Secretaria da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul (RIO GRANDE DO SUL, 2020a), Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, por meio dos relatórios e pareceres prévios sobre as contas do governador do Estado (RIO GRANDE DO SUL, 2020b), Secretaria de Saúde do Estado do Rio Grande do Sul, informe e apresentação no *workshop* promovido pela Federação das Associações de Municípios do Rio Grande do Sul (Famurs) (RIO GRANDE DO SUL, 2017) e Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul (2017), por meio do Relatório Final da Comissão Especial sobre a sustentabilidade financeira do SUS e a participação dos entes federados.

GRÁFICO 1 • EVOLUÇÃO DA RLIT, ORÇAMENTO E GASTOS EM SAÚDE NO RIO GRANDE DO SUL

FONTE: PORTAL DA TRANSPARÊNCIA DA SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (2020A); TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (2020B); SECRETARIA DE SAÚDE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, (2017); ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL (2017).

Esses números nos permitem chegar a algumas conclusões relativas ao impacto ambiental causado pelo sistema jurídico (determinando a prestação da saúde) no sistema da saúde (cf. SCHWARTZ, 2004). Primeiramente, é importante observar que o custo relativo da judicialização não seria capaz de modificar a realidade macrossocial do sistema de saúde. Isso poderia parecer óbvio ou natural se considerássemos as respectivas funções do Executivo e do Judiciário perante as políticas públicas. Mas merece destaque quando observamos que se disseminou no “senso comum teórico dos juristas” a ideia de um Judiciário redentor, messiânico, responsável por corrigir os erros da maioria democrática, entre outras coisas. O que se gasta com decisões judiciais em um dos estados que mais judicializam o acesso à saúde não representa 7% do orçamento destinado à Secretaria de Saúde, chegando a 10% dos custos diretos em serviços e ações na área. Estamos falando de cifras que, possivelmente, poderiam ser atingidas por melhorias na própria gestão desses recursos, o que incluiria, por exemplo, livrar-se do elevado custo da própria judicialização. Em 2016, segundo dados da Secretaria de Saúde, atenderam-se 61 mil pacientes com ações judiciais e gastaram-se com eles R\$ 210 milhões em medicamentos. No mesmo ano, 230 mil pacientes receberam os medicamentos da

Secretaria da Saúde a partir de processos administrativos com um custo de, aproximadamente, R\$ 82 milhões (cf. FERRAZ; VIEIRA, 2009). O atendimento judicialmente assegurado teve um custo *per capita* quase dez vezes superior ao atendimento ordinário. Mesmo que a questão não possa ser reduzida ao custo, a assimetria e os elevados custos individuais precisariam, ainda, levar em consideração os custos adicionais envolvidos na operação da máquina judiciária.

A segunda conclusão é, provavelmente, a mais relevante. Como inúmeros estudos já demonstraram, a judicialização não acrescenta recursos à saúde (cf. PAIM, 2018). Apenas redireciona recursos do próprio orçamento já destinado à saúde para determinados indivíduos (nas hipóteses de ações individuais, que são, em verdade, a quase totalidade dos casos¹³). O então secretário da Saúde do estado do Rio Grande do Sul, em 2016, deixa claro o caminho dos recursos relacionados à judicialização:

Quando se tem uma decisão judicial, ela não faz com que o orçamento cresça. O orçamento não é elástico. Então, eu vejo decisões judiciais serem festejadas nas redes sociais e às vezes até nos canais de comunicação dos órgãos judiciários, mas não se dão conta que aquele fornecimento para aquela pessoa significou o desabastecimento para atender 10 ou 15 ou 20 outras pessoas. Não foi um acréscimo, foi uma substituição. Compramos para alguém e não podemos comprar para outros (ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO RIO GRANDE DO SUL, 2017).

A judicialização da saúde tira do orçamento da saúde os recursos originalmente destinados à própria saúde. O gasto com judicialização é insignificante quando pensamos em solução macrossocial para a saúde (pois não amplia o orçamento nem otimiza a gestão), mas determinante para provocar desigualdades na distribuição das prestações, gerando assimetrias que Marcelo Neves (2011) já havia diagnosticado na sociedade periférica sob as formas de subinclusão da maioria e sobreinclusão de uma minoria. No município de Campinas, por exemplo, 16% de todo seu orçamento municipal de 2009 reservado para serviços e ações de saúde foi destinado para a compra de remédios deferidos em 89 ações individuais (FINATTI; VECHINI, 2009; LIMA, 2016). Apenas 89 pacientes gastaram 16% dos recursos. Ademais, a judicialização tem pouco alcance nas camadas mais pobres da população, privilegiando indivíduos

13 “[...] a proporção entre ações coletivas e ações individuais é ainda grande, de modo que a maioria radical de demandas judiciais de saúde versem sobre ações individuais. Isso reforça a ideia de que a microlitigação é um dado em saúde e o acúmulo de ações individuais gera desafios para as partes, o Judiciário e a própria gestão em saúde” (BRASIL, 2015a).

em bairros com maior renda, de grandes centros e que possuem acesso à advocacia privada¹⁴.

Uma terceira conclusão surge quando observamos os números da Tabela 1 e do Gráfico 2 e constatamos que há, entre 2012 e 2013, uma representativa elevação dos investimentos em saúde e, pela primeira vez, o cumprimento do mínimo constitucionalmente determinado tanto pela EC n. 29, em vigor desde 2002, quanto pela Emenda Constitucional Estadual n. 25, de 1999. O ponto de inflexão que possibilitou a conformidade constitucional foi, justamente, a regulamentação da EC n. 29 pela Lei Complementar n. 141, 12 anos após a edição da emenda. O cumprimento da Constituição (e não de decisões judiciais em situações de microjustiça) em razão de sua regulamentação proporcionou um aumento da ordem de um bilhão de reais nos recursos destinados ao custeio direto da saúde. O “curioso” nesse caso é que, quanto ao percentual mínimo a ser aplicado, a lei somente repetiu o que a EC n. 29 já determinava para os estados desde o ano 2000. Prevendo a impossibilidade de promulgação imediata da lei complementar, a EC n. 29 estabeleceu o piso de 12% até, pelo menos, o ano de 2004 - ver inclusão do art. 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição Federal. Esse fato nos alerta para a necessidade de uma melhor análise do impacto de leis infraconstitucionais na concretização de direitos fundamentais, tendo em vista que o cenário teórico tende a sobrecarregar a semântica constitucional e a crer, a partir dela, em soluções “mágicas”.

4.1.2 O tratamento conferido pelo STF às pretensões subjetivas quanto ao direito fundamental à saúde

A judicialização simbólica da saúde não é um fenômeno restrito aos tribunais de justiça ou juízes ativistas de primeira instância. Desde o julgamento do Recurso Extraordinário n. 242.859/RS, apreciado em 29 de junho de 1999 e relatado pelo ministro Ilmar

14 Estudo realizado no município de Fortaleza revela a concentração de endereços das partes em bairros de maior poder aquisitivo: “O perfil dos bens e serviços requeridos, a participação predominante da advocacia particular e o silêncio quanto a doenças tipicamente ligadas a estados de vulnerabilidade social demonstram que a judicialização da saúde de fato tem tido pouco alcance nas camadas mais pobres da população, servindo mais para criar uma política paralela de acesso a novidades terapêuticas e que beneficia a classe com mais acesso à justiça. Esse argumento é reforçado pelo fato de parcela dos autores residir em bairros que estão entre os mais desenvolvidos do município de Fortaleza” NUNES, 2016, p. 198. Outro estudo considera ainda insatisfatórios os elementos de caracterização da tese da “judicialização pela elite”, embora indicadores como presença predominante da advocacia privada, residência em bairros com maior renda e uso de serviços privados de saúde estejam presentes (cf. MEDEIROS; SCHWARTZ, 2013).

· WÁLBER ARAUJO CARNEIRO

Galvão (BRASIL, 1999a)¹⁵, seguido pelo Recurso Extraordinário n. 195.192/RS, relatado pelo ministro Marco Aurélio e apreciado no início do ano 2000¹⁶, o STF passa a se posicionar, em alguns casos¹⁷, favoravelmente à aplicabilidade imediata do direito fundamental à saúde. Não obstante a distribuição de competências entre os entes federativos no Serviço Único de Saúde (SUS), a corte entendeu que a responsabilidade entre eles é solidária¹⁸, o que implica, muitas vezes, gastos indevidos por parte dos estados e municípios (cf. SILVA, 2015) e a necessidade de cada um deles buscar a devida compensação no ente que deveria arcar com o dispêndio. Julgados da corte passaram a sustentar que “incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente”, sendo o SUS aquele que “torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios”. Em 2010, a matéria é enfrentada pelo plenário da corte, que decidiu pelo direito fundamental a medicamentos e pela inaplicabilidade dos argumentos relacionados à reserva do possível¹⁹.

