

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

NATEL LAUDO DA SILVA

**O CONTROLE NÃO JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMO
INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE**

**CUIABÁ
2022**

NATEL LAUDO DA SILVA

**O CONTROLE NÃO JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMO
INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE**

Dissertação de Mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientação: Professor Dr. Marcelo Antonio Theodoro.

CUIABÁ
2022

Dados Internacionais de Catalogação na Fonte.

S586c Silva, Natel Laudo da.
O controle não judicial de políticas públicas como instrumento de efetividade do direito fundamental à saúde [recurso eletrônico] / Natel Laudo da Silva. -- Dados eletrônicos (1 arquivo : 205 f., pdf). -- 2022.

Orientador: Marcelo Antonio Theodoro.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Mato Grosso, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Cuiabá, 2022.
Modo de acesso: World Wide Web: <https://ri.ufmt.br>.
Inclui bibliografia.

1. Efetividade do direito à saúde.. 2. Políticas públicas.. 3. Controle extrajudicial.. 4. Controles social, externo e interno.. I. Theodoro, Marcelo Antonio, *orientador*. II. Título.

Ficha catalográfica elaborada automaticamente de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Permitida a reprodução parcial ou total, desde que citada a fonte.



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO
PRÓ-REITORIA DE ENSINO DE PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

FOLHA DE APROVAÇÃO

TÍTULO: O CONTROLE NÃO JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.

AUTOR: MESTRANDO: NATEL LAUDO DA SILVA

Dissertação defendida e aprovada em **23/08/2022**.

COMPOSIÇÃO DA BANCA EXAMINADORA

Presidente Banca / Orientador Doutor Marcelo Antonio Theodoro

Instituição : Universidade Federal de Mato Grosso

Examinador Externo Doutor Ilton Garcia da Costa

Instituição : UENP - Universidade Estadual do Norte do Paraná

Examinador Interno Doutor Antonio Veloso Peleja Junior

Instituição : Universidade Federal de Mato Grosso

Cuiabá, 23/08/2022.



Documento assinado eletronicamente por **MARCELO ANTONIO THEODORO**, Coordenador(a) do Programa de Pós-Graduação em Direito - FD/UFMT, em 23/08/2022, às 19:45, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Ilton Garcia da Costa, Usuário Externo**, em 31/08/2022, às 21:00, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **ANTONIO VELOSO PELEJA JUNIOR, Docente da Universidade Federal de Mato Grosso**, em 06/09/2022, às 18:19, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.ufmt.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **4996483** e o código CRC **733D9E35**.

*“Mas os que esperam no Senhor
renovarão as forças,
subirão com asas como águias;
correrão, e não se cansarão;
caminharão, e não se fatigarão” (Isaiás 40.31).*

RESUMO

O presente trabalho, no âmbito da linha de pesquisa Direitos Humanos e Fundamentais, tem o intuito de delinear alternativas extrajudiciais de controle de políticas públicas que sirvam como instrumento de efetividade do direito à saúde. O objetivo é demonstrar que, para além de uma atuação ainda ineficiente dos poderes políticos e de um controle jurisdicional sobrecarregado e voltado essencialmente para a microjustiça, há no Estado Democrático de Direito instrumentos não judiciais viáveis para o controle de políticas sociais que podem cooperar na efetividade do direito constitucional à saúde. Para o estudo proposto, adotou-se o método dedutivo, com base em uma pesquisa bibliográfica, explicativa, essencialmente qualitativa, com utilização oportuna de dados quantitativos. O referencial teórico e resultados obtidos permitiram traçar fundamentos que estabelecem o direito à saúde como direito humano, fundamental e social, com essência marcadamente prestacional; e a propor a definição da efetividade ou eficácia social do direito à saúde, a ser obtida por meio de políticas públicas, de forma a materializar preceitos constitucionais e legais no mundo dos fatos, aproximando o dever-ser normativo do ser da realidade social. Na presente pesquisa, apresentam-se ainda as políticas públicas como um novo padrão normativo e instrumento de planejamento em sua essência, servindo como um meio de efetividade dos direitos sociais como a saúde, sendo imperioso para tal desiderato elementos de controle interno (autocontenção voluntária) e externo (social e institucional). Com a indicação de instrumentos extrajudiciais de controle voltados à macrojustiça e tutela do interesse coletivo, propõe-se a não priorização do controle judicial de políticas públicas, em aversão ao ativismo judicial exacerbado, valorização excessiva da microjustiça e banalização de princípios, para dar vez a perspectivas como a autocontenção e a moderação judicial. Os instrumentos de controle extrajudicial de políticas públicas de saúde incluem o controle social pela participação popular; o controle autocompositivo pelos métodos da mediação e conciliação administrativas; o controle externo, pelos tribunais de contas, com base em auditorias operacionais e termos de ajuste de gestão, e pelo Ministério Público, com a adoção de termos de ajustamento de conduta; e o controle interno na administração pública com reforço no exercício de suas atividades pelo *compliance*.

Palavras-chave: Efetividade do direito à saúde. Políticas públicas. Controle extrajudicial. Controles social, externo e interno.

ABSTRACT

The present work, within the scope of the Human and Fundamental Rights, aims to outline extrajudicial alternatives for controlling public policies that serve as an instrument for the effectiveness of the right to health. The objective is to demonstrate that, in addition to a still inefficient performance of political powers and an overloaded jurisdictional control and essentially focused on micro-justice, there are viable non-judicial instruments in the Democratic State of Law for the control of social policies that can cooperate in effectiveness. of the constitutional right to health. For the proposed study, the deductive method was adopted, based on a bibliographical, explanatory research, essentially qualitative, with timely use of quantitative data. The theoretical framework and results obtained made it possible to draw foundations that establish the right to health as a human, fundamental and social right, with a markedly provisional essence; and to propose the definition of the effectiveness or social efficacy of the right to health, to be obtained through public policies, in order to materialize constitutional and legal precepts in the world of facts, bringing the normative must-be closer to the social reality. In the present research, public policies are also presented as a new normative standard and planning instrument in its essence, serving as a means of effectiveness of social rights such as health, being imperative for this desideratum elements of internal control (voluntary self-restraint) and external (social and institutional). With the indication of extrajudicial instruments of control aimed at macro-justice and protection of the collective interest, it is proposed not to prioritize the judicial control of public policies, in aversion to exacerbated judicial activism, excessive appreciation of micro-justice and trivialization of principles, to give rise to perspectives such as self-restraint and judicial moderation. The instruments of extrajudicial control of public health policies include social control through popular participation; self-compositional control through the methods of administrative mediation and conciliation; external control, by the audit courts, based on operational audits and management adjustment terms, and by the Public Ministry, with the adoption of conduct adjustment terms; and the internal control in the public administration with reinforcement in the exercise of its activities by the compliance.

Keywords: Effectiveness of the right to health. Public policy. Extrajudicial control. Social, external and internal controls.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E EFETIVIDADE.....	13
2.1 O direito à saúde como direito humano, fundamental e social.....	13
2.2 Definição de “efetividade” do direito fundamental social à saúde.....	25
2.3 Direito fundamental à saúde na ordem jurídica vigente.....	31
2.4 Argumentos de limitação e medidas retrocessivas à efetividade do direito à saúde.....	38
3 POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E EFETIVIDADE.....	49
3.1 Definição e caracteres de políticas públicas.....	49
3.2 Controle de políticas públicas como instrumento de efetividade de seus objetivos e metas.....	59
3.3 Ordem jurídica das políticas públicas de saúde no Brasil.....	65
3.4 Problemas limitadores de efetividade das políticas públicas de saúde.....	74
3.4.1 Ineficiência/insuficiência das políticas públicas de saúde frente ao arcabouço de proteção constitucional/normativo.....	75
3.4.2 Precarização do SUS.....	80
3.4.3 Reserva do financeiramente possível.....	83
3.4.4 Fatores limitantes no âmbito da gestão pública.....	91
4 INSTRUMENTOS DE CONTROLE NÃO JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE.....	102
4.1 De uma sindicabilidade judicial ponderada à valorização de instrumentos extrajudiciais no controle de políticas públicas.....	102
4.2 Controle social pela participação popular.....	119
4.3 Controle por meio de soluções consensuais: mediação e conciliação sanitárias na administração pública.....	126
4.4 Controle externo de políticas públicas de saúde.....	140
4.4.1 Tribunais de contas: auditorias operacionais e termos de ajuste de gestão.....	142
4.4.2 Ministério Público e o ajustamento de conduta.....	159
4.5 Controle interno e <i>compliance</i> na administração pública.....	168
5 CONCLUSÃO.....	180
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	184

1 INTRODUÇÃO

O direito à saúde é direito humano, que no cenário internacional evoluiu de uma dimensão política para uma dimensão jurídica, refletindo no Direito Interno uma necessária atuação estatal não só pela abstenção, mas também por intervenções prestacionais positivas e concretas. É direito fundamental e social, com estatura constitucional, que, para além de uma posição jurídica subjetiva, projeta uma dimensão de eficácia objetiva, a demandar deveres de respeito, proteção e promoção.

Trata-se de direito social que invoca atributos de direito de defesa e abstenção estatal, mas também direito à prestação e direito à proteção por meio de condições fáticas materiais, no que se inclui o implemento de políticas públicas.

O que se defende, então, é que o direito fundamental social à saúde é um bem jurídico essencialmente prestacional, a ser tutelado pelo Estado com o implemento de políticas públicas e por toda a sociedade, em um viés de solidariedade social, de forma a se cogitar a sua efetividade.

Suscita-se a efetividade do direito à saúde como a sua eficácia social ou materialização dos efeitos jurídicos de suas normas no universo dos fatos (plano fático), em um espectro de realização social ou concretização do Direito, que representa uma aproximação entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

É invocar a ideia de que o direito fundamental à saúde deve ser interpretado em um sentido que lhe confira a maior eficácia social possível, ou seja, os órgãos estatais devem atuar com perspectiva em um mandado de otimização (maximização), pensando na fundamentalidade formal e material defendida por Alexy e valorizando a força normativa constitucional defendida por Hesse, para que o direito à saúde, de índole constitucional, faça parte de um processo interpretativo que resulte em prestações que maximizem a eficácia dos seus resultados aos cidadãos.

São fundamentos a serem valorizados, inclusive para o enfrentamento e superação de argumentos de limitação à efetividade do direito à saúde, a exemplo da indeterminação do seu conceito e o alto custo dos direitos sociais, e de medidas de retrocesso social, que podem ocorrer no âmbito principalmente dos poderes políticos.

Valorizar a eficácia social do direito à saúde significa necessariamente superar o mero aspecto individual, na seara da microjustiça, evoluindo para uma abordagem mais coletiva, de forma a fortalecer a ideia prestacional pela macrojustiça, por meio de instrumentos de alcance amplo como as políticas públicas, amparadas pela própria ordem constitucional vigente.

Por esse viés, no sentido prático, eficácia social do direito à saúde significa permitir o acesso individual a medicamentos, consultas e tratamentos especializados, mas também a efetivação de ações e serviços de saúde de cunho coletivo como a vacinação em tempos de pandemia e estratégias de saúde da família.

Com esse ambiente constitucional permissivo é que se propõe a valorização das políticas públicas e do seu controle efetivo por meio de instrumentos extrajudiciais, de forma a dar maior aproximação entre o status normativo e a realidade social.

A partir desse panorama é que se enfrenta o problema da pesquisa, permeando a viabilização da efetividade do direito fundamental à saúde a partir da valorização/fortalecimento das políticas públicas de saúde, sob a égide de um controle fundado/amparado em instrumentos não judiciais.