- 15 Ver também o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 238.328/RS, relatado pelo ministro Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 16 de novembro de 1999; o Recurso Extraordinário n. 264.269/RS, relatado pelo ministro Moreira Alves, Primeira Turma, examinado em 11 de abril de 2000; o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 259.508/RS, relatado pelo ministro Maurício Corrêa, Segunda Turma, julgado em 8 de agosto de 2000; o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 271.286/RS, relatado pelo ministro Celso de Mello, Segunda Turma, apreciado em 12 de setembro de 2000; o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 255.627/RS, relatado pelo ministro Nelson Jobim, Segunda Turma, examinado em 21 de novembro de 2000 (BRASIL, 2000a, 2000b, 2000c, 2000d, 2000e).
- 16 “MANDADO DE SEGURANÇA - ADEQUAÇÃO - INCISO LXIX, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Uma vez assentado no acórdão proferido o concurso da primeira condição da ação mandamental - direito líquido e certo - descabe concluir pela transgressão ao inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal. SAÚDE - AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS - DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios” (BRASIL, 2000f). Ver também Balestra Neto (2015). Para compreender o amadurecimento dessa perspectiva, ver também o Agravo de Instrumento n. 232.469/RS, de 12 de dezembro de 1998 e os Recursos Extraordinários n.ºs. 244.087/RS, de 14 de setembro de 1999, 247.900/RS, de 20 de setembro de 1999, e 247.352/RS, de 21 de setembro de 1999, todos relatados pelo ministro Marco Aurélio (BRASIL, 1998, 1999b, 1999c, 1999d).
- 17 A jurisprudência da corte não permaneceu homogênea. Ver, por exemplo, a Suspensão de Tutela Antecipada (STA) n. 91, de 5 março de 2007: “Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados “[...] e outros medicamentos necessários para o tratamento [...]” (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade” (BRASIL, 2007). Cf. Reissinger (2008).
- 18 Ver o Tema n. 793 do STF, *Leading Case*: Recurso Extraordinário 855.178-RG, de relatoria do ministro Luiz Fux, publicado no *Diário da Justiça Eletrônico* (DJE) de 16 de março de 2015 (BRASIL, 2015b) e o Agravo Regimental (AgR) em Recurso Extraordinário n. 607.385, de relatoria da ministra Carmen Lúcia, publicado no DJE de 1º de agosto de 2011 (BRASIL, 2011).
- 19 AgR na STA n. 175/CE (BRASIL, 2010).

Em diversos julgados, portanto, o STF passa a sustentar que a “obrigação jurídico-constitucional que se impõe ao poder público, inclusive aos Estados-membros da Federação”, pode configurar “omissão inconstitucional imputável” ao estado da Federação. O “desrespeito à Constituição provocado por inércia estatal”²⁰ seria um “comportamento que transgredir a autoridade da Lei Fundamental da República”²¹ e, em sendo assim, chega-se a reconhecer a inaplicabilidade da “questão da reserva do possível” sempre que a “invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial”, não servindo para “legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao poder público”²². Em julgados que envolvem situações subjetivas de violação ao direito fundamental à saúde, a corte reafirma, portanto, o caráter “cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde (CF, arts. 6º, 196 e 197)”.

Mais recentemente, o STF julgou o Recurso Extraordinário n. 566.471²³ e promoveu alguns ajustes no seu posicionamento jurisprudencial. O recurso foi impetrado pelo estado do Rio Grande do Norte que alegava, em síntese,

[...] que a decisão judicial atacada, ao atender a um único indivíduo, compromete políticas de universalização do serviço de fornecimento de medicamentos, prejudicando os cidadãos em geral; debilita investimentos nos demais serviços de saúde e em outras áreas, como segurança e educação; viola a reserva do possível e a legalidade orçamentária; bem como não encontra base constitucional, ante o caráter programático das normas, previstas na Carta, sobre saúde (BRASIL, 2020a).

Ainda em novembro de 2007, o STF decidiu pela repercussão geral do tema, ao tempo mesmo que o Ministério Público, mantendo coerência nas questões que não afetam o regime macro-orçamentário, opinou pelo não provimento.

O estado do Rio Grande do Norte, por sua vez, chegou a alegar a perda do objeto do recurso, tendo em vista que o medicamento em questão passou a fazer parte da lista

20 Mandado de Injunção n. 542/SP, de relatoria do ministro Celso de Mello, publicada em 28 de junho de 2002 (BRASIL, 2002a).

21 Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1.439/DF, de relatoria do ministro Celso de Mello, publicada em 30 de maio de 2003 (BRASIL, 2003).

22 Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 45/DF, de relatoria do ministro Celso de Mello, publicada em 4 de maio de 2004 (BRASIL, 2004).

23 Ver Tema 6 do STF, *Leading Case*: Recurso Extraordinário n. 566.471/RN (BRASIL, 2020a).

do SUS, mas o STF manteve a pauta em razão da repercussão geral e do grande número de processos que já estavam aguardando o julgamento desse processo (BRASIL, 2020a). Após sucessivos adiamentos, o recurso só veio a ter seu julgamento concluído em 11 de março de 2020, 13 anos após ser interposto. Embora sem publicação de acórdão até o momento em que este texto foi escrito, o voto do relator, ministro Marco Aurélio, a transmissão do julgamento e as informações disponibilizadas pelo site do STF dão conta de que os requisitos para o caracterização ficam mantidas, quais sejam a “imprescindibilidade do medicamento para a concretização do direito à saúde – elemento objetivo do mínimo existencial – e a incapacidade financeira de aquisição – elemento subjetivo do dever estatal de tutela do mínimo existencial” (BRASIL, 2020a). Todavia, algumas ressalvas devem ser firmadas na tese que regulará o alcance da repercussão geral, a exemplo da consideração de que “o Estado não pode ser obrigado a fornecer fármacos não registrados na agência reguladora” (BRASIL, 2020a).

A ideia de eficácia plena e imediata do direito fundamental à saúde, que migra da doutrina para a prática judiciária de primeira instância ainda nos anos 1990, é, portanto, no início dos anos 2000 incorporada à jurisprudência do STF, tendo sido recentemente reiterada e alçada a tema de repercussão geral que atingirá, de imediato, cerca de 42 mil processos²⁴. Em princípio, o modo como a tese relacionada ao “tema 6” será construída não será suficiente para reduzir os efeitos diabólicos da judicialização simbólica, tão pouco modificar o raciocínio da eficácia imediata para as normas que poderiam garantir os recursos constitucionalmente devidos à área da saúde.

4.2 Regime financeiro-constitucional do direito à saúde: o impacto das práticas omissivas do sistema

A essa altura, poderíamos argumentar, todavia, que a judicialização é, apenas, um efeito colateral da má prestação da saúde, seja no Rio Grande do Sul ou em qualquer outro estado brasileiro, e que o sistema jurídico não poderia, simplesmente, negar a prestação jurisdicional quando ela é devida. Em outras palavras, que não representaria a judicialização simbólica da Constituição, mas de sua efetividade real, nos limites e nas possibilidades dos procedimentos em que essas questões surgem. E, de fato, tal objeção faria um “certo” sentido. Se o Judiciário jamais será o responsável por dar saúde à popula-

²⁴ Ver notícia publicada no site do STF em 11 março de 2020 (BRASIL, 2020b).

ção – ou qualquer outra prestação do Estado social –, também não poderá ser acusado de ser o seu único ou principal algoz. Situações subjetivas são, muitas vezes, criadas pelas dificuldades “orgânicas” do sistema de saúde, e as desigualdades de acesso ao Judiciário, por mais notórias que sejam, não poderiam impedir que determinados direitos fossem judicialmente assegurados.

Entretanto, desde a descrição da figura mítica de Hermes sabemos que verdades parciais já são suficientes para nos enganar e manter velada a verdade. Nesse caso, vale, mais uma vez, a advertência de que a avaliação não pode se restringir ao modo como o sistema jurídico se autorreferencia, pois isso nos levaria a crer que, de fato, o resultado da judicialização é um efeito colateral da eficácia constitucional e de que outras coisas precisariam funcionar bem para que esses efeitos fossem eliminados ou amenizados. A análise precisa levar em conta os impactos ambientais tanto da reprodução ativa do sistema jurídico quanto das omissões de suas organizações.

Nesse sentido, apresentam-se as seguintes questões:

- Determinar prestações subjetivas na microconcretização do direito fundamental à saúde seria a única coisa que o sistema jurídico e suas organizações deveriam fazer para minorar os efeitos colaterais da judicialização e bloquear os efeitos diabólicos da eficácia simbólica da constituição e de sua judicialização?
- Como o sistema jurídico e suas organizações responderam a essa omissão legislativa e ao flagrante desrespeito da Constituição?
- Teriam o sistema jurídico e suas organizações reagido com o mesmo ímpeto lançado à violação de direitos subjetivos à saúde?

O comportamento do sistema jurídico e de suas organizações até a edição da EC n. 86 de 2015 – que volta a alterar o regime de vinculação – é marcado por uma timidez sintomática. Um silêncio que, embora eloquente, passará despercebido se o papel do teórico crítico for observar o padrão discursivo da autorreferência presente nas decisões ou a formulação de métodos que transformam os sujeitos pertencentes às organizações judiciais e parajudiciais em heróis da emancipação. Examinaremos, a seguir, os casos que melhor revelam a omissão do sistema quanto à real eficácia constitucional do direito à saúde.

4.2.1 Descumprimento do mínimo de 12% da RLIT e inscrição em cadastro gerenciado pela União: governador do estado do Piauí *versus* União

O estado do Piauí foi inscrito pela União no Serviço Auxiliar de Informações para Transferências Voluntárias (Cauc) - um serviço de informações disponíveis nos cadastros de adimplência e sistemas de informações financeiras, contábeis e fiscais geridos pelo governo federal - em razão de ter descumprido o mínimo dos 12% da RLIT em ações e serviços de saúde. A União alegava que o texto constitucional já definia, de maneira precisa, os elementos obrigacionais básicos para que se desse a aplicação do percentual mínimo em saúde. O STF anulou o ato de inscrição nulo ao considerar que, “até a edição da LC 141/12, parte dos critérios obrigacionais que apontavam a situação do ente político relativamente à obrigação constitucional de aplicação mínima do percentual de saúde era definida por atos infralegais” (BRASIL, 2018).

Desse modo, “tratava-se, até então, na esteira da jurisprudência da Suprema Corte, de normativos sem o adequado patamar de juridicidade para o estabelecimento de restrições a direitos e, especialmente, a repasses de recursos”²⁵. O mesmo sistema jurídico que considera ser direito subjetivo de alguém ter acesso a um medicamento sem registro na Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) ou, até mesmo, experimental pelo simples fato de ser o medicamento necessário à “saúde” desse alguém e, ao mesmo tempo, ter a Constituição assegurado a todos a “saúde” parece não reconhecer a suficiência semântica de expressões como 12%. E o que estava em jogo sequer era a aplicação compulsória dos recursos mediante uma realocação orçamentária, mas, tão somente, a negatização em um cadastro administrativo. Para questões macro-orçamentárias, portanto, o STF continuou utilizando o velho critério da norma programática, mesmo quando não se referia diretamente a tal nomenclatura.

4.2.2 Emenda constitucional estadual sobre o piso de investimento em ações e serviços de saúde: governadores dos estados de Roraima e Santa Catarina *versus* Assembleias Legislativas Estaduais

Roraima promulgou EC determinando uma vinculação de recursos orçamentários para a saúde da ordem de 18%, o que representaria um impacto significativo na dis-

25 Ação Cível Originária (ACO) n. 2.075-AgR, relator: ministro Dias Toffoli, julgada em 27 de abril de 2018 (BRASIL, 2018).

tribuição orçamentária de estado. Todavia, em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) movida pelo governador do estado, o STF entendeu que as

[...] vinculações previstas no art. 198, § 2º, da CF não poderiam ser disciplinadas pelas Constituições Estaduais ou pelas Leis Orgânicas, sob pena de indesejado engessamento do processo legislativo para aprovação de tais normas, em prejuízo da reavaliação dos índices a cada quinquênio, conforme determina expressamente o art. 198, § 3º, da CF²⁶.

Algo semelhante ocorreu no estado de Santa Catarina, um dos campeões em judicialização da saúde no Brasil, tendo o STF se posicionado do mesmo modo. Para o STF, a EC n. 72/2016 do estado de Santa Catarina,

[...] ao estabelecer percentuais que excedem aqueles estatuídos pela Lei Complementar federal 141/2012, no exercício do poder normativo conferido pelo artigo 198, §3º, I, da Constituição Federal, instituiu uma vinculação orçamentária não autorizada pela Carta Maior²⁷.

Uma Vara Cível pode interferir em competências técnicas da ANS e do SUS, bem como afetar políticas públicas do Executivo, mas o Poder Constituinte (derivado) de um estado não pode dizer ao seu Legislativo qual o percentual que deve ser destinado à saúde no próprio orçamento. Não pretendo ignorar a complexa trama de distribuição de competências no contexto de uma Federação bastante concentrada na União com exigências de simetria constitucionais, tampouco ignorar o argumento de que a “lógica da revisão” precisaria ser mantida, até porque essa será, como veremos, a principal razão para sustentarmos a inconstitucionalidade da EC n. 96/2016. Mas, independentemente da adequação constitucional, o que se pretende é mostrar que, quando o jogo envolve a ampliação de recursos relacionados à saúde, não há ativismos. O diagnóstico aqui está na “diferença” de tratamento dado à matéria e não no conteúdo “em si” das decisões.

4.2.3 Padrão decisório de outras organizações que operam o sistema jurídico

Esse duplo padrão não é observável apenas no STF. Trata-se de um *modus operandi* estabilizado pelo sistema e que determina as decisões de outras organizações que o operam.

26 ADI n. 6.059, relator: ministro Alexandre de Moraes, julgada em 27 de setembro de 2019 (BRASIL, 2019a).

27 ADI n. 5.897, relator: ministro Luiz Fux, julgada em 24 de abril de 2019 (BRASIL, 2019b).

Dados levantados pelo Tribunal de Contas da União (TCU) mostram, em seu relatório sobre a judicialização da saúde (BRASIL, 2015a), que, entre 2013 e 2014, anos nos quais os gastos com a saúde no Rio Grande do Sul caminhavam para atingir o mínimo constitucionalmente exigido, 95% das ações envolvendo prestações estatais na área da saúde eram individuais. Apenas 2,5%, em números aproximados, eram processadas como ações civis públicas, e, ainda assim, a maioria delas se refere a pedidos individualizados. O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) não possui sequer um marcador específico para separar ações civis públicas que tratam de interesses difusos ou coletivos daquelas em que tais interesses são, na prática, individuais. As ações que tratam de direitos não individualizados são uma exceção e, mesmo assim, não questionam a dotação orçamentária, as omissões e as inconstitucionalidades. Por vezes, demandam a regularização de determinados serviços ou ações na área de saúde, o que deverá ser feito com a dotação orçamentária existente. De qualquer sorte, o processo coletivo é um caminho muito mais eficiente e com efeitos colaterais (diabólicos do uso do símbolo) bastante reduzidos.

4.3 Risco ambiental trazido pelo novo regime de financiamento das ações e serviços públicos em saúde

4.3.1 As Emendas Constitucionais n^{os} 86/2015 e 95/2016 e a cegueira ambiental do sistema político

O texto original da Constituição de 1988 previa, apenas, que SUS “ser(ia) 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” (antigo § único do art. 198). Embora previsse no art. 195 várias fontes de financiamento, não estabelecia um piso orçamentário específico para o orçamento da saúde. A EC n. 29 de 2000 traz profundas modificações no financiamento da saúde ao determinar a aplicação de recursos EC Constitucional n. 29). Uma lei complementar (§ 3^o incluído pela EC n. 29/2000) deveria, todavia, ser reeditada a cada cinco anos para regulamentar o piso do investimento em saúde por parte dos entes federativos. Todavia, considerando que a lei complementar não seria editada de imediato, a EC n. 29/2000 altera o ADCT para acrescer o art. 77, que estabelecia os recursos mínimos aplicados nas ações e nos serviços públicos de saúde até o exercício de 2004. Segundo esse novo art. 77 do ADCT,

a União, em 2000, deveria crescer, ao menos, 5% ao montante empenhado em ações e serviços de saúde em relação ao exercício de 1999. De 2001 a 2004, o valor apurado no ano anterior deveria ser corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto (PIB)²⁸. Para os estados e o Distrito Federal, o art. 77 do ADCT determinou um investimento de 12% da RLIT. Como vimos, a lei complementar não foi editada, e muitos estados, incluindo o Rio Grande do Sul, sequer respeitaram o mínimo de 12% da RLIT determinado pelo art. 77 do ADCT.