Dando destaque às políticas públicas de saúde e a instrumentos de controle extrajudicial, a ideia principal é dar vez a caminhos de alcance coletivo, direcionados à macrojustiça e que já possuem amparo na ordem constitucional e legal vigente.

Trata-se de abordar a efetividade do direito à saúde pelo controle das políticas públicas de saúde, evidenciando o protagonismo da participação social (democracia), da consensualidade administrativa, dos instrumentos de controle externo da gestão e do desempenho e do controle interno fomentado pela integridade e prevenção.

E, para fundamentar tais diretrizes e o problema pesquisado, de forma a concluir os objetivos da pretensão dissertativa, foram estabelecidos 3 capítulos de desenvolvimento do conteúdo dissertativo, para os quais se destacam alguns argumentos essenciais.

Oportuno ressaltar que as abordagens sobre o direito fundamental à saúde no capítulo 2 e, no capítulo 3, sobre as políticas de saúde, pretendem dar fundamentos de caráter conceitual, filosófico e jurídico à pretensão conclusiva proposta no capítulo 4, que trata sobre a valorização do controle extrajudicial dessas políticas como caminho de eficácia social do direito à saúde.

Especificamente, no capítulo 2, pretendeu-se encorpar conceitualmente o direito à saúde, sua concepção histórico-evolutiva, suas características, status na ordem jurídica vigente e definição de sua “efetividade” frente a argumentos de limitação e retrocesso, o que, em suma, foi aqui referenciado inicialmente.

E, pelo capítulo 3, propõe-se a definição e o estabelecimento de caracteres das políticas públicas, abordando-se sua relação com o controle e efetividade do direito à saúde na ordem jurídica, frente a alguns problemas limitadores.

Em síntese, pelo aspecto conceitual e caracterizador das políticas públicas, pode-se afirmar que possuem natureza política e jurídica, estabelecidas como um padrão normativo

formador de atos e fatos jurídicos, que se perfilam como um instrumento estatal de fomento a prestações materiais sociais e pressuposto essencial para a efetividade do direito fundamental à saúde.

Constituem-se uma condução estatal vocacionada à satisfação do interesse coletivo (para fazer vez à macrojustiça) e concebida em sua essência para dar efetividade aos direitos sociais. Assim, a valorização e maior protagonismo das políticas públicas devem ter impactos práticos à altura de sua índole constitucional, o que demanda monitoramento, controle e avaliação efetivos.

E devido ao alcance coletivo das políticas públicas, a observar objetivos constitucionais e concretizar direitos sociais, é que se invoca a importância de mecanismos de controle, com o intuito principal de preservar a finalidade e metas dessas políticas, coibindo eventuais desvios, ilegalidades e violações à supremacia do interesse público.

Invoca-se, então, a valorização e o aperfeiçoamento de instrumentos de controle extrajudicial a partir do desafiante quadro de problemas limitadores de efetividade das políticas de saúde na ordem jurídica brasileira, para fazer valer o quadro normativo estabelecido.

No derradeiro e decisivo capítulo 4, apresenta-se a essência do problema proposto, com intuito de dar luz ao fortalecimento de instrumentos não judiciais de controle das políticas públicas, com a finalidade maior de viabilizar/oportunizar a eficácia social do direito à saúde.

Com tal proposição, pretende-se priorizar um caminho pavimentado e com potencial promissor no ordenamento jurídico vigente.

Trata-se de enaltecer instrumentos com tendência a fortalecer a democracia no sentido de respeitar o ambiente discricionário e político do Poder Executivo, a maior participação social, o controle externo por órgãos constitucionais autônomos e o controle interno da administração pública, no âmbito de um Estado em que o controle deve fluir e se retroalimentar pelos freios e contrapesos (*check and balances*).

Apresentam-se instrumentos de controle extrajudicial, pujantes para a democracia e efetividade do direito fundamental à saúde, dando passagem e valorizando fundamentos como força normativa da Constituição, participação democrática, ampliação dos espaços de discussão de direitos na área sanitária e “desjudicialização”.

Propõe-se que a densificação e a materialização desse caminho de possibilidades extrajudiciais ocorram por meio do: a) controle social pela participação popular; b) controle pela solução consensual no âmbito da administração pública; c) controle externo das políticas de saúde pelos tribunais de contas, quando da utilização das auditorias operacionais e do termo de ajustamento de gestão, e pelo Ministério Público quando do uso do termo de ajustamento de

conduta; d) controle interno pela própria administração pública, reforçado pelo *compliance*, como ferramenta destinada a prezar pelo atendimento a normas e valorizar uma cultura organizacional de integridade e prevenção.

Para a pesquisa, que propiciou a dissertação ora apresentada, adotou-se o método dedutivo, alicerçado essencialmente em uma busca bibliográfica, explicativa e qualitativa, com utilização complementar e oportuna de dados quantitativos oficiais.

2 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E EFETIVIDADE

O direito à saúde deve ser estudado como um legítimo e basilar direito humano no cenário internacional, que possui uma positividade ou fundamentalidade formal de estatura constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, todavia, que carece de estratégias e avanços concretos para o trato de sua efetividade no plano material.

Diante de tal desafio de ordem prática, aspectos históricos, jurídicos e conceituais são essenciais para a compreensão do direito à saúde e sua efetividade na contemporaneidade, em uma necessária referência evolutiva dos seus principais caracteres, tanto originários quanto aqueles presentes na ordem jurídica vigente.

Dessa feita, entende-se que a proposição de um estudo sobre controle não judicial de políticas públicas, como instrumento de efetividade do direito fundamental à saúde, passa necessariamente por uma abordagem inicial que trate sobre natureza histórico-jurídica do direito à saúde, definição de sua efetividade, além de sua índole e concretização no Direito Interno frente a argumentos de limitação e medidas de retrocesso social.

2.1 O direito à saúde como direito humano, fundamental e social

A saúde tem conexão inevitável com a própria existência e evolução humana, no âmbito do desenvolvimento social dos povos, alcançando ao longo do tempo o patamar de reconhecimento internacional e de avanços protetivos, figurando atualmente, no Direito Constitucional pátrio, como um bem jurídico social e essencialmente prestacional, ou seja, a ser tutelado e garantido pelo Estado mediante políticas sociais e econômicas (art. 196), que representam instrumentos de concretização destinados à promoção, proteção e recuperação.

Nesse atual viés, de verdadeiro direito a prestações, o direito à saúde exige do Estado instrumentos positivos no sentido de propiciar garantia e efetividade, representando um bem jurídico de estatura constitucional, tutelado e integrante do rol dos direitos fundamentais.¹

Mas para o estudo do alcance de tal *status*, o direito à saúde deve ser compreendido no âmbito de um processo evolutivo histórico, a revelar um árduo caminho de lutas por direitos e liberdades, que vai desde a concepção da saúde como direito natural do homem até o reconhecimento formal em documentos internacionais e nas Constituições estatais.

¹ GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003 apud BORTOLOTTI, Franciane Woutheres; SCHWARTZ, Germano. *A dimensão prestacional do direito à saúde e o controle judicial de políticas públicas sanitárias*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 45, n. 177, jan./mar. 2008. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160191/Dimens%c3%a3o_prestacional_direito_saude_17_7.pdf?sequence=7&isAllowed=y>. Acesso em 18/07/2022.

Em sua origem, a ideia de saúde, atrelada a direitos denominados naturais do homem, estabelecia-se em traços de sobrenaturalidade, em que a doença era relacionada com os aspectos do castigo e a cura das enfermidades era projetada por meio de procedimentos mágicos, afetos à atuação de curandeiros ou de feiticeiros, concepção essa que vigorou na Idade Média.²

Com a nomenclatura de “direito natural do homem”, a noção de saúde era evidenciada em um aspecto naturalista, com uma índole mais universal e como algo inato ou intrínseco à natureza humana, cuja conotação indicava um direito sem positivação, ou seja, sem previsão em textos de ordem legal como as Constituições e os Tratados Internacionais.

O avanço desse *status* essencialmente naturalista para um cenário de positivação dá-se muito lentamente em um longo processo histórico.

Nas lições de Dallari, abordando a relação entre o Estado e a saúde pública na história, com o predomínio da religião durante a Idade Média, havia uma obrigação moral da Igreja, que por meio da caridade mantinha a responsabilidade principal de ajudar aos desafortunados e desenvolver estabelecimentos com tal destinação. Por outro lado, nos últimos séculos desse longo período histórico, “começa-se a observar uma lenta infiltração do poder comunal no funcionamento da assistência pública aos desfavorecidos, que objetiva, também, a defesa social, iniciando o processo de transformação da obrigação moral em dever legal”³.

Desse percurso evolutivo, em que as feições de um Direito natural e moral passam a conviver com elementos de um Direito positivo e dever legal estatal, propõe-se destacar documentos históricos marcantes e referenciais, sem qualquer pretensão de aprofundamento em uma cronologia sistematizada, enaltecendo raízes históricas e paradigmáticas.

Com esse perfil documental paradigmático, a Magna Carta inglesa de 1215 representa um dos primeiros a constar a reivindicação de direitos, ainda que marcado por pretensões políticas das classes dominantes, em que se estabelecia uma ordenação por parte do rei da Inglaterra, barões e detentores do poder para que todos os homens do reino inglês tivessem e conservassem todas as “liberdades, direitos e concessões, sólidos e em paz, livre e serenamente, plena e completamente, para si e para os seus herdeiros, em todas as coisas e lugares” (item 63, Magna Carta).

² SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 28-29.

³ DALLARI, Sueli Gandolfi. *A bioética e a saúde pública*. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA Volnei (coordenadores). *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998, p. 207. Disponível em <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/inicio%20%20biotica.pdf>>. Acesso em 19/07/2022.

Apesar do contexto, é documento inglês louvável no processo histórico-evolutivo dos direitos da humanidade e base sempre atual para as discussões em torno dos direitos fundamentais como a saúde e daqueles ainda incipientes.

Importante enfatizar, foi principalmente na Inglaterra que referências documentais dão fundamento a esse processo, com maior ênfase nos séculos XVII e XVIII, como a *Petition of Rights* (1628), que requeria o reconhecimento de direitos e liberdades para os súditos do Rei; o *Bill of Rights* (1689), que submetia a monarquia à soberania popular, transformando-a numa monarquia constitucional; o *Act of Settlement* (1707), que completava o conjunto de limitações ao poder monárquico do período; e o *Habeas Corpus Amendment Act* (1769), que anulava as prisões arbitrárias.

Na França, século XVIII, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) deve ser invocada nesse arcabouço histórico de conquistas, ainda que sua abordagem se volte para direitos formais do homem que não eram para todos, mas para alguns, servindo para a destruição da monarquia e com a respectiva substituição por uma oligarquia, a significar uma dominação política da classe burguesa, na economia, do capitalismo.⁴

O documento é marcante pois faz parte de um ambiente de inquietações político-sanitárias e necessidade de medidas de controle e de vigilância de enfermidades, permitindo, pela primeira vez, maior ênfase aos direitos com extensão a todos os homens, embora em um contexto de reclamação da burguesia para o exercício da liberdade diante da aristocracia.⁵

A Declaração francesa, inspirada essencialmente em ideias iluministas, apresenta-se como um dos documentos indispensáveis no processo de reconhecimento dos direitos humanos, ao pleitear direitos como a liberdade, a igualdade e a propriedade, servindo como base para a construção de diversas Constituições de Estados democráticos.

Mesmo que com os avanços obtidos em textos de natureza propositiva para o reconhecimento de direitos e liberdades, mais a frente, no século XIX, o absolutismo dos Estados soberanos e a expansão do processo produtivo relegaram o papel dos indivíduos a segundo plano, e os direitos do homem resumiam-se a poucas concessões do Estado, que detinha soberania ilimitada.