Mais recentemente, o sistema sofre profundas alterações com as Emendas Constitucionais n.ºs. 86, de 2015, e 95, de 2016. A EC n. 86 de 2015 trouxe novas modificações ao regime constitucional-financeiro relativo ao custeio das ações e dos serviços de saúde. Ela retirou da lei complementar a delegação para estabelecer a base de cálculo para a dotação orçamentária mínima destinada às ações e aos serviços de saúde, estabelecendo que, no caso da União, deve ser considerada “a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15%” (nova redação do inciso I do § 2º do art. 198 da Constituição Federal). Todavia, criou uma regra de transição estabelecendo que esse mínimo poderia ser atingido, gradativamente, nos próximos cinco exercícios financeiros, partindo de 13,2% da receita corrente líquida (RCL).

Na onda de restrições e cortes orçamentários que viria no ano seguinte, a EC n. 95/2016 revoga o dispositivo de transição da EC n. 86/2015 e, substituindo o aumento progressivo, fixa o percentual de 15% e estabelece um sistema de congelamento de gastos. Conforme a EC n. 95/2016, “na vigência (desse) Novo Regime Fiscal, as aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde e em manutenção e desenvolvimento do ensino” deveriam equivaler, para o exercício de 2017, ao mínimo de 15% da RCL e, para os exercícios seguintes do novo “regime fiscal”, aos valores calculados para as aplicações mínimas do exercício imediatamente anterior, corrigidos pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA). Na exposição de motivos enviada com o então projeto de EC, assinada pelos então ministros da Economia e do Planejamento (BRASIL, 2016b), o novo regime fiscal era necessário para “reverter, no horizonte de médio e longo prazo, o quadro de agudo desequilíbrio fiscal em que nos últimos anos foi colocado o Governo Federal”. Mesmo ignorando o debate que envolve o mantra neoliberal do equilíbrio fiscal, seria interessante observar o que dizia a expo-

28 Sobre essa base de cálculo, a Advocacia-Geral da União (AGU) chegou a editar o Parecer GM016/2000, que sustentava ser o “ano anterior” sempre o ano de 2000. Ações foram impetradas no STF, mas perderam o objeto em razão de despacho presidencial acolher o parecer. Ver ADI n. 2.538/DF (BRASIL, 2002b) e ADPF n. 16/DF (BRASIL, 2012).

sição de motivos dos autores do anteprojeto sobre a saúde. No texto, o termo saúde é citado, apenas, três vezes. Na primeira, para explicar que existe um regime de vinculação de recursos para a saúde e educação; na segunda, para dizer que esse regime deve ser mudado e, na terceira, para dizer que nada impediria que a sociedade, por meio de seus representantes, pudessem definir despesa mais elevada para saúde e educação, “desde que consistentes com o limite total de gastos” (*sic!*). Ou seja, uma proposta de emenda que modificava um regime fiscal que, independentemente do mérito, afetaria diretamente o orçamento das ações e dos serviços de saúde do governo federal, principal patrocinador do SUS, não diz uma “vírgula” sequer sobre os impactos em curto, médio e longo prazos no custeio da saúde e da educação.

Decidir é arriscado para quem decide e perigoso para quem sofrerá os efeitos dessa decisão (cf. SCHWARTZ, 2004). Uma análise ecológica do direito não é capaz de eliminar o risco de decisões políticas sobre o referido regime constitucional-financeiro e, por conseguinte, os perigos que essa decisão trará para o sistema da saúde e para os indivíduos que devem estar incluídos de forma generalizada em suas prestações. O risco/perigo é, portanto, incontornável. Mas isso não significa que, em razão de tal incontornabilidade, devamos abrir mão de lançar sobre as incertezas uma reflexão voltada para decisões mais seguras e resultados menos perigosos e exigir que o debate político enfrente o outro lado dessas fronteiras, aquilo que está por detrás. Ao fazer isso, paradoxalmente, o risco se tornará mais evidente e o perigo mais previsível. E a decisão, embora mais política, será mais legítima. Como afirma Simioni (2006, p. 67), “a observação de segunda ordem [...] permite observar que os riscos que não podem ser previstos por um sistema, podem, contudo, ser previstos por outro”. Assim, sendo a análise ecológica do direito uma observação de segunda ordem, o seu papel não se resume apenas à avaliação do impacto ambiental dado, mas também à análise de risco e alerta dos perigos, o que pode nos levar a considerações quanto ao vício de legitimidade dessas medidas ou, até mesmo, à insustentabilidade de determinadas decisões. Essa reflexão periférica poderá, ademais, ser estruturada como violação de direitos fundamentais e inconstitucionalidades, fechando um ciclo de comunicação intersistêmica.

A aprovação de ambas as emendas tinha olhos, exclusivamente, para a questão fiscal. Por mais relevante que venha a ser a questão fiscal, ainda que ignoremos as diferentes perspectivas que podem orientar a nossa visão sobre o problema do déficit público, há, do outro lado, prestações constitucionalmente necessárias. O direito não pode permitir que a política opere sem desconsiderar os impactos ambientais de um

novo regime financeiro para a saúde. Seria necessário que fossem evidentes a previsão de queda e o que seria feito para que essa redução não significasse dor, sofrimento e mortes. Em outras palavras, a ausência de enfrentamento político do impacto ambiental no sistema da saúde representa, em termos jurídicos, a ausência de avaliação de sustentabilidade para a medida, o que representa uma violação omissiva ao direito fundamental à saúde. O vício da observação teórica voltada para a autorreprodução do sistema dificulta, todavia, a percepção desse tipo de violação de direitos fundamentais pela política, mas é muito mais evidente do que qualquer “crime hermenêutico” à semântica de um determinado direito. Atinge a própria vinculação estrutural da relação entre os sistemas político e econômico com a saúde e exigiria uma proteção deste último pelo direito.

4.3.2 A ADI n. 5.595 e um ponto fora da curva

Antes mesmo de a EC n. 95/2016 ter revogado a vinculação progressiva de despesas da União em ações e serviços de saúde e implantado o sistema de “congelamento” das despesas pelos próximos 20 anos, o STF foi acionado para se manifestar sobre a constitucionalidade da EC n. 86/2015. Essa emenda, embora estabelecesse um percentual mínimo de 15% para gastos da União em ações e serviços de saúde, representaria, de imediato, uma redução significativa nos gastos de saúde, pois previa, também, que esse nível de investimento seria atingido, gradativamente, partindo do mínimo de 13,2% para o ano de 2016 (primeiro exercício financeiro subsequente à promulgação da emenda). O processo só teve o pedido de liminar avaliado em 2017, após a edição da EC n. 95/2016. Fugindo à lógica da corte, que mantém as questões macro-orçamentárias, seja mediante intervenções (caso das ADI contra emendas estaduais, por exemplo) ou omissões (casos envolvendo a ausência de regulamentação do art. 198), no âmbito da discricionariedade política dos gestores, o ministro Ricardo Lewandowski acolheu o pedido formulado pelo Ministério Público Federal e determinou a suspensão da eficácia dos arts. 2º e 3º da EC n. 86/2015.

Em sua decisão liminar e monocrática, o ministro Ricardo Lewandowski considerou relevante que, “a partir de 2015, ocasião em que as novas regras começaram a vigor, houve um corte considerável nas verbas alocadas para a saúde”, da ordem de R\$ 11,7 bilhões em relação a 2014 e de R\$ 2,5 bilhões em relação a 2015 (BRASIL, 2017a), um déficit acumulado de R\$ 14,2 bilhões no orçamento destinado para as ações

e os serviços públicos de saúde que representaria um “retrocesso no estágio de proteção” do direito à saúde (BRASIL, 2017a). E, por mais transitório que fosse, seria um retrocesso inconstitucional.

O resultado prático da liminar, considerando as alterações promovidas pela EC n. 95/2016, é que a imposição constitucional de gastos mínimos da União em ações e serviços de saúde para o exercício de 2016 (o do ano anterior à decisão, portanto) não poderia ter sido de 13,2%, mas de 15%, o que caracterizou o investimento real ocorrido naquele ano como deficitário. Até a lavra deste texto, o plenário da corte não havia se manifestado sobre a liminar, uma omissão que provavelmente não persistiria se os resultados práticos fossem a responsabilidade fiscal de agentes políticos, a vinculação real de 15% da receita líquida e a recomposição imediata do déficit de 2016. De todo modo, esse julgamento seria uma oportunidade para que o STF modificasse sua posição em questões macro-orçamentárias e enfrentasse o perigo que a redução representaria para as operações do sistema da saúde. O plenário da corte agiria na ADI n. 5.595 no mesmo horizonte semântico que vem agindo desde o final de 1999 nas ações individualizadas? Ou déficits bilionários acumulados ano a ano não representam violação concreta a direitos que dependem de prestações concretas do sistema de saúde? Por que o STF não pauta o julgamento da ADI n. 5.595 e, ao mesmo tempo, por que nada de prático ocorre com os recursos juridicamente deficitários do orçamento de 2016 e 2017?

Quanto aos desdobramentos práticos da liminar proferida na ADI n. 5.595, é importante observar que o TCU, no Acórdão n. 1.048/2018, proferido pelo plenário do órgão, considerou válido, para 2016, o piso de 13,2% da RCL para os gastos da União com ações e serviços de saúde, negando a necessidade de qualquer medida compensatória em relação ao déficit impugnado pelo Ministério Público de Contas. O Instituto de Direto Sanitário Aplicado (Idisa) e a Associação Nacional do Ministério Público de Contas (Ampcon) moveram uma Reclamação Constitucional no STF alegando o flagrante descumprimento da liminar proferida na ADI n. 5.595, que considerou como *periculum in mora*, justamente, a validação desse piso. O pedido de liminar foi apreciado e deferido pelo ministro Ricardo Lewandowsky, que determinou a suspensão do referido Acórdão n. 1.048/2018. Todavia, a suspensão não significou a destinação de recursos e, por conseguinte, não se convolou em bloqueios ou emendas legislativas, muito menos em empenhos, licitações e prestações ou serviços de saúde. Ou seja, a ADI n. 5.595 e todos os seus desdobramentos, até então, não proporcionaram sequer uma aspirina para curar uma enxaqueca.

Outro dado curioso diz respeito ao Ministério Público Federal. A Procuradoria-Geral da República que, preocupada com déficits no custeio da saúde, moveu uma ADI contra a EC n. 86/2015 e possibilitou o deferimento de uma liminar é o mesmo órgão que, em outra gestão, irá se manifestar favoravelmente ao congelamento dos gastos públicos nas inúmeras ADI²⁹ movidas contra a EC n. 95/2016. As circunstâncias políticas às quais os respectivos procuradores-gerais da República estavam submetidos são, talvez, a chave para responder por que o Ministério Público modifica, radicalmente, a sua postura em relação à proteção constitucional aos recursos destinados à concretização de direitos sociais, o que sugere o agravamento do “estado” do direito, ultrapassando a barreira do uso simbólico-diabólico da Constituição e flertando com a mera instrumentalização.

Enquanto o sistema se mostra inoperante na defesa do regime financeiro-constitucional e macro-orçamentário para custeio da saúde, o regime fiscal da EC n. 95/2016 fez com que a saúde deixasse de receber, segundo dados do próprio Tesouro Nacional, R\$ 9 bilhões em 2019, com previsão de déficit de outros R\$ 9 bilhões para 2020, e a conta sequer levou em consideração os efeitos da já referida liminar proferida pelo ministro Ricardo Lewandowski. O que a redução representa em termos prestacionais para a saúde? Afeta apenas a expansão ou coloca em risco programas já existentes? Representa mortes ou, apenas, uma redução qualitativa do atendimento? Nada disso é enfrentado no detalhe.

De todo modo, independentemente de quais seriam “a” ou “as” respostas constitucionalmente adequadas às ADI nos casos que envolvem a judicialização dos parâmetros constitucionais macro-orçamentários para investimento em ações e serviços de saúde, resta claro que o sistema jurídico não opera teleologicamente orientado para a concretização do direito social à saúde, uma posição assumida no fundamento das decisões judiciais que deferem prestações relacionadas à saúde como um direito fundamental. Quando estão em jogo questões macro-orçamentárias, o sistema jurídico opera passivamente, e suas organizações tendem a “não decidir”. Questões políticas que, se reveladas, mostrar-se-iam ilegítimas e descabidas ficam encobertas e fomentam a corrupção da autonomia do sistema jurídico. Questões corporativas e a capacidade de o Estado manter uma elite funcional (algo muito sensível para o Judiciário e Ministé-

²⁹ Ver ADIs n.ºs. 5.633, 5.734, 5.643, 5.658, 5.655, 5.680 e 5.715 (BRASIL, 2017b, 2017c, 2020c, 2020d, 2020e, 2020f).

rio Público) podem ser razões determinantes para que o sistema “devolva” para a cena política a decisão sobre a administração dos recursos. Outros estudos já revelaram que 62% de tudo o que o STF decidiu no controle de constitucionalidade via ADI foi referente à organização do Estado, especialmente às carreiras de seus agentes e servidores (OLIVEIRA, 2016), o que demonstra uma “ocupação” corporativa significativa da jurisdição constitucional.

5. Estruturação da análise ecológica do direito fundamental à saúde no sistema jurídico

Uma análise ecológica do direito fundamental à saúde não cumpre diretamente uma função “dogmática” do direito fundamental à saúde. Não tem como objetivo avaliar se um medicamento X ou um tratamento Y é ou não um direito fundamental subjetivo ou quais são os requisitos para que o fornecimento de um medicamento seja liminarmente determinado. Todavia, “caminha” na direção de tais construções dogmáticas ao orientar a estruturação do resultado da análise na periferia do sistema e, com isso, permitir (re)construções teórico-dogmáticas.

Todavia, promove uma análise transdisciplinar da relação entre o sistema jurídico e seu ambiente, avaliando o impacto de ações e omissões do sistema jurídico e de suas organizações em relação a outros sistemas, outras organizações, comunidades, movimentos sociais e indivíduos. Esse tipo de análise, todavia, produz uma comunicação ecológica reflexiva que acelera e põe em jogo uma comunicação transversal e heterorreflexiva no acoplamento do sistema jurídico. Teorias fundamentais do direito, desde que concebidas para essa possibilidade, podem - e devem - conectar os ganhos dessa comunicação e criar as condições para a produção de uma dogmática que, embora orientada para os limites e possibilidades da autorreferência do direito no seu fechamento operativo, esteja previamente sensibilizada com os efeitos diabólicos do uso do símbolo constitucional ou, até mesmo, sua instrumentalização.

Essa estruturação é feita a partir de três princípios, aqui compreendidos como aquisições evolutivas do sistema jurídico da sociedade moderna mundial. Trata-se de lógicas operativas do sistema que, ao assumir o controle da contingência das expectativas normativas, acaba acumulando respostas para as três dimensões dessa variação de sentido: a variação temporal (antes/depois), que estaria submetida à lógica da segurança; a variação objetivo-espacial (dentro/fora), que espelharia, no direito (dentro), a com-

plexa gama de esferas de justiça presentes em seu ambiente (fora) mediante diferentes lógicas de isonomia; e, por último, a variação social (consenso/dissenso), que exige do sistema jurídico a proteção da desdiferenciação social e, conseqüentemente, a solução sustentável das colisões. Segurança, isonomia complexa e sustentabilidade são os três princípios operacionais do direito e é neles que a análise ecológica de um direito fundamental deve ser estruturada a fim de “virar” uma comunicação jurídica que varie e produza novas seleções no sistema.

Considerando a análise que empreendemos, o direito fundamental à saúde sugere problemas nos três eixos. O sistema jurídico não tem garantido o cumprimento de programas orçamentários voltados para a sustentabilidade do sistema de saúde. Um sistema de saúde sustentável não é aquele que gasta apenas o que tem, mas que, ao gastar o que tem, garante a sustentabilidade de seu ambiente. No ambiente estamos nós, os destinatários da prestação de saúde. O sistema jurídico peca, especialmente, no âmbito da proteção isonômica, na medida em que sua interferência torna a inclusão no sistema de saúde ainda mais desigual. A igualdade para a saúde pressupõe a inclusão generalizada daqueles que necessitam, conforme suas necessidades. A judicialização simbólica tira dos mais necessitados para dar àqueles que, ainda que igualmente necessitados da prestação, veem-se incluídos em outros sistemas, como o econômico (porque pagam advogados), o educacional (que leva à noção de cidadania e consciência de direitos) e o jurídico (porque acessam organizações judiciárias que postulam e julgam suas demandas). Verificamos que ações interventivas voltadas para a eficácia do regime constitucional financeiro são inexistentes ou, quando muito, ineficazes. O sistema jurídico garante sua estabilidade em face de seu meio ambiente protegendo sistemas que poderiam ameaçar a estabilidade de seus programas e organizações (política e economia), em detrimento dos indivíduos subincluídos. A busca de equilíbrio nessa tensão desequilibrada produz insegurança. Dez anos para que o STF consolidasse um entendimento no plano da microjudicialização dos direitos fundamentais à saúde; posicionamentos de ocasião por parte de diferentes gestões da Procuradoria Regional da República; indeterminação do que é e do que não é direito fundamental à saúde. A segurança que se busca é a fiscal, a ponto de se congelarem por 20 anos os gastos públicos de um sistema que não faz ideia daquilo que está por vir, do crescimento vegetativo da população e das ações e dos serviços que precisará implementar nos próximos 19 anos.