Com os abusos decorrentes desse poder estatal ilimitado e as mazelas das duas guerras mundiais no século XX, ficou evidenciada a necessidade de proteção de direitos, da dignidade

⁴ VILLEY, Michel. *Direito e direitos humanos*. Tradução Maria Ernantina de Almeida Prado Gaivão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 161.

⁵ DALLARI, Sueli Gandolfi. *A vigilância sanitária no contexto constitucional e legal brasileiro*. Belo Horizonte: Coopmed, 2001, p. 42.

e das liberdades humanas, surgindo disso o reconhecimento expresso dos direitos humanos, essencialmente no plano internacional, dentre eles o direito à saúde.

Foi a gênese da ideia dos direitos fundamentais, caracterizados como direitos históricos, pois decorrentes das transformações vivenciadas pela humanidade, no âmbito das necessidades do homem para sua existência, sobrevivência e desenvolvimento, e nascidos a partir das circunstâncias de lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, de forma gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.⁶

O preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde – OMS (1946) traduz bem o reconhecimento formal nesse contexto histórico, ao estabelecer a saúde como um estado de completo bem-estar físico, mental e social, que não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade, sendo que o gozo do melhor estado de saúde possível constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social, e, que, a saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança, dependendo da cooperação dos indivíduos e dos Estados.

É o estabelecimento da saúde com base em uma definição ampla e holística, para além da cura de enfermidades meramente físicas, com alcance a todo ser humano, envolvendo outros aspectos como a paz e a segurança, e com natureza evidente de direito humano e fundamental.

Direito humano no sentido de abranger todos os povos e ser reconhecido em normativa de índole internacional, e direito fundamental principalmente por se caracterizar como bem jurídico básico para qualquer ser humano e com necessária inclusão no plano formal de uma Constituição (norma hierarquicamente superior no Direito Interno).

Nesse ponto, importante ponderar que, apesar de os termos “direito humano” e “direito fundamental” serem tratados comumente como sinônimos, o correto é que, como direito fundamental, o direito à saúde é direito do ser humano reconhecido e formalizado na esfera do Direito Constitucional positivo de determinado Estado.

Para Luño, essa concreção positiva é o critério mais adequado para determinar a diferenciação entre ambas as categorias, uma vez que “direitos humanos” é conceito de contornos mais amplos e imprecisos, e “direitos fundamentais” tem sentido mais preciso e restrito, formando o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de um Estado, representando direitos delimitados no espaço e no tempo, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico

⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 9.

do Estado de Direito.⁷

Mas, são categorias interligadas, haja vista que, na sua vertente histórica, os direitos humanos (internacionais) e fundamentais (constitucionais) reconhecem, pelo Direito positivado, uma série de direitos naturais do homem, assumindo, neste sentido, uma dimensão pré-estatal ou supraestatal.⁸

Apesar da importante definição estabelecida pela Constituição da OMS, é com a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) que a saúde passa a ser efetivamente considerada um direito, de forma a assegurar que toda pessoa e sua família tenham acesso à saúde e ao bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e quanto aos serviços sociais necessários (art. 25).

Configura-se a saúde como direito humano, fundado em uma Declaração que denota uma preocupação para além dos limites territoriais, influenciada por diferentes cartas constitucionais no pós-guerra, favorecendo o fortalecimento de outros importantes documentos, a darem margem a um conteúdo de prerrogativas fundamentais, e evidenciando a universalização dos direitos humanos e a necessidade de sua proteção por um sistema normativo internacional, com vigência *erga omnes*, ou seja, com efeito vinculante que alcance a todos.⁹

Nesse sentido, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), promulgado no Brasil pelo Decreto 591/1992, prevê que os Estados Partes do documento “reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental” (art. 12, item 1).

Representa uma pactuação no sentido de garantir, no âmbito do Direito Internacional, o direito à saúde como direito social, em uma definição ampla que, para além do estado físico, deve alcançar também uma proteção nos aspectos psicossomáticos.

Ainda no cenário internacional, é digno de referência o estabelecimento da saúde em outros documentos, em que se aborda: a) a necessidade de desenvolvimento progressivo de direitos que decorram de normas sociais como a saúde (art. 26, da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969); b) o direito à saúde pública, a tratamento médico, à previdência social e aos serviços sociais como obrigação fundamental dos Estados Partes na eliminação da discriminação racial e garantia de direitos (art. V, da Convenção Internacional sobre a

⁷ LUÑO, Antonio-Enrique Perez. *Los derechos fundamentales*. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1995 apud SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Ltda, 2015 (e-book).

⁸ SARLET, op. cit. (e-book).

⁹ GODINHO, Fabiana de Oliveira. *A proteção internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 3.

Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial de 1965, promulgada no Brasil pelo Decreto 65.810/1969); c) o reconhecimento dos Estados Partes, inclusive Brasil, quanto ao direito da criança de gozar do melhor padrão possível de saúde e dos serviços destinados ao tratamento das doenças e à recuperação da saúde (art. 24, item 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, promulgada pelo Decreto 99.710/1990); d) a garantia de recebimento de cuidados médicos urgentes para preservação da vida e acesso a serviços sociais e de saúde aos trabalhadores migrantes e membros de suas famílias (artigos 28, 43, item “1e” e 45, item “1c”, da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias de 1990); e e) o reconhecimento, às pessoas com deficiência, do direito de gozar do estado de saúde mais elevado possível e adoção de medidas pelos Estados Partes (art. 25, da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2007, promulgada no Brasil pelo Decreto 6.949/2009).

Nesse panorama de reconhecimento internacional, o direito à saúde tem notória identificação como direito humano, fundamental e social, indispensável também para o exercício dos demais direitos humanos.

Direito humano, pois tutelado explicitamente no plano internacional, e fundamental, por possuir a natureza de direito básico e essencial, basilar à proteção dos valores da liberdade, da igualdade e da dignidade humana, de forma a garantir maior grau de proteção e efetivação, e, por isso mesmo, previsto em normas constitucionais.

No histórico evolutivo da ordem constitucional pátria, os elementos e a natureza jurídica do direito à saúde, até a Constituição de 1988, destoavam do cenário internacional mais promissor.

As Cartas Políticas de 1824 e 1891 não estabeleceram ou trataram do direito à saúde, apesar do cenário caótico que evidenciava, naquele momento, significativos problemas a serem enfrentados na seara sanitária.

A Constituição de 1934 fazia, de forma mínima, uma referência à distribuição de competências legislativa e administrativa no âmbito sanitário, estabelecendo, como competência concorrente da União e dos Estados, a necessidade de “cuidar da saúde e assistências públicas” (art. 10, inciso II), e que a legislação do trabalho observasse preceitos como assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante (art. 121, § 1º, alínea “h”).

A Carta Política de 1937 não tinha abordagem específica e aprofundada do direito à saúde, apenas indicando a competência privativa da União para legislar sobre normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança (art. 16, inciso XXVII).

Da mesma forma, a Constituição de 1946 atribuía à União a competência para legislar sobre normas gerais de defesa e proteção da saúde (art. 5º, inciso XV, alínea “b”) e sobre trabalho e previdência social, obedecendo preceitos como assistência sanitária, incluindo hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante (art. 157, inciso XIV).

Apesar das já existentes Declaração Universal de Direitos Humanos e Constituição da Organização Mundial da Saúde, a Constituição de 1967 apenas indicava a competência da União para estabelecer planos nacionais de saúde e legislar sobre normas gerais de defesa e proteção sanitária (art. 8º, incisos XIV e XVII, alínea “c”), o que foi mantido na Emenda Constitucional 1/1969.

Somente com a Constituição de 1988 é que o direito à saúde tem amparo alinhado aos instrumentos internacionais, sendo consagrado como um direito social (art. 6º), no âmbito dos direitos e garantias fundamentais e em um ambiente de acolhimento da ideia da universalidade dos direitos humanos, compondo um conjunto amplo com outros direitos sociais, incluindo a educação, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência social.

Nessa nova ordem jurídica constitucional, conformadora do plano internacional, o direito à saúde é afirmado como direito humano, fundamental e social, positivado como direito de todos e dever do Estado, que deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas, que lhe promova, proteja e recupere (art. 196).

É a indicação dos sujeitos ativo e passivo que permeiam o direito e a afirmação clara de que políticas públicas são instrumentos cruciais de concretização voltados aos aspectos de promoção, proteção e recuperação.

Além disso, no viés de definição constitucional ampla do direito à saúde, evidencia-se uma conexão e interdependência com outros bens jurídicos igualmente fundamentais, o que se percebe por uma análise sistemática de outras disposições normativas no texto da Constituição Federal.

Nesse aspecto de interdependência, deve-se enfatizar o direito à vida como valor supremo intimamente ligado ao direito à saúde, pois são bens jurídicos essenciais à existência humana, sendo que, o direito à saúde, na qualidade de direito fundamental, incluído na mesma categoria jurídica do direito à vida, constitui pressuposto desta e sobressai como um direito irrenunciável e indisponível.¹⁰

¹⁰ ESQUIVEL, Carla Liliane Waldow; RAMOS, João Gualberto Garcez. *O direito à saúde como direito humano fundamental: breves considerações a respeito do seu formato legal à sua eficácia social*. Ciências Sociais Aplicadas em Revista – UNIOESTE-PR, v. 15, n. 28, 1º sem. 2015 (p. 9-40), p. 15. Disponível em <<https://e->

Sendo um dos chamados direitos sociais, emanado de um vigente Estado Democrático de Direito, o direito à saúde relaciona-se inevitavelmente com a satisfação das necessidades mínimas para que se tenha dignidade e sentido na vida humana, o que demanda do Estado fazer-se presente por meio de prestações públicas que visem a superar as carências individuais e sociais.¹¹

No âmbito da teoria dimensional, o direito à saúde integra a segunda dimensão, conformadora dos “direitos econômicos, sociais e culturais”, prestigiando a “igualdade material”, e complementando, de forma una e indivisível, os direitos civis e políticos, alocados na primeira dimensão, referente à “liberdade”.

Tratando da importância dos direitos de segunda dimensão, Azevedo Neto defende que são os direitos “que mais se coadunam com a ideia de direitos humanos e fundamentais, já que realizadores dos ideais de dignidade, igualdade e, ainda, de liberdade fática, ou seja, objetivam a verdadeira emancipação humana”¹².

Como direito fundamental, o direito social à saúde, ambientado em um *status* dimensional voltado principalmente para dignidade e igualdade material, deve ser compreendido em uma proposição jurídico-classificatória, de forma a balizar a prospecção de sua efetividade.

Nesse trilha, uma adequada sistematização da natureza jurídica do direito social à saúde por certo permite avançar na compreensão de sua amplitude e limites, de forma a propiciar a confecção de instrumentos ou parâmetros objetivos que permitam uma aproximação de sua normatividade ao conteúdo material.

A partir da multifuncionalidade dos direitos fundamentais proposta na teoria de Georg Jellinek, em que a vinculação do indivíduo ou sua qualificação em relação ao Estado deve ser refletida em quatro *status* ou posições jurídicas (passivo, negativo, positivo e ativo), oportuno enfatizar a importante lição de que o direito à saúde é direito público subjetivo, ou seja, um direito individual que vincula o Estado.

A despeito das críticas à teoria classificatória de Jellinek, principalmente por não contemplar a possibilidade de reconhecimento da titularidade coletiva de direitos fundamentais (direitos coletivos tradicionais e direitos difusos), certo é que se trata de teoria atual, que, em suma, propõe distinguir entre direitos que implicam ação e aqueles que exigem uma abstenção

revista.unioeste.br/index.php/csaemrevista/article/view/15308/10385>. Acesso em 10/09/2021.

¹¹ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 139.

¹² AZEVEDO NETO, Platon Teixeira. *A justiciabilidade dos direitos sociais nas cortes internacionais de justiça*. São Paulo: LTr, 2017, p. 52.

ou omissão.

Do lado ativo, há o poder de ação do indivíduo com base em direitos políticos e o dever de ação estatal expresso nos direitos sociais prestacionais; e do lado passivo, os deveres de abstenção incluindo a proibição de intervenção estatal em direitos de resistência e a proibição de o indivíduo resistir ao exercício do poder estatal quando ele não tiver o direito fundamental.¹³

Tão importante é a teoria multifuncional de Jellinek, que Alexy nela se inspirou para afirmar que cada direito fundamental encarta variadas possibilidades de eficácia jurídica, ou feixes de posições jusfundamentais, em que uma mesma disposição normativa pode implicar em diferentes normas, com estrutura deôntica de defesa ou de direito à prestação, de acordo com os casos concretos apreciados.¹⁴

São normas diversas que investem seu titular em uma gama de posições jusfundamentais, de modo que ele pode assumir uma posição para exigir uma determinada abstenção do Estado, ou seja, a não interferência na sua situação jurídica, ou uma determinada prestação, no sentido de o Estado fornecer condições materiais concretas para que o direito em questão seja exercido.

São dois *status*, lados ou naturezas jurídicas plenamente aplicáveis ao direito à saúde, por se tratar de bem jurídico ou direito fundamental a ser protegido não só por atributos de defesa, mas também por prestações voltadas à materialização. Há, então, uma interconexão permanente entre os aspectos de abstenção estatal (não interferência na situação jurídica) e prestação (fornecimento estatal por meio de condições materiais).

É concepção multifuncional defendida por Miranda, observando que um mesmo direito pode implicar em várias “ações” para o seu titular, pois, mesmo os direitos de liberdade possuem um conteúdo positivo na medida em que demandam uma tutela jurisdicional que lhes proporcione efetividade, seja para possibilitar seu exercício, seja para coibir ameaças, restrições e limitações por parte dos poderes públicos e outros particulares (direitos prestacional e à proteção).¹⁵

Inovando no tema, Pivetta leciona que a multifuncionalidade não se restringe à garantia de posições jurídicas subjetivas, possuindo os direitos fundamentais também uma dimensão de eficácia objetiva (deveres de respeito, de proteção e de promoção).¹⁶

¹³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, p. 65-68.

¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva (5ª edição alemã). São Paulo: Malheiros, 2008.

¹⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p. 661-665.

¹⁶ PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial*.

Sobre a perspectiva objetiva, Olsen destaca que não é uma contrapartida automática da perspectiva subjetiva, mas uma nova função autônoma das normas de direitos fundamentais, “segundo a qual elas transcendem sua perspectiva subjetiva gerando efeitos para todo o ordenamento jurídico a partir do desencadeamento de novos significados normativos”.¹⁷

Tem-se a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, enquanto reforço da dimensão subjetiva e basilar da natureza substancialista da Constituição Federal, como “salvaguarda das múltiplas possibilidades de compatibilização das potencialidades normativas dos direitos fundamentais tal como reconhecidos hoje em dia, tendo a dignidade como seu ponto central”. E, objetivamente considerados, esses direitos e seus valores são levados em conta no processo de interpretação jurídica e concretização da Constituição.¹⁸

Diante da moderna e atual concepção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, ainda no âmbito da vigente multifuncionalidade, é de se concordar que ao direito à saúde se aplica não somente deveres subjetivos de defesa e prestação, mas também deveres objetivos de respeito, proteção e promoção.

Abordando aspectos afetos ao caráter multifuncional, Sarlet, em estudo doutrinário para uma teoria geral dos direitos fundamentais, reafirma, para os direitos sociais, neles incluso o direito à saúde, os atributos de direitos de defesa, direitos a prestações e direitos à proteção.

Propõe o autor que, a concepção dos direitos fundamentais como direitos de defesa visa a proteger o indivíduo contra interferências indevidas do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade, em uma vedação relativa, pois apenas a ingerência que não esteja em conformidade com a Constituição irá caracterizar uma efetiva agressão.¹⁹

Por esse viés, é de se afirmar que, assim como os direitos preponderantemente negativos possuem uma repercussão prestacional, os direitos essencialmente prestacionais, como no caso do direito social à saúde, possuem uma dimensão negativa, ou seja, um direito subjetivo de impugnação de atos que lhes sejam ofensivos, em complemento à dimensão positiva.

A partir disso, entende-se que o Estado, mesmo quando não realiza prestações sanitárias que alcancem os indivíduos, ao menos deverá se abster (direito de defesa) de intervir arbitrariamente sobre as suas escolhas e defendê-los, em um cenário amplo e coletivo, de riscos à sua saúde física e mental.

São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 36-37.

¹⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. 2ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2018, p. 106.

¹⁸ GIUDICELLI, Gustavo Barbosa. *Dimensão objetiva dos direitos fundamentais: parâmetros hermenêuticos e controle de políticas públicas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 242-245.

¹⁹ SARLET, op. cit. (e-book).

Enquanto direito de defesa, o direito social à saúde implica em uma posição de respeito e abstenção estatal, e como direito a prestações, em uma postura ativa, de forma a colocar à disposição dos indivíduos meios materiais e condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício da liberdade fundamental e igualdade material.

Pela doutrina de Sarlet, a função prestacional pode ser dividida em direitos a prestações em sentido amplo, que compreende os direitos de proteção e os direitos do indivíduo à participação na organização e procedimento implementados pelo Estado, e direitos a prestações em sentido estrito, que abrange os direitos a prestações materiais sociais.²⁰

Com amparo nessa linha classificatória, o direito fundamental social à saúde é, em sua essência, direito a prestações em sentido estrito, de forma a compensar desigualdades sociais e concretizar o exercício de uma liberdade e igualdade real efetiva, pressupondo uma postura ativa do Estado, que evolui da mera instalação de aspectos normativos para prestações fáticas (materiais).

É nessa delimitação de direito a prestações em sentido estrito que se quer invocar as políticas públicas sociais como instrumento norteador de prestações fáticas no âmbito da atuação estatal, não somente a nível de criação e execução, mas que sejam envolvidos também aspectos de avaliação e controle das metas planejadas nessas políticas, almejando a concretização no maior grau possível do direito social à saúde.

Quanto aos direitos à proteção, neles incluso o direito à saúde, decorrem do dever geral de efetivação dos direitos fundamentais, pois compete ao Estado zelar, inclusive em caráter preventivo com base em medidas de efetividade, pela guarda desses direitos, inclusive enfrentando ingerências indevidas e agressões provindas de particulares e de outros Estados.

Ao invocar tal classificação para os direitos sociais, Sarlet afirma que os direitos de proteção, inclusa a prevenção, reivindicam do Estado e de toda a sociedade, com base na solidariedade social, uma postura atuante contra riscos de lesão à dignidade e vida humanas. Para isso, deve haver uma metódica diferenciada e integrada, que demanda prestações fáticas e normativas, levando em conta o rol diferenciado de funções dos direitos fundamentais.²¹

Seja como direito à defesa, direito a prestações positivas ou direito à proteção, o direito fundamental social à saúde emana principalmente das mazelas sociais e econômicas, em um contexto histórico-evolutivo que evidencia uma busca permanente e gradativa pela consagração formal de liberdade e igualdade material, tendo como provedor principal o Estado e seu necessário comportamento ativo na realização da justiça social.

²⁰ SARLET, op. cit. (e-book).

²¹ Ibidem.

Válido reafirmar a dimensão positiva do direito à saúde, pois para além de somente evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, deve-se principalmente propiciar um “direito de participar do bem-estar social”.

Para além da atuação estatal firmada na abstenção, na prestação material e na proteção, à guisa dos tão almejados bem-estar e justiça social, não é menos importante a abordagem da “não discriminação” afeta ao implemento e exercício do direito social à saúde.

Pelas lições de Clève, às funções de defesa e prestacional deve-se acrescentar a função de “não discriminação”, com intuito de vedar a adoção de medidas discriminatórias sem justificação em face dos cidadãos, para assegurar a igualdade e a universalidade no acesso aos bens e serviços prestados pelo Estado.²²

Além, disso como se verá mais adiante, o aspecto econômico é característica marcante dos direitos sociais, do que não escapa o direito à saúde, pois, a partir do princípio da proteção, cada indivíduo tem direito à vida digna por meio do acesso a bens de natureza econômica, social e cultural, o que implica na necessidade de dispêndio de recursos, pelos indivíduos e principalmente pelo Estado.

Ainda que com uma natureza essencialmente prestacional, complementar ao *status* de defesa e reforçada pela dimensão objetiva protetiva, o direito à saúde, como direito universal, na medida em que se destina a todo e qualquer ser humano, com previsão expressa na Carta Constitucional vigente, estabelecido como fundamental e social, ainda enfrenta muitos obstáculos para sua concretização.

Como defendido, trata-se de direito humano, fundamental e social que, em países como o Brasil, permanece à margem de um modelo distanciado da realidade social, sendo constantemente violado sob as mais diversas formas.

Para Dal Bosco, as diferentes afrontas ao direito à saúde, ainda que em um modelo constitucional protetivo, representa uma espera surda e de poucas perspectivas de que o Estado seja capaz de modificar.²³

Diante de uma previsão constitucional expressa, que não tem sido suficiente para concretização plena do direito à saúde, há de se cogitar elementos direcionadores como o garantismo, com fundamento no pressuposto da centralidade da pessoa humana, funcionando

²² CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O Desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais*. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional (Anais do IV Simpósio Nacional de Direito Constitucional), Curitiba, 2003, p. 290-300, apud SARLET, op. cit. (e-book).

²³ DAL BOSCO, Maria Goretti. *Direitos fundamentais sociais: o direito à saúde no Brasil e nos países do Leste Europeu, segundo a perspectiva garantista de Ferrajoli*. Ciências Sociais Aplicadas em Revista, Marechal Cândido Rondon, v. 10, n. 19, p. 9-22, 2º sem. 2010, p. 10. Disponível em <<https://e-revista.unioeste.br/index.php/csaemrevista/article/view/6707/5026>>. Acesso em 15/09/2021.

como um sistema de garantias amparado na própria Constituição e se apresentando como instrumento limitador dos poderes estatais.

Pelo garantismo, os poderes públicos e privados ficam ‘funcionalizados’ aos direitos individuais e coletivos, não o seu contrário. E, assim, direitos como o direito à saúde, tratado como direito de subsistência, devem depender, para muito além da previsão constitucional, da definição e da implementação de políticas públicas capazes de assegurar a sua efetividade.²⁴

É a busca por assegurar, efetivamente, considerando a universalização dos riscos à saúde, níveis mínimos de igualdade e de subsistência financiados por recursos estatais, por se tratar de direito essencial que compõe um conjunto de direitos supraestatais, impondo-se obrigações protetivas, inclusive em nível internacional.²⁵

Nisso, as políticas públicas são, em sua essência, instrumentos tendentes a assegurar efetividade e atender tais obrigações protetivas pertinentes ao direito à saúde, que, como direito de subsistência, é indispensável a uma vida digna e para o bem-estar, não impondo apenas deveres estatais negativos, mas invocando prestações fáticas de promoção efetiva, o que suscita aspectos permanentes de controle.

Quanto aos fundamentos que dão base ao necessário controle de políticas públicas, além dos instrumentos aptos a contribuir para a efetividade do direito fundamental social à saúde, serão abordados oportunamente em tópicos específicos.