Aqui precisaríamos avançar com o auxílio de uma teoria de direitos fundamentais ecologicamente sensível, a fim de que pudéssemos selecionar os programas condi-

cionais capazes de reproduzir três problemas fundamentais. Primeiro, a insustentabilidade do sistema público de saúde em decorrência dos déficits de financiamento e os mecanismos que permitiram a concretização das decisões que já foram tomadas a esse respeito e os caminhos para que o sistema considere inconstitucional o congelamento do teto de gastos. Segundo, o modo como o sistema poderia aferir situações subjetivas, sem, com isso, violar a isonomia inerente ao tratamento jurídico da saúde. Terceiro, os parâmetros nos quais a jurisprudência deveria estar assentada a fim de que a judicialização da saúde se tornasse previsível, ainda que aberta ao diálogo com o sistema da saúde.

É importante ressaltar que muitas coisas são ditas nesses três âmbitos, ainda que não esteja orientada por uma análise ecológica ou, pelo menos, autocompreendida como tal. O problema da sustentabilidade já conta, como vimos, com ações judiciais e liminares deferidas no âmbito do STF envolvendo recursos orçamentários, não obstante encontrem dificuldades quanto a efeitos financeiros concretos. O problema da desigualdade criada pela execução de gastos intraorçamentários foi enfrentado no último julgamento da ADI n. 5.595 (BRASIL, 2017a), embora ainda não se saiba como será retratado na tese do Tema n. 6 de repercussão geral (BRASIL, 2020a), muito menos como será compatibilizado com as razões que fundamentaram o voto do relator. No quesito segurança, o Conselho Nacional de Justiça tem feito um trabalho importante, e os Núcleos de Apoio Técnico (NAT) devem ser observados como organizações de acoplamento capazes de promover observações ecológicas da relação direito e saúde, e, ao mesmo tempo, contribuir para parâmetros de segurança adequados para uma complexidade inadequada à clássica ideia de adjudicação. Nesse sentido, propostas de mediação interinstitucionais que contem com a participação da comunidade merecem destaque (MACHADO; MARTINI, 2018). De todo modo, o desdobramento desses problemas não poderá ser aqui aprofundado.

6. Conclusão: Um excursão sobre os impactos ecológicos da Covid-19 no sistema jurídico

O presente texto já estava em fase de revisão ortográfica quando o debate sobre a pandemia provocada pelo vírus Sars-CoV-2 e as possíveis consequências da disseminação da Covid-19 para o sistema de saúde surgiu no Brasil. Ainda que uma análise ecológica do direito fundamental à saúde jamais pudesse ignorar a relevância da pandemia e de suas implicações jurídicas, não nos pareceu razoável avançar nas pesquisas, modifi-

car o foco e reescrever o texto. Abortá-lo também não nos pareceu adequado, uma vez que a chegada da pandemia, embora traga debates sobre sustentabilidade do sistema, assimetrias nas prestações do sistema e insegurança nos parâmetros normativos, não elimina o fato de que a normalidade operacional continuará afetada. Entendemos, portanto, mais adequado elaborar um pequeno excursus sobre o tema à guisa de conclusão, mantendo o compromisso de dirigir as pesquisas, a partir de então, para a realidade da pandemia.

Uma análise ecológica sobre os impactos da Covid-19 no sistema jurídico traz desafios nos três eixos estruturantes (sustentabilidade, isonomia e segurança), mas torna mais claras algumas questões. No eixo da sustentabilidade, surgem problemas relacionados à dificuldade de respeitar os limites categóricos de proteção à vida e à saúde dos indivíduos contaminados que dependerão de atendimento médico e hospitalar, um conjunto mínimo de prestações necessárias a tais limites e as colisões que essas intervenções protetivas provocam em outros sistemas indiretamente afetados. São problemas ligados à sustentabilidade: o número de leitos de unidade de terapia intensiva (UTI), a existência de respiradores e equipe de profissionais necessários à pandemia, a eficiência das políticas de isolamento e a falaciosa ou eventual afetação referente à sustentabilidade do sistema econômico e às liberdades individuais decorrentes do respeito a esses limites de proteção.

No eixo da isonomia, encontramos o problema da inclusão generalizada dos indivíduos nas diferentes prestações efetivamente ofertadas. Considerando que a igualdade complexa processada no sistema jurídico obedece a diferentes critérios distributivos, diferentes esferas de fundamentalidade demandam do direito diferentes parâmetros isonômicos. Na esfera da saúde, quaisquer que sejam as possibilidades de tratamento dos indivíduos acometidos da Covid-19, mesmo que as políticas públicas não possam se afastar de uma dimensão utilitária, deverá ser observada a distribuição isonômica das prestações de saúde conforme as necessidades de cada um. Até que ponto o sistema público de saúde será capaz de manter os níveis de atendimento dos serviços de saúde privados? Até que ponto médicos e empregados responsáveis pela limpeza do hospital estariam sendo protegidos, igualitariamente, dos riscos ambientais? Até que ponto diferenças econômicas ou qualquer outra diferença legítima em outras esferas significam, na saúde, viver ou morrer em meio a essa pandemia?

O eixo da segurança traz problemas relacionados à conformidade jurídica da tomada de decisões tanto judiciais quanto administrativas. Uma pandemia desafia essa

conformidade, seja porque o direito tende a ver nas situações excepcionais a excepcionalidade do próprio Estado de direito, seja porque se potencializa o risco das decisões em face da indeterminação dos pressupostos que envolvem a conformidade e, consequentemente, aumenta-se o perigo para os destinatários dessas decisões. Todavia, não conseguiremos imaginar como seria possível manter operações do sistema jurídico e político-administrativo em “estado” democrático se insistirmos na ideia de que a conformidade jurídica ou a vinculação administrativa representa uma adequação semântica entre textos normativos e os fatos que elas descrevem. O problema da segurança do direito precisa ser encarado no horizonte pragmático-sistêmico. Conforme sustentamos em outra oportunidade, o “estado” democrático do direito exige legitimidade política na sua reprodução criativa, autonomia perante os outros sistemas e manutenção da integridade de seus direitos fundamentais.

Por fim, convém lembrar que, do mesmo modo que a pandemia demanda novos programas e orçamento para a saúde, revela também as características “pandêmicas” dos momentos de “normalidade”. A assimetria entre subincluídos e sobreincluídos no sistema de saúde faz parte do cotidiano periférico da sociedade mundial. Boa parte do medo causado pelo perigo de uma pandemia está, no fundo, na possibilidade concreta de que sobreincluídos se vejam diante da falta de prestação na saúde. Aqueles que morrem em decorrência de doenças tratáveis ou de complicações decorrentes de sua subnutrição não são, apenas, um número em uma pequena taxa estatística. Quem morre morre em 100% de si mesmo. A propósito, o debate sobre a escassez de recursos e o silêncio eloquente do sistema jurídico e suas organizações judiciárias não se deram em um horizonte alheio a realidades epidêmicas. Seja pelo risco concreto de pandemias, seja pelas epidemias já presentes no nosso cotidiano, a exemplo daquelas disseminadas pelo *Aedes aegypti*, sempre tivemos motivos de sobra para fazer valer o tratamento financeiro-constitucional da saúde, acusar sua insustentabilidade e perceber que a lógica mercatória jamais será capaz de universalizar suas prestações. A vida pandêmica imita a *Arzt*.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, M. da C. de. Método complexo e desafios da pesquisa. In: ALMEIDA, M. C.; CARVALHO, E. A. *Cultura e pensamento complexo*. Natal: EDUFRN, 2009. p. 97-111.