2.2 Definição de “efetividade” do direito fundamental social à saúde

Diante do marcante e inafastável *status* do direito à saúde como humano, fundamental e social, no âmbito de um caráter dualista que o traduz como direito subjetivo do indivíduo e elemento essencial de uma ordem objetiva da coletividade, o enfrentamento prático de seu reconhecimento implica uma problemática a ser priorizada, na busca da tão almejada efetividade.

Para além da normatividade internacional e constitucional, à abstenção estatal de não afrontar os ditames do direito à saúde deve-se somar uma atuação positiva prestacional, voltada à efetivação ou disponibilização de fato de tal direito aos sujeitos detentores da expectativa de seus benefícios.

²⁴ DAL BOSCO, op. cit., p. 16-18.

²⁵ KÖLLING, Gabrielle; MASSAÚ, Guilherme Camargo. *Cidadania supranacional e o direito à saúde*. Ciências Sociais Aplicadas em Revista, UNIOESTE-PR, v. 10, n. 19, p. 37-60, 2º sem. 2010, p. 39. Disponível em <<https://saber.unioeste.br/index.php/csaemrevista/article/view/6586/5028>>. Acesso em 20/09/2021.

Como espécie da categoria de direitos fundamentais a prestações, o direito à saúde permite ao indivíduo uma posição jurídica que o habilita a exigir do Estado, para além da atuação negativa, uma postura ativa no sentido de colocar à disposição prestações de natureza normativa ou material, que possam implementar as condições fáticas, e pressupostos que permitam o efetivo exercício das liberdades fundamentais.²⁶

Em se tratando de estabelecer um referencial conceitual, a proposição de definir o que seja “efetividade” do direito fundamental social à saúde atrai para si a necessária diferenciação dos enfoques decorrentes do termo “eficácia”, em um ambiente normativo e constitucional, de alcance jurídico e social.

De pronto, pode-se dizer que “efetividade” tem relação e é espécie do gênero “eficácia”, pois é menos amplo e mais direcionado, conforme se pretende para a temática a ser investigada, apesar de serem termos comumente confundidos.

E, para a compreensão do que seja “efetividade”, necessário estabelecer inicialmente o enfoque conceitual específico de “eficácia jurídica”, também espécie do gênero “eficácia”.

A eficácia jurídica consiste na qualidade ou aptidão da norma (constitucional ou infra) existir e produzir efeitos jurídicos, depois de sua promulgação e publicação, passando a ter observância obrigatória, com aplicação invocada perante a autoridade competente.²⁷

Então, no seu viés jurídico, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou exequibilidade da norma, que produzirá efeitos em maior ou menor grau, ao regular as situações, relações e comportamentos nela indicados. Significa uma possibilidade de aplicação jurídica, e não efetividade.²⁸

Por outro lado, a efetividade significa invocar a concretização dos efeitos jurídicos das normas no universo dos fatos (plano fático), em um espectro de realização social ou concretização do Direito, por isso mesmo também denominada “eficácia social”.

Para Sarlet, “a eficácia social (ou efetividade) pode ser considerada como englobando tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma (juridicamente eficaz), quanto o resultado concreto decorrente – ou não – desta aplicação”²⁹.

²⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 260.

²⁷ LEITE, George Salomão. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2020, p. 23. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/570639/Eficacia_aplicabilidade_normas_constitucionais.pdf>. Acesso em 19/07/2022.

²⁸ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 66.

²⁹ SARLET, op. cit. (e-book).

A eficácia das normas traduz, então, os enfoques dados pela eficácia jurídica e pela eficácia social.

Ferraz Junior estabelece esse caráter dualista da eficácia, definindo-a como uma qualidade das normas quanto à possibilidade de produção concreta de efeitos, quando presentes as condições fáticas exigíveis para sua observância ou para a satisfação dos objetivos visados (a significar efetividade ou eficácia social), ou quando presentes as condições técnico-normativas exigíveis para sua aplicação (que representam a eficácia técnica ou jurídica).³⁰

Apropriando-se da referência conceitual proposta por Reale, pode-se dizer que a eficácia social da norma diz respeito ao cumprimento efetivo do Direito por parte de uma sociedade, ou seja, ao reconhecimento do Direito pela comunidade ou, mais especificamente, aos efeitos que uma regra opera por meio do seu cumprimento.³¹

A eficácia jurídica é um pressuposto da eficácia social, observando-se uma íntima vinculação entre elas, pois apenas uma norma dotada de condições técnico-normativas exigíveis no plano jurídico pode vir a ter efetividade no plano fático. Todavia, ainda que uma norma com eficácia jurídica seja sempre aplicável, se não for aplicada em concreto não se pode falar em alcance da eficácia social (ou efetividade).

Uma norma constitucional ou legal de direito à saúde pode ser eficaz juridicamente, por ter observado todas as regras formais para sua produção e exteriorização, mas inefetiva ou ineficaz no plano social, se não surtir os efeitos desejados no ambiente do contexto fático.

Enquanto a eficácia jurídica permeia o campo da aplicabilidade da norma, a eficácia social (efetividade) traduz a concreta aplicação de seus efeitos juridicamente eficaz, em uma estreita relação com a sua função social e a realização do Direito.

É dizer que não basta a criação e a positividade normativa dos direitos sociais, sendo necessária sua vigência concreta, ou seja, uma eficácia que caminhe para a materialização do Direito ou o desempenho concreto de sua função social, representando a concretização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simbolizando a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o “dever-ser” normativo e o “ser” da realidade social.³²

Para Bittar, a eficácia é o traço da norma que mais a aproxima da realidade social, funcionando como verdadeiro termômetro das regras jurídicas e servindo como um determinante espaço da produção prática do Direito, “pois se trata de investigar as condições

³⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 171.

³¹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 23ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 135.

³² BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 82-83.

com as quais o Direito se realiza, faz acontecer, se projeta socialmente, determinando condutas e criando formas de agir social”.³³

O autor, ao alertar para a questão da ineficácia do sistema jurídico como um todo, apontando relevantes elementos como inaccessão e sonegação de direitos mínimos, impedimentos à cidadania e déficits democráticos, enfatiza a importância da eficácia sustentando que ela passa por uma crise que compromete a própria existência do contrato social, “na medida em que a ausência ou inoperância prática das instituições conduz a um profundo abismo entre a legalidade e a facticidade das regras jurídicas”, havendo um divórcio muito amplo entre as dimensões do normativo e do social, ou, numa linguagem kelseniana, entre as instâncias do ser e do dever-ser.³⁴

Tematizar essa crise de eficácia é verificar os modos em que o sistema jurídico está sendo incapaz de responder às necessidades sociais e o quanto o seu comprometimento é representativo e significativo no contexto da pós-modernidade. É enfrentar o problema da demasiada valorização da validade formal e compreensão científica do Direito, em que a dimensão eficaz perde sentido diante do império normativo do sistema, evidenciando ameaças e riscos de inoperância prática capazes de colocar o projeto do Estado de Direito em absoluto desuso.³⁵

Nesse cenário perspectivo de necessária aproximação entre normas e materialização social, destaque-se uma fundamentalidade das normas de direitos fundamentais no sentido formal, que decorre de sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, vinculando diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Poder Judiciário; e no sentido substancial ou material, porque com os direitos fundamentais “são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade”³⁶.

Percebe-se, então, que intrínseca à noção de direitos fundamentais está a característica da fundamentalidade, que indica uma proteção desses direitos nos sentidos formal e material.

A fundamentalidade formal, a significar, em três vieses, uma relação com o Direito Constitucional positivo, evidenciando aspectos como a natureza supralegal desses direitos, vez que integrantes de uma Constituição escrita e situada no topo de todo o ordenamento jurídico; a configuração em cláusulas pétreas, que limitam mudanças de regras pelo poder constituinte

³³ BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na pós-modernidade*. 3ª ed. modificada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2014, p. 155 e 161-162.

³⁴ *Ibidem*, p. 154, 165 e 169.

³⁵ *Ibidem*, p. 165-166 e 168.

³⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 520-523.

derivado (art. 60); e a aplicabilidade direta e imediata (art. 5º, § 1º).

E, a fundamentalidade material, para alcançar direitos que não estão formalmente positivados no texto constitucional (art. 5º, § 2º), para que não sejam excluídos, frente ao regime e princípios adotados na ordem jurídica vigente, além do fundamento nos tratados internacionais incorporados pelo Direito Interno.

Tal materialidade tem tudo a ver com a busca da eficácia social, para contemplar direitos fundamentais fora do catálogo constitucional, visando a implementar direitos implícitos, a fim de não se correr o risco de deixar direitos desabrigados.

Quanto à previsão constitucional da aplicabilidade das normas de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º), Sarlet pontua que o Constituinte de 1988 considerou todos os direitos fundamentais como normas de aplicabilidade imediata, e, assim, em relação às normas constitucionais de direitos sociais, cuida-se, sem dúvida, de normas imediatamente aplicáveis e plenamente eficazes.³⁷

Ainda que tal concepção de aplicabilidade para as normas constitucionais dos direitos sociais não seja unânime na doutrina, caminho viável é afirmar que o princípio da efetividade, relativo à interpretação constitucional, sintetiza a ideia de que tais direitos devem ser interpretados em um sentido que lhes confira a maior eficácia social possível.

A partir disso, no processo de interpretação constitucional de tais normas, na hipótese de dúvida deve prevalecer a tese que dê a maior efetividade possível ao direito fundamental apreciado, ao mesmo tempo que se aplique uma interpretação que minimize a restrição a esse direito.

Sarlet enfatiza que todas as normas constitucionais sempre são dotadas de um mínimo de eficácia, incumbindo aos poderes públicos a tarefa e o dever de extrair das normas que consagram os direitos fundamentais a maior eficácia possível, por terem efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais.³⁸

Viável concordar, portanto, que essas normas devem ser compreendidas sob a égide de uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), ou seja, fator que estabelece aos órgãos estatais, incluindo administradores, legisladores e magistrados, a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais.

Além disso, a indicação constitucional de que a norma relativa a um direito fundamental possui aplicabilidade imediata deseja evidenciar sua força normativa, o que permite invocar como essencial a tarefa interpretativa dessa norma, que deve ser racional e razoável e não pode

³⁷ SARLET, op. cit. (e-book).

³⁸ Ibidem.

deixar de considerar os princípios que possam colidir com o direito em apreciação no caso concreto.

Para Hesse, essa tarefa de interpretação será adequada se conseguir concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.³⁹

Por esse viés doutrinário, o princípio da força normativa da Constituição dá base às interpretações que conferem aos direitos fundamentais sociais, diante das circunstâncias concretas, uma eficácia ótima.

O direito fundamental social à saúde deve fazer parte desse processo interpretativo com base na força da norma constitucional, demandando atuação estatal que maximize a eficácia dos seus resultados aos cidadãos.

E, para tal intuito, propõe-se que a abordagem específica sobre a definição de efetividade pertinente ao direito à saúde deve considerar sua natureza classificatória, de forma a superar obstáculos na busca pela maximização de suas normas no mundo dos fatos.

A partir do reconhecimento constitucional do direito à saúde como fundamental e social, e de sua essência como direito social prestacional, complementar à sua característica de direito de defesa, deve-se, então, compreender sua efetividade ou (eficácia social) tendo como referenciais a atuação estatal negativa, que deve evitar a adoção de atos ofensivos, e principalmente o foco em prestações materiais sanitárias destinadas às demandas individuais e coletivas.

Quando se prospecta o direito à saúde como fundamental, que implica em deveres de promoção e prestação pela administração pública, com fins de efetividade, importante reafirmar a sua dimensão objetiva, que se destina a compatibilizar as potencialidades normativas com princípios basilares como a dignidade da pessoa humana.

Como direito à prestação em sentido estrito, o direito fundamental social à saúde demanda instrumentos efetivos para o alcance de tal efetividade, e é nisso que se invoca as políticas públicas como instrumento condutor da materialização do “ser social” das normas constitucionais e legais afetas a ações e serviços de saúde.

Há de se acrescentar, às naturezas de defesa, prestacional e objetiva do direito à saúde, a sua índole de direito de proteção, o que implica ao Estado e à sociedade uma atuação conjunta, com fundamento na solidariedade social, para que somatizem caminhos de eficácia.

³⁹ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 23.

As políticas públicas, construídas com adequado planejamento e de forma solidária (com participação popular) sob a égide do princípio da eficiência, e os respectivos e necessários atos de controle e avaliação, podem significar um protagonismo para que prestações materiais, somadas a medidas de defesa e proteção, alcancem efetivamente os demandantes por ações, metas e serviços de saúde.

Quanto a possíveis argumentos defendendo a indeterminação do direito social à saúde, prejudicando seu conteúdo no sentido de buscar sua efetividade, devem ser refutados, pois além de disposições na própria Constituição que direcionam um melhor caminho, como a previsão das políticas públicas, há legislação infraconstitucional indicando muitas escolhas pertinentes a ações e serviços de saúde, com foco exatamente na eficácia social, o que será delineado em fundamentos mais à frente.

Necessário que se diga, falar em eficácia social do direito à saúde é suscitar impactos positivos e materiais nos âmbitos individual e coletivo. Ou seja, é prestigiar a microjustiça quando demandas individuais são atendidas na esfera administrativa ou judicial, e a macrojustiça, quando instrumentos de alcance amplo, a exemplo das políticas públicas, propiciem o atendimento às carências sanitárias de forma coletiva, incluindo grupos ou a sociedade como um todo.

A eficácia social do direito à saúde significa permitir o acesso individual a medicamentos, a atendimentos médicos emergenciais ou especializados e a tratamentos continuados, mas também a efetivação de ações e serviços de saúde como a vacinação em tempos de endemia e pandemia, de forma coletiva, que alcance grupos de risco ou toda a população.

Enfim, é de se ponderar que a proposição de instrumentos de efetividade do direito social à saúde, como as políticas públicas, deve lidar de forma madura e consistente com os fundamentos e as medidas que possam representar limitações e/ou retrocessos, a exemplo da indeterminabilidade do conteúdo constitucional do direito à saúde e da escassez de recursos públicos diante da reserva do financeiramente possível, conforme demonstrado no tópico 2.4.

2.3 Direito fundamental à saúde na ordem jurídica vigente

Até a Constituição de 1988, que alçou o direito à saúde à categoria de direito subjetivo público, com o reconhecimento de que o sujeito é detentor do direito que o Estado tem o dever de garantir por meio não só da abstenção, mas por prestações materiais, os textos constitucionais anteriores eram tímidos e superficiais quanto ao tema.

Pelo histórico constitucional brasileiro, antes da Carta de 1988, a referência à segurança individual, socorro público ou mesmo proteção, defesa e assistência sanitária, evidenciava um caráter abstencionista estatal, sem explicitar deveres prestacionais por meio de instrumentos como as políticas públicas.

Antes da vigente ordem constitucional, o direito à saúde não figurava como fundamental e social, não tendo uma previsão e definição constitucional explícita, ainda que tenha sido importante, a partir da Constituição de 1934, o estabelecimento da competência quanto à legislação que abarcasse cuidados com a saúde, assistência pública e normas trabalhistas sanitárias.

Aspecto paradigmático, que caracteriza linha divisória no ordenamento jurídico nacional, é a previsão na Constituição Cidadã de 1988 do direito à saúde no rol de direitos fundamentais sociais (art. 6º).⁴⁰

Da mesma forma, no âmbito da legislação infraconstitucional, a Lei 8.080/1990, que dispõe sobre condições de promoção, proteção, recuperação, organização e funcionamento de serviços sanitários, estabelece a saúde como um direito fundamental do ser humano e condições indispensáveis ao seu pleno exercício que devem ser providas pelo Estado (art. 2º, *caput*).

A previsão do direito à saúde no Direito Interno como humano e fundamental tem amparo e referência em um rol de garantias essenciais de organismos internacionais, a exemplo da Constituição da Organização Mundial da Saúde, em que é estabelecido como direito essencial para o bem-estar do homem, ganhando um caráter de princípio jurídico e com significado ampliado de felicidade, de relações harmoniosas e de segurança de todos os povos, e, da mesma forma, como um direito social se inspira em atos internacionais como o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)⁴¹, promulgado no Brasil pelo Decreto 591/1992.

Para além da previsão constitucional que estabelece o direito à saúde como fundamental e social, constam outros dispositivos que esclarecem um pouco mais seu alcance e lhe atribui, em complemento ao caráter defensivo ou de abstenção (oposição à intervenção estatal indevida e proibição de resistência do indivíduo), a índole prestacional a ser implementada pelo Estado Brasileiro.

⁴⁰ Conforme a CF/1988, art. 6º, a saúde compõe um grupo de bens jurídicos previstos como direitos sociais, que inclui a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. É o Capítulo II (Dos Direitos Sociais) do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) da Constituição.

⁴¹ Pelo art. 12, item 1, do PIDESC, os Estados Partes do Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.

Como um bem jurídico a compor um mínimo existencial⁴², a saúde faz parte das necessidades vitais básicas do trabalhador urbano ou rural e das de sua família, a serem atendidas por um salário-mínimo fixado em lei e nacionalmente unificado (art. 7º, inciso IV).

Significa valorar, em termos monetários, o mínimo para que o trabalhador possa satisfazer suas necessidades essenciais, no que se insere a saúde e outros direitos sociais, não isentando o Estado do provimento sanitário por meio de prestações materiais em um sistema de saúde público, universal e gratuito.

A ordem constitucional define a saúde como direito de todos e dever do Estado, que deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas visando à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196).

Trata-se de conceito jurídico de saúde com amplitude que vai além de um código binário entre saúde e doença, com alcance abstrato de uma condição de bem-estar individual e coletivo do homem em seu contexto social.⁴³

Além disso, a necessidade de uma interpretação ampliada do conceito do direito à saúde deve considerar sua garantia a partir de outras medidas sociais que melhorem a qualidade de vida das pessoas, a exemplo do saneamento básico, alimentação, lazer etc.

A disposição normativa constitucional ao indicar a saúde como “direito de todos” revela a sua natureza de direito subjetivo público, e, como “dever do Estado”, assegura a necessária atuação estatal por meio da abstenção e principalmente com a efetivação de prestações materiais.

Essa atuação deve ocorrer essencialmente por meio de políticas públicas (gênero), sociais e econômicas (espécies), instrumentos que, com base principalmente no dever constitucional de eficiência, devem ser minimamente suficientes para permitir a redução de riscos de doenças e agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, de forma a propiciar promoção, proteção e recuperação do direito à saúde.

Conforme a Lei 8.080/1990, o dever do Estado em prover condições de garantia indispensáveis ao pleno exercício do direito à saúde deve ser cumprido por meio da formulação e execução de políticas econômicas e sociais (art. 2º, § 1º).

⁴² Na doutrina de Sarlet, o mínimo existencial perfaz todos os requisitos necessários à plenitude humana ou desenvolvimento de todas as capacidades de forma plena, abrangendo uma garantia da sobrevivência física, que diz respeito a um mínimo vital (mínimo existencial fisiológico), o que inclui o direito à saúde, e um mínimo existencial sociocultural, o que alcança o direito à educação e, em certa medida, o próprio acesso a bens culturais (In: SARLET, op. cit., e-book).

⁴³ CASTRO, Vinicius. *Constitucionalismo e direito à saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 45.

Enquanto os atributos da promoção e recuperação são referenciados pela ordem constitucional como forma de prestação de assistência à saúde pelo Estado, o que exige condutas comissivas por meio de políticas de intervenção, a proteção implica em garantias omissivas de resguardo da liberdade pessoal, não se admitindo intervenções estatais indevidas ou oportunamente incabíveis.

Vê-se que, com a Constituição Federal de 1988, o Estado, para além de uma posição meramente jurídico-subjetiva de reconhecimento aos cidadãos, está vinculado ao dever de implementar condições necessárias que garantam a satisfação do direito fundamental à saúde, no âmbito do fortalecimento de um denominado neoconstitucionalismo⁴⁴, que, dentre outros elementos, pretende reconhecer a normatividade dos princípios constitucionais.

É ambiente em que a estrutura administrativa estatal, sujeita à regulamentação constitucional e aos seus objetivos e direitos fundamentais, traduz uma evolução de “Administração Pública de agressão” para uma “Administração Pública de prestação”, obrigada a dar cumprimento aos comandos constitucionais, em que se restringe significativamente o âmbito da chamada “discricionariedade administrativa”.⁴⁵

Diante da ordem constitucional estabelecida, a saúde perfila-se como uma questão de cidadania e de justiça social, e muito mais do que um mero estado biológico, abarcando, de forma ampla e holística, condições sociais, econômicas, políticas e culturais, bem como valores

⁴⁴ No âmbito das lições conceituais e elementos da doutrina pátria, o neoconstitucionalismo propõe a adoção de um modelo prescritivo de Constituição como norma, indicando que o Direito é composto também por princípios, pela aplicação da ponderação ou balanceamento como técnica interpretativa e por dotar a jurisprudência de tarefa de integração e a Teoria do Direito de tarefa pragmática, em um novo ambiente que o juiz deve atuar de forma positiva e propositiva face à obsolescência do instrumental teórico juspositivista (In: DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2010, p. 78-79). Segundo Bonavides, com o neoconstitucionalismo há uma acentuação da hegemonia axiológica dos princípios, que passaram a ser considerados como “pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais” (In: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 264). Conforme Ávila, com o neoconstitucionalismo podem ser apontadas supostas mudanças fundamentais, ocorridas ou meramente desejadas, em maior ou menor intensidade: “princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da lei)” (In: ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009, p. 2. Disponível em <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595%3E.%20Acesso%20em:%2030%20jan.%202020>>. Acesso em 19/07/2022). Nesse cenário, Barroso informa que “o reconhecimento de normatividade aos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo”, propondo que os “princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios” (In: BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. Revista Quaestio Iuris. vol. 02, nº 01, Rio de Janeiro, 2006, p. 1-48, 2006, p. 9. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11641/9106>>. Acesso em 19/07/2022).

⁴⁵ PIVETTA, op. cit., p. 252.

individuais e coletivos destinados a viver com qualidade.

Há nisso uma evidente inter-relação entre a noção de saúde e uma vida digna, e, por isso mesmo, não ser possível desconectar a saúde de outros direitos fundamentais como a vida, o meio ambiente, a moradia, a integridade física, a propriedade, a seguridade social, a proteção ao trabalhador, ao consumidor, às crianças e aos adolescentes.

Por isso é que se deve conceber a saúde como bem jurídico de índole constitucional que detém um conceito difuso, abarcando fatores biológicos, genéticos, socioambientais, econômicos e culturais, que invoca responsabilidades estatais e de toda a sociedade, com o fim de traduzir o exercício de liberdades, igualdade de oportunidades, exercício da cidadania e garantia de dignidade.

Sobre as “ações e serviços” de saúde, indicadas no texto constitucional (art. 196), são de relevância pública, a serem fiscalizadas e controladas pelo Estado nos termos da lei, com a possibilidade de execução indireta por terceiros, pessoa física ou jurídica de direito privado, além da execução direta estatal (art. 197). Integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo o Sistema Único de Saúde (SUS), que é organizado de acordo com as diretrizes de descentralização, atendimento integral e participação da comunidade, e financiado com recursos do orçamento da seguridade social da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, além de outras fontes (art. 198, incisos I a III), com a possibilidade de participação complementar de instituições privadas (art. 199, § 1º).

As competências constitucionais do SUS incluem o controle e a fiscalização de procedimentos, produtos e substâncias afetas à saúde; a participação na produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; a execução de ações de vigilância sanitária e epidemiológica; a participação na formulação da política e execução de ações de saneamento básico; e o desenvolvimento científico e tecnológico (art. 200).

São competências especializadas e de alcance estrutural, que vão desde a concepção de políticas, passando pela atuação mais particular e direcionada no que tange a ações e serviços de saúde, até as atividades de controle e avaliação, além dos procedimentos de inovação quanto ao implemento de ações e produtos científicos e tecnológicos.

O SUS tem previsão e funcionamento estabelecidos na Lei 8.080/1990, em que se abordam objetivos, competência, atribuições, princípios, diretrizes, organização, direção, gestão e subsistemas (atendimento, internação domiciliar, acompanhamento de gestantes, assistência terapêutica e incorporação de tecnologia).

Há previsão de características marcantes quanto ao SUS, a serem evidenciadas de forma a melhor visualizar o direito fundamental à saúde na ordem jurídica pátria vigente.

É “único”, pois foram agregadas as atividades sanitaristas e assistencialistas. Em sua atuação, deve: a) atender a todos, o que independe de pagamento ou cobrança pelo atendimento; b) atuar de forma integral, adotando ações de prevenção e de tratamento para qualquer indivíduo e para a comunidade; c) ser descentralizado, priorizando o poder de decisão daqueles que estão mais próximo ao problema; d) ser racional, com oferta de ações e serviços de acordo com as necessidades; e) ser eficaz e eficiente, produzindo resultados positivos com base em técnicas adequadas, frente à realidade local e à disponibilidade de recursos, para eliminar desperdício e aplicar recursos públicos da melhor maneira possível; f) ser democrático, assegurando o direito de participação de todos os envolvidos com o sistema.⁴⁶

Quanto às competências dos entes federativos, a ordem constitucional prevê que: “cuidar da saúde” é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 23, inciso II); legislar sobre defesa da saúde é competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal (art. 24, inciso XII); os Municípios possuem competência (art. 30) para legislar sobre assuntos de interesse local (inciso I), suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (inciso II) e prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população (VII).

Para o exercício de tais competências, a ordem constitucional estabeleceu a possibilidade excepcional de vinculação de receita de impostos a ações e serviços de saúde (art. 167, inciso IV) e a aplicação anual mínima de receitas e transferências na saúde pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 198, § 2º, incisos I a III). E, demonstrando a importância e a priorização dessas ações e serviços, previu que a não aplicação mínima em saúde é motivo para intervenção da União nos Estados e Distrito Federal (art. 34, inciso VII, alínea “d”) e do Estado nos Municípios (art. 35, inciso III).

Para regulamentar o tema sobre os valores mínimos a serem aplicados pelos entes federativos, a Lei Complementar 141/2012, dentre outras providências, indica quais são as despesas consideradas como “ações e serviços de saúde” e aquelas que não se enquadram em tal conceito, com a finalidade evidente de nortear as ações estatais para o alcance das categorias constitucionais de promoção, proteção e recuperação da saúde.

⁴⁶ ACÚRCIO, Francisco de Assis. *Evolução histórica das políticas de saúde no Brasil*. In: Grupo Hospitalar Conceição – GHC. *Capacitação e atualização para o SUS*. 2ª ed. Porto Alegre: CIES, outubro de 2009 apud SOUSA, Simone Letícia Severo e. *Direito à saúde e políticas públicas: do ressarcimento entre os gestores públicos e privados da saúde*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 236-237.

Tem-se com a Lei Complementar 141/2012 importante referencial na delimitação e alcance não somente do conceito jurídico, mas também do caráter econômico do direito à saúde, de forma a propiciar elementos palpáveis para a composição das políticas públicas econômicas e sociais requeridas pelo legislador constitucional e o implemento que possa resultar em aspectos de concretização.

Conforme o texto constitucional, o direito à saúde, juntamente com os direitos à previdência e à assistência social, compõe a Seguridade Social, devendo ser assegurado por um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, com base nos objetivos de universalidade e diversidade da base de financiamento (art. 194, incisos I e VI).

A Seguridade Social é financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 195), evidenciando uma cooperação alicerçada no princípio da solidariedade, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, inciso I).

Pelo panorama constitucional e legal vigente, o direito humano à saúde é elevado e particularizado como fundamental e social, frente a um passado de exclusão e centralização em nível federal do sistema público de saúde.

Importante que se pondere, a concretude do direito constitucional à saúde, afirmada pelo art. 196, deve ser compreendida de forma integral, no sentido de que a parte inicial referente à “saúde como direito de todos e dever do Estado” deve ser complementada, sem concessões, pela segunda parte: “garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

É de se concordar, então, que a criação e implemento de políticas públicas é pressuposto notório e essencial para a efetividade do direito fundamental à saúde, idealizado pelo legislador constituinte originário.

A partir da compreensão social da saúde adotada pela Constituição (art. 196), com fundamento na noção de risco, em uma perspectiva epidemiológica a ser entendida não apenas como visão utilitarista do bem-estar, mas como risco de morbidade e mortalidade, tendo como foco o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde para sua promoção, proteção e recuperação, pretende-se uma orientação de políticas públicas que se volte para princípios universalistas e equânimes, a partir da ideia de responsabilidade estatal pela saúde que agregue a prestação de serviços públicos, a regulamentação, a fiscalização e o controle.⁴⁷

⁴⁷ BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco. *O direito à saúde na ordem constitucional brasileira*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais (Faculdade de Direito de Vitória – FDV), v. 14, n. 2, p. 71-100, jul./dez. 2013, p. 83-84.

Diante desse breve panorama, que seja enaltecido o direito à saúde como fundamental e social na ordem jurídica vigente, com natureza voltada à promoção do bem comum e à realização da justiça social, atrelado aos princípios da equidade e da universalidade de acesso, exigindo estratégias qualitativas e com visão ampla e coletiva para o efetivo enfrentamento dos problemas de concretização, definidas em políticas públicas que se aproximem de fato do “ser social” e sejam reconduzidas sempre que necessário a partir da avaliação e controle.

2.4 Argumentos de limitação e medidas retrocessivas à efetividade do direito à saúde

Ainda que reconhecidos, com normas de proteção e instigados ao avanço progressivo no Direito Internacional, e elevados ao patamar constitucional em muitos países como no Brasil, permanece o problema da efetividade dos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais, e nisso se insere o direito fundamental à saúde.

Tal cenário se dá ainda que a Constituição tenha estabelecido o direito à saúde como fundamental e social, que as respectivas normas definidoras de seu conteúdo tenham aplicação imediata (art. 5º, § 1º) e que haja disposição normativa, inclusive infraconstitucional, para sua promoção, proteção e recuperação, e necessidade de implemento de ações e serviços de saúde por intermédio de políticas públicas (art. 196).

Há de se concordar que a positivação constitucional do direito à saúde no Direito pátrio é processo ainda muito recente, que, por certo, demanda aprendizado e busca de caminhos para sua implementação no maior grau possível, frente a problemas de efetividade que devem ser enfrentados com racionalidade e superados, sejam eles com fundamento em argumentos jurídicos, políticos, econômicos e até ideológicos, ou materializados por medidas retrocessivas caracterizadas pela omissão e/ou supressão no âmbito da atuação principalmente dos poderes políticos (Poderes Executivo e Legislativo).

De forma recorrente, supõe-se uma indeterminabilidade ou mesmo um conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988, incluindo o direito à saúde, o que implicaria em uma dependência exclusiva de concretização legislativa, a tornar-se um fator restritivo de efetividade.

Conforme Sarlet, de fato essa indeterminabilidade existe e implica, diferentemente dos direitos de liberdade, em maior dificuldade para se constatar uma violação direta da norma constitucional, o que traz reflexo para o controle da legitimidade constitucional da atuação dos órgãos estatais frente às normas de direitos sociais, todavia, é situação que não pode servir de

barreira a impedir o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações.⁴⁸

Para Clève, ainda que os direitos sociais sejam dotados de certa indeterminabilidade ou baixa densidade normativa, em razão da forma como foram consagrados pelo legislador constituinte, eles encontram-se aptos à produção de efeitos jurídicos, mesmo que em um patamar mínimo.⁴⁹

No tocante ao direito fundamental à saúde, sua indeterminabilidade é comumente invocada principalmente a partir da previsão constitucional de que “a saúde é direito de todos” (art. 196), o que revelaria uma amplitude que dificulta estabelecer com precisão as posições jurídicas que podem ser extraídas de sua natureza como direito social.

De fato, é uma linguagem jurídica aberta, mas que não é diferente da regra percebida nos textos afetos ao próprio Direito, não podendo significar um distanciamento sumário e definitivo da materialidade do direito à saúde.

Com intuito claro de não dar vez à indeterminabilidade absoluta, o próprio texto constitucional, em outras disposições, prevê instrumentos de materialização do direito à saúde, que são complementados e melhor delineados na legislação infraconstitucional (*vide* Lei 8.080/1990 e Lei Complementar 141/2012), sendo protagonistas as políticas públicas econômicas e sociais e o Sistema Único de Saúde, de forma a dar concretude ao direito à saúde por meio de conteúdos que vinculam juridicamente o Estado e tendem a viabilizar uma imediata incorporação à esfera jurídico-subjetiva do cidadão.

As políticas públicas perfilam-se como elemento crucial para a materialização do direito social à saúde, se criadas e instrumentalizadas com alcance efetivo e voltado à realidade social. Trata-se da aplicação complementar e necessária entre norma e prática, a permitir o uso das palavras de Hesse, no sentido de que “Um ótimo desenvolvimento da força normativa da Constituição depende não apenas de seu conteúdo, mas também de sua *práxis*”⁵⁰.

Nessa busca da *práxis* que evidencie uma aplicação fática da norma constitucional, Pivetta reconhece a essencialidade da atividade legislativa infraconstitucional para aumentar a densidade normativa do direito à saúde, por contribuir para explicitar o conteúdo constitucional, conformar o direito e restringir os limites de sua aplicação, mas, destaca que a falta de rigorosa determinabilidade não significa que o direito se encontra à livre disposição do legislador, nem a relevância da atividade legislativa esvazia o conteúdo jusfundamental e a aplicabilidade

⁴⁸ SARLET, op. cit. (e-book).

⁴⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*, apud PIVETTA, op. cit., p. 62.

⁵⁰ HESSE, op. cit., p. 21.

imediate do direito à saúde.⁵¹

Por mais que a legislação complementar seja instrumento para propiciar caminhos de concretização ao direito fundamental à saúde, não se pode perpetuar a ideia de que o conteúdo constitucional, por ter um texto estabelecido como regra geral de conduta, não tem força normativa ou seja letra morta.

Ainda que não houvesse qualquer norma de regulação infraconstitucional, a Constituição dispõe de conteúdo apto à aplicação, de forma a garantir posição jurídico-subjetiva aos cidadãos. O seu texto não se limita a enumerar de forma genérica o direito à saúde como um direito fundamental social (art. 6º), mas o consagra expressamente como prestacional, lhe dando maior densidade em outros dispositivos.