- ALMEIDA FILHO, N. de. *Transdisciplinaridade e o paradigma pós-disciplinar na saúde*. [S. l.: s. n.], 2005.
- ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO RIO GRANDE DO SUL. Comissão Especial sobre a Sustentabilidade Financeira do SUS e a Participação dos Entes Federados. Relatório final. Porto Alegre, 2017. Disponível em: http://www.al.rs.gov.br/FileRepository/repdcp_m505/ComEspSUS/separata%20comissao%20sus%202017%202.pdf. Acesso em: 1º maio 2020.
- BALESTRA NETO, O. A jurisprudência dos tribunais superiores e o direito à saúde - evolução rumo à racionalidade. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 16, n. 1, p. 87-111, mar./jun. 2015.
- BRASIL. Agravo de Instrumento nº 232.469/RS. Relator: ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 dez. 1998.
- BRASIL. Recurso Extraordinário nº 242859/RS. Recorrido: estado do Rio Grande do Sul. Recorrente: município de Porto Alegre. Relator: ministro Ilmar Galvão. *Diário da Justiça*, Brasília, 17 set. 1999a.
- BRASIL. Recurso Extraordinário nº 244.087/RS. Relator: ministro Marco Aurélio. Brasília, 14 de setembro de 1999b.
- BRASIL. Recurso Extraordinário nº 247.900/RS. Relator: ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 20 de setembro de 1999c.
- BRASIL. Recurso Extraordinário nº 247.352/RS. Relator: ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 21 de setembro de 1999d.
- BRASIL. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 2.383.280/RS. Agravado: Carlos Fernando Becker. Agravante: município de Porto Alegre. Relator: ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 16 de novembro de 1999. *Diário da Justiça*, Brasília, 18 fev. 2000a.
- BRASIL. Recurso Extraordinário nº 264.269/RS. Recorridos: estado do Rio Grande do Sul e Teresinha Palhano. Relator: ministro Moreira Alves. Brasília, 11 de abril de 1999. *Diário da Justiça*. Brasília, 26 maio 2000b.
- BRASIL. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 259.508/RS. Relator: ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 8 de agosto de 2000c.
- BRASIL. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 271.286/RS. Relator: ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 12 de setembro de 2000d.
- BRASIL. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 255.627/RS. Relator: ministro Nelson Jobim. Brasília, DF, 21 de novembro de 2000e.
- BRASIL. Recurso Extraordinário nº 195.192. Relator: ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 22 de fevereiro de 2000. *Diário da Justiça*, Brasília, 31 mar. 2000f.
- BRASIL. Mandado de Injunção nº 542/SP. Relator: ministro Celso de Mello. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 183, n. 3, p. 818-819, 28 jun. 2002a.
- BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.538. Relator: ministro Moreira Alves. Julgada em 8 de março de 2002. *Diário da Justiça*, Brasília, 21 mar. 2002b.
- BRASIL. Medida Cautelar na ADI nº 1.439/DF. Relator: ministro Celso de Mello. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 185, n. 3, p. 794-796, 30 maio 2003.

· WÁLBER ARAUJO CARNEIRO

BRASIL. Medida Cautelar na ADPF nº 45/DF. Relator: ministro Celso de Mello. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 200, n. 3, p. 191-197, 4 mai. 2004.

BRASIL. Suspensão de Tutela Antecipada nº 91. Relatora: ministra Ellen Gracie. Brasília, DF, 26 de fevereiro de 2007. *Diário da Justiça*, Brasília, 5 mar. 2007.

BRASIL. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE. Relator: ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 17 de março de 2010.

BRASIL. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 607.385. Relator: ministra Carmen Lucia. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 1º ago. 2011.

BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 16. Relator: ministro Ricardo Lewandowski. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 10 abr. 2012.

BRASIL. *Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiências*. Brasília: Conselho Nacional de Saúde, 2015a. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/4292ed5b6a888bdca-c178d51740f4066.pdf>. Acesso em: 1º mai. 2020.

BRASIL. Recurso Extraordinário nº 855.178. Relator: ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 5 de março de 2015. *Diário da Justiça Eletrônico*. Brasília, 16 mar. 2015b.

BRASIL. Relatório de Auditoria Operacional: judicialização da Saúde no Brasil. Brasília, 30 set. 2016a. Disponível em: http://portal.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/noticias_internet/Relatorios/RELAT%20D3RIO%20DE%20AUDITORIA%20OPERACIONAL%20no%20Brasil%20e%20RS.pdf. Acesso em: 1º mai. 2020.

BRASIL. Projeto de Emenda à Constituição nº 83/2016 MFMPDG. Altera a ADCT arts. 203 e 239. Brasília, 2016b. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7B538A119717C3133FF151CD275B3B14.proposicoesWebExterno2?codteor=1468431&filename=Tramitacao-PEC+241/2016. Acesso em: 1º mai. 2020.

BRASIL. Medida Cautelar na Ação Direta de Constitucionalidade nº 5.595/DF. Relator: ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 31 ago. 2017a.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.633. Relatora: ministra Rosa Weber. Julgada em 3 de agosto de 2017. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 8 ago. 2017b.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.734. Relatora: ministra Rosa Weber. Julgada em 10 de agosto de 2017. Brasília, 2017c.

BRASIL. Ação Cível Originária nº 2.075/PI. Relator: ministro Dias Toffoli. Julgada em 27 de abril de 2018. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, n. 103, 28 mai. 2018.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.059. Relator: ministro Alexandre de Moraes. Julgada em 27 de setembro de 2019. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 15 out. 2019a.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.897. Relator: ministro Luiz Fux. Julgada em 24 de abril de 2019. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 2 ago. 2019b.

BRASIL. Recurso Extraordinário nº 566.471/RN. Relator: ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 11 de março de 2020. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, n. 59, 16 mar. 2020a.

BRASIL. Estado não é obrigado a fornecer medicamentos de alto custo não registrados na lista do SUS. Supremo Tribunal Federal, 11 mar 2020b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=439095&caixaBusca=N>. Acesso em: 5 mai. 2020.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.643. Relatora: ministra Rosa Weber. Julgada em 9 de março de 2020. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 11 mar. 2020c.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.658. Relatora: ministra Rosa Weber. Julgada em 5 de maio de 2020. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 8 mai. 2020d.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.680. Relatora: ministra Rosa Weber. Julgada em 5 de maio de 2020. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 8 mai. 2020e.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.715. Relatora: ministra Rosa Weber. Julgada em 5 de maio de 2020. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 8 mai. 2020f.

CABRERA, J. *Nas margens da filosofia da linguagem: conflitos e aproximações entre analíticas, hermenêuticas, fenomenologias e metacríticas da linguagem*. Brasília: UnB, 2003.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CARBONEL, M. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: CARBONEL, M. (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2005.

CARNEIRO, W. A. Escassez, eficácia e direitos sociais: em busca de novos paradigmas. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, Salvador, v. 11, p. 371-388, 2004.

CARNEIRO, W. A. A dimensão positiva dos direitos fundamentais: a ética e a técnica entre o ceticismo descompromissado e compromisso irresponsável. In: DANTAS, M. C.; CUNHA JÚNIOR, D. (org.). *Desafios do constitucionalismo brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2009.

CARNEIRO, W. A. *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CARNEIRO, W. A. A cidadania tutelada e a tutela da cidadania: o deslocamento da função simbólica da constituição para a tutela jurisdicional. In: SOUZA, W. A.; CARNEIRO, W. A.; SOUZA, W. A.; CARNEIRO, W. A.; HIRSCH, F. P. de A. (org.). *Acesso à justiça, cidadania, direitos humanos e desigualdade econômica: uma abordagem multidisciplinar*. Salvador: Dois de Julho, 2013, p. 131-152.

CARNEIRO, W. A. A autonomia do direito e o ponto cego de seus macromodelos teóricos. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte, ano 12, n. 15, p. 169-182, jan./jun. 2014a.

CARNEIRO, W. A. Judicialização das políticas públicas: limites reflexivos e a perspectiva da decisão. In: RABINOVICH-BERKMAN, R. (org.). *Direitos humanos, justiça e trabalho: estudos em homenagem a um baiano internacional*, o Prof. Dr. Wilson Alves de Souza. Salvador: Dois de Julho, 2014b.

CARNEIRO, W. A. Crise e escassez no Estado social: da constitucionalização à judicialização simbólicas. In: MORAIS, J. L. B. de; COPETTI NETO, A. (org.). *Estado e Constituição: Estado social e poder econômico face a crise global*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. v. 1, p. 200-220.

CARNEIRO, W. A. Fundamental rights of peripheral constitutions: a new theoretical approach and the zika virus in Brazil. *Brics Law Journal*, v. 5, p. 61-89, 2018a.

· WÁLBER ARAUJO CARNEIRO

CARNEIRO, W. A. O estado do direito no Estado de direito: por uma ecologia de suas possibilidades. In: MORAIS, J. L. (org.). *Estado & Constituição: o fim do Estado de direito*. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018b.

CARNEIRO, W. A. Os direitos fundamentais da Constituição e os fundamentos da constituição de direitos: reformulações paradigmáticas no horizonte do fluxo de sentidos de uma sociedade complexa e global. *Revista Direito Mackenzie*, v. 12, n. 1, p. 129-165, 2018c.