Não seria nada prático e útil ficar aguardando a legislação conformadora, o que significaria valorizar por demais a aplicação das “escolhas trágicas”⁵², em que se adota a priorização de uns e a exclusão de muitos outros, frente à uma ordem constitucional que estabelece o direito à saúde como direito umbilicalmente ligado ao direito à vida (art. 5º, *caput*), com previsão explícita de necessário provimento por prestações materiais e diante de um cenário real de crescente avanço de mazelas sociais sanitárias, incluindo doenças e perdas de vidas humanas.

Isso não significa retirar a relevância da legislação infraconstitucional, até porque é instrumento imprescindível para definir, com maior precisão, a extensão e os limites das prestações destinadas à efetividade do direito à saúde. Ou seja, o texto constitucional evidencia elementos originários indicativos dos direitos a prestações, mas deixa em aberto para as normas complementares uma série de outras possibilidades, a exemplo de quais tratamentos médicos básicos devem ser abarcados em regulamento e quais medicamentos podem ser exigidos pelos cidadãos.

Quanto à redação normativa constitucional ter uma certa abertura, mesmo a legislação infraconstitucional deve ter tal perfil, o que é imposto pela própria natureza prestacional do

⁵¹ PIVETTA, op. cit., p. 58.

⁵² A expressão “escolhas trágicas” foi proposta em obra clássica de Calabresi e Bobbitt, em que expõem suas ideias em relação aos conflitos enfrentados pelas sociedades na alocação de recursos tragicamente escassos. Reconhecem que a escassez é um fato fundamental da existência, tratando de como as sociedades enfrentam as escolhas ao decidir como distribuirão seus recursos escassos. Essas escolhas são denominadas “trágicas” por implicarem grande sofrimento, morte e destruição. Para os autores, a escassez é, em geral, um fato da vida, “mas na situação trágica particular, escassez e sofrimento não são apenas impostos: a sociedade neles incorre por sua própria decisão ou, pelo menos, a sociedade finalmente as aceitará como ‘pertencendo propriamente à natureza das coisas’ (...)”. (CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic choices*. New York: W. W. Norton and Company, 1978, p. 22, apud GLOBEKNER, Osmir Antonio. *Racionalidade econômica, escolhas trágicas e o custo dos direitos no acesso à saúde*. Diké – Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC, v. 16, 2017, p. 128. Disponível em <<https://periodicos.uesc.br/index.php/dike/article/view/1564>>. Acesso em 03/02/2022.).

direito à saúde, tendo em vista a existência de variados fatores que devem ser considerados para o delineamento de seu conteúdo definitivo.⁵³

As normas regulamentadoras do direito à saúde não podem ser por demais restritivas ou delimitadas, por serem muitos e dinâmicos os fatores envolvidos, por vezes não identificáveis previamente, a exemplo de surtos pandêmicos e novas doenças que demandam vacinas e medicamentos ainda não existentes, além de avanços tecnológicos que representam tratamentos inovadores e eficientes, surtos epidêmicos locais que demandam reação estatal imediata e mazelas sociais a pleitear maior e melhor planejamento sanitário.

Todavia, essa necessária abertura da legislação complementar não pode fazer prosperar o reiterado fundamento de que há baixa densidade normativa no conteúdo constitucional do direito à saúde, que signifique baixo nível de vinculação jurídica. Isso porque o caráter principiológico da norma constitucional é condição para que sua concretização e proteção alcancem níveis de otimização e atendam ao mínimo existencial.

Outro argumento a ser rebatido é a alegação de que o direito à saúde está previsto em normas meramente programáticas, o que implicaria em não ser exigível de imediato, podendo ser realizado em um futuro incerto conforme conveniência e oportunidade no âmbito estatal. Trata-se de fundamento que afronta a própria natureza jurídico-constitucional do direito social à saúde, que inclui aspectos como proteção e prevenção.

Conceitualmente as normas constitucionais programáticas são entendidas como aquelas que não receberam do constituinte uma normatividade suficiente para serem aplicadas, sendo necessário que a produção ordinária complemente as matérias nelas traçadas.⁵⁴

No caso do direito social à saúde, pode-se afirmar que as respectivas disposições constitucionais detêm o caráter de suficiência para sua exigibilidade, não havendo que passar por adiamentos programáticos ou aguardar legislação para sua efetivação, ainda que se deva considerar a regulamentação de procedimentos como um caminho de viabilidade.

Ainda que em situações sanitárias específicas haja a necessidade de uma legislação integradora, o que irá demandar o respectivo processo legislativo, a norma constitucional não pode ser considerada, só por isso, programática.

No que diz respeito à previsão constitucional de políticas sociais para a proteção contra riscos e agravos à saúde, é norma referencial que não representa adiar para médio ou longo

⁵³ PIVETTA, op. cit., p. 58-59.

⁵⁴ BÜHRING, Marcia Andrea. *Direito social: proibição de retrocesso e dever de progressão*. Revista Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 41, n. 1, p. 56-73, jan./jun. 2015, p. 58. Disponível em <<https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/18175>>. Acesso em 15/02/2021.

prazo a efetivação prestacional do direito à saúde.

Na verdade, assim como os outros direitos sociais, o direito à saúde exige o alcance progressivo de sua efetividade, não significando estagnar em um marco inicial.

Destaque-se, no plano internacional, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em que se estabelece o compromisso dos Estados Partes em adotar providências a fim de se conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados (art. 26).

Ponderando tal disposição normativa internacional, Azevedo Neto alerta para que não haja equívoco de se achar que o termo “na medida dos recursos disponíveis” significa “nada será feito até existirem todos os recursos”. Ao contrário, “todos os recursos disponíveis, devem ser ofertados até que sejam esgotadas todas as possibilidades de se assegurarem, na plenitude, os direitos sociais”.⁵⁵

Trata-se da necessária maximização dos recursos públicos disponíveis na busca da efetividade dos direitos sociais de forma progressiva. A finitude de recursos não pode representar estagnação no trato desses direitos, mas, no máximo, priorizações com racionalidade.

No mesmo trilha, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, elencando uma série de direitos sociais, entre eles a saúde, prevê que cada Estado Parte deve se comprometer a adotar medidas, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no documento (art. 2º, item 1).

Outro fundamento de limitação da efetividade do direito social à saúde, ainda suscitado, e inaceitável no âmbito de uma teoria geral dos direitos sociais, é a defesa da priorização dos direitos de liberdade (civis e políticos) em detrimento dos direitos de igualdade material (sociais).

Argumentos para tal perspectiva se baseiam em aspecto ultrapassados como: os direitos sociais são vagos e os civis e políticos são mais precisos; os sociais são ideológicos e eivados de carga política, enquanto os civis e políticos não o são; direitos civis e políticos são verdadeiros e os sociais são meras aspirações.

Há realmente uma certa dificuldade para determinar o conteúdo dos direitos sociais, mas o mesmo acontece com os direitos de liberdade. Em relação à carga ideológica ou política, é

⁵⁵ AZEVEDO NETO, op. cit., p. 59.

uma característica marcante de quaisquer direitos humanos ou fundamentais, e, quanto à questão dos direitos sociais como meras aspirações, trata-se de viés apenas histórico, visto que os direitos civis e políticos receberam maior destaque no âmbito das cortes internacionais e nacionais, ao passo que os direitos de igualdade foram adiados.

Retirar efetividade do direito social à saúde, a partir da ideia de reconhecimento tardio em relação aos clássicos direitos civis e políticos, significa perpetuar argumento de cunho conservador e até com certa percepção ideológica de natureza política e jurídica.

Contrário à negação de efetividade aos direitos fundamentais sociais com base em uma separação ou ordem de priorização em relação a outros direitos ou dimensões, Carvalho, defendendo uma concepção contemporânea dos direitos humanos, entende que os direitos sociais e civis são concebidos como unidade indivisível, em que os valores da igualdade e liberdade se conjugam e se completam.⁵⁶

Na prática, a exigibilidade dos direitos sociais tem sido historicamente deixada para segundo plano frente a outros direitos, sobretudo civis, políticos e patrimoniais, no entanto, a não priorização de bens jurídicos como a saúde, que compõe a estrutura básica vital do ser humano, não sendo menos essencial que direitos como a proteção da propriedade, significa uma afronta à vigente ordem jurídica internacional e do Direito Interno.

Por esse direcionamento, não se pode falar em dicotomia ou dualismo absoluto entre os direitos de defesa e os direitos sociais prestacionais em nosso ordenamento constitucional, “no sentido de um antagonismo irreconciliável entre eles, já que ambos compartilham a mesma dignidade como direitos fundamentais, assumindo caráter nitidamente complementar, e não excludente”.⁵⁷

A dialética de mútua complementação entre direitos de liberdade (defesa) e direitos sociais (prestacionais) não implica em dialética de antagonismo, pois ambas as categorias de direitos fundamentais têm fundamento na concepção de que a dignidade da pessoa humana apenas se afirmará por meio da existência de maior liberdade e menos privilégios para todos.⁵⁸

Fundamento polêmico e limitador à efetividade do direito à saúde é o alto custo de suas prestações materiais, fazendo com que o Estado alegue uma reserva do economicamente ou financeiramente possível como obstáculo para não atender a necessidades sociais sanitárias.

⁵⁶ CARVALHO, Osvaldo Ferreira. *Direitos humanos sociais: dever estatal de promoção e garantia dos direitos sociais e sua concretização judicial*. Revista Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 38, n. 1, p. 77-90, jan./jun., 2012, p. 83- 84.

⁵⁷ SARLET, op. cit. (e-book).

⁵⁸ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991 apud SARLET, op. cit. (e-book).

Nas premissas teóricas básicas de Holmes e Sunstein, direitos de qualquer espécie custam dinheiro, e não podem ser protegidos nem garantidos sem financiamento e apoio públicos.⁵⁹

Assim, diante do inevitável custo com o implemento dos direitos sociais, sendo evidente o contexto de disputas alocativas por recursos públicos escassos ou limitados, em níveis orçamentário e financeiro, certo é que ainda não há uma atuação estatal efetiva, eficaz e eficiente que supere a contento tal limitação com racionalidade e razoabilidade, o que implica no adiamento e até não implemento de prestações materiais do direito à saúde, principalmente em tempos de agravamento de crise financeira e de queda da atividade econômica.

Pela concepção de que todos os direitos custam dinheiro, não se justifica que direitos como os civis e políticos tenham maior eficácia que os direitos sociais como a saúde, se também são custosos e demandam elevada quantidade de recursos públicos orçamentários e financeiros.

Os direitos sociais não são menos importantes que os direitos civis. Na verdade, a priorização e gastos com políticas de implemento de direitos sociais pode proporcionar resultados muito mais benéficos, por promoverem desenvolvimento e valores sociais, enquanto os civis e políticos buscam garantir, em regra, o *status quo*, sem colaborar, necessariamente, para o progresso social.⁶⁰

Não se pode também aceitar o argumento de que o direito à saúde, no rol dos direitos sociais, é mais custoso por possuir uma dimensão somente positiva, vez que detém também uma dimensão negativa, se apresentando como direito de defesa, e não somente passível de prestações materiais.

O que se pode cogitar, então, é que faltam melhores estratégias de eficácia, traduzidas em escolhas prioritárias racionais e não trágicas, com uso racional do dinheiro público e aplicação razoável no contexto fático.

Diante da real necessidade de custos para o implemento de políticas públicas de saúde, com impacto no uso de recursos orçamentários e financeiros disponíveis, o Estado deve adotar estratégias que prestigiem a racionalidade, o sopesamento de direitos e a priorização da coletividade, com a premissa de que, por não existirem direitos absolutos, podem ocorrer adiamentos ou priorizações oportunas, mas sempre prezando por um equilíbrio que traduz