CARNEIRO, W. A. Teorias ecológicas do direito: por uma reconstrução crítica das teorias do direito. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. No prelo.

EMENDA Constitucional 95/2016 não fere a Carta Magna nem esvazia direitos fundamentais, opina PGR. MPF, 13 nov. 2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/emenda-constitucional-95-2016-nao-fere-a-carta-magna-nem-esvazia-direitos-fundamentais-opina-pgr>. Acesso em: 17 jul. 2020.

FEDERAÇÃO DAS SANTAS CASAS E HOSPITAIS BENEFICENTES, RELIGIOSOS E FILANTRÓPICOS DO RS. Dívidas do RS: estado regulariza repasses à saúde, mas há desafios a superar. Porto Alegre, 26 fev. 2020. Disponível em: <https://federacaors.org.br/imprensa/dividas-do-rs-estado-regulariza-repasses-a-saude-mas-ha-desafios-a-superar/>. Acesso em: 30 abr. 2020.

FERRAZ, O. L. M.; VIEIRA, F. S. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 52, n. 1, p. 223- 251, mar. 2009. Disponível em: <http://ref.scielo.org/vwpq5p>. Acesso em: 17 jul. 2020.

FINATTI, D. B.; VECHINI, P. G. O perfil dos gastos destinados ao cumprimento de determinações judiciais no município de Campinas. In: CONGRESSO DE SECRETÁRIOS MUNICIPAIS DE SAÚDE DO ESTADO DE SÃO PAULO, 24, 2009, Campinas. *Anais [...]*. Campinas, 2009. Disponível em: http://www.saude.campinas.sp.gov.br/saude/biblioteca/XXIV_Congresso_de_Secretarios_Municipais_de_Saude_do_Estado_SP/Complexidadedaatencaobasica/O_Perfil_dos_gastos_Deise.pdf. Acesso em: 20 jul. 2020.

HÄBERLE, P. *Die Verfassung des Pluralismus: Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*. Königstein, Taunus: Athenäum-Verl., 1980.

HEIDEGGER, M. *Los problemas fundamentales de la fenomenología*. Madrid: Trotta, 2000.

HEIDEGGER, M. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 2005.

HESSE, K. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Karlsruhe: Müller, 1967.

ÍNDICE de Desenvolvimento Humano - IDH e IDHM: o IDHM do RS evoluiu de 0,542 em 1991 para 0,746 em 2010. Atlas Socioeconômico, Porto Alegre, 13 fev. 2020. Disponível em: <https://atlassocioeconomico.rs.gov.br/indice-de-desenvolvimento-humano-idh-e-idhm>. Acesso em: 30 abr. 2020.

KRELL, A. J. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999.

LEITE, G. S. L. et al. (coord.). *Ontem, os códigos! Hoje, as constituições! Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2016.

- LIMA, F. R. de S. Excesso de autorreferência e falta de heterorreferência: o simbolismo da atuação do STF em direito à saúde. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 12, n. 3, p. 691-717, dez. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322016000300691&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 17 jul. 2020.
- LUHMANN, N. *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*. Berlin: Duncker & Humblot, 1965.
- LUHMANN, N. *El derecho de la sociedad*. Traducción Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Ibero-Americana, 2005.
- LUHMANN, N. *La sociedad de la sociedad*. Cidade do México: Herder, 2006.
- MACHADO, C.; MARTINI, S. R. *Desjudicialização da saúde, diálogos interinstitucionais e participação social: em busca de alternativas para o sistema*. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 4, p. 774-796, 2018.
- MEDEIROS, M.; DINIZ, D.; SCHWARTZ, I. V. D. A tese da judicialização da saúde pelas elites: os medicamentos para mucopolissacaridose. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 4, p. 1079-1088, abr. 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232013000400022&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 17 jul. 2020.
- MORIN, E. *O método I: a natureza da natureza*. 2. ed. Lisboa: Europa-América, 1987.
- MORIN, E. *Ciência com consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand, 2005a.
- MORIN, E. *Introdução ao pensamento complexo*. Porto Alegre: Sulina, 2005b.
- MORIN, E. *O método 3: conhecimento do conhecimento*. Lisboa: Europa-América, 2008.
- MÜLLER, F. *Normstruktur und Normativität. Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in der juristischen Hermeneutik, entwickelt an Fragen der Verfassungsinterpretation*. Berlin: Duncker & Humblot, 1966.
- NEVES, M. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- NUNES, C. F. O.; RAMOS JUNIOR, A. N. Judicialização do direito à saúde na região Nordeste, Brasil: dimensões e desafios. *Cad. saúde colet.*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, p. 192-199, Jun. 2016.
- OLIVEIRA, F. L. Agenda suprema: interesses em disputa no controle de constitucionalidade das leis no Brasil. *Tempo Social*, São Paulo, v. 28, n. 1, p. 105-133, 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702016000100105&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 16 jul. 2020.
- PAIM, P. Os passos do SUS: do apogeu à falência. A judicialização da saúde. In: SANTOS, A. de O.; LOPES, L. T. (org.). *Coletânea direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde*. Brasília: Conass, 2018.
- PIMENTA, P. R. L. *A eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- PNUD BRASIL. Ranking IDHM Unidades da Federação 2010. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/rankings/idhm-uf-2010.html>. Acesso em: 30 abr. 2020.

· WÁLBER ARAUJO CARNEIRO

REISSINGER, S. *Aspectos controvertidos do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Emenda Constitucional nº 25, de 9 de julho de 1999. *Diário Oficial do Estado*, n. 132, 9 jul. 1999. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/EC%2089-25.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. *Prestando contas*: sumário do parecer prévio sobre as contas da governadora do estado. Exercício 2009. Porto Alegre: TCE-RS, 2010. 48 p. Disponível em: http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/publicacoes/manuais/Revista_Parecer_previo.pdf. Acesso em: 1º mai. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. *Prestando contas*: sumário do parecer prévio sobre as contas do governador do estado. Exercício 2015. Porto Alegre: TCE-RS, 2016. 76 p. Disponível em: http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/contas_estaduais/contas_governador/pp_simplificado_2015.pdf. Acesso em: 1º mai. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Secretaria discute com gestores municipais a judicialização da saúde: reorganização administrativa ajudou a reduzir o número de pacientes judiciais em atendimento. Secretaria da Saúde, 9 mar. 2017. Disponível em: <https://saude.rs.gov.br/secretaria-discute-com-gestores-municipais-a-judicializacao-da-saude>. Acesso em: 1º mai. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. *Prestando contas*: sumário do parecer prévio sobre as contas do governador do estado. Exercício 2017. Porto Alegre: TCE-RS, 2018. 72 p. Disponível em: http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/contas_estaduais/contas_governador/Parecerzinho_2017.pdf. Acesso em: 1º mai. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Consulta a receitas e gastos públicos: saiba de onde vem e onde é investido o dinheiro para atender as necessidades coletivas da população gaúcha. Disponível em: <http://www.transparencia.rs.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Transparencia.qvw&host=-QVS%40appro03&anonymous=true>. Acesso em: 1º mai. 2020a.

RIO GRANDE DO SUL. Relatório e parecer prévio sobre as contas do governador do Estado. Disponível em: http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/consultas/contas_estaduais/contas_governador. Acesso em: 1º mai. 2020b.

SCHWARTZ, G. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, A. V. *Direito fundamental à saúde e a resposta correta*: os limites da responsabilidade dos municípios em pleitos de alta complexidade. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2015.

SILVA, J. A. da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, V. A. da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, V. A. da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIMIONI, R. L. *Direito ambiental e sustentabilidade*. São Paulo: Juruá, 2006.

SMEND, R. *Verfassung und Verfassungsrecht*. München, Leipzig: Duncker & Humblot, 1928.

SOUZA, W. A.; CARNEIRO, W. A.; HIRSCH, F. P. de A. (org.). *Acesso à justiça, cidadania, direitos humanos e desigualdade econômica: uma abordagem multidisciplinar*. Salvador: Dois de Julho, 2013, p. 131-152.

STRECK, L. L. *Verdade e consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TEUBNER, G. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016.

THIOLLENT, M. *Metodologia da pesquisa-ação*. São Paulo: Editora Cortez, 1985.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Rethinking Luhmann and the socio-legal research: an empirical agenda for the social systems theory? Disponível em: <https://empiricalsysteomstheory.blogspot.com/>. Acesso em: 7 mai. 2020.

VIEHWEG, T. *Topik und Jurisprudenz*. München: Beck, 1953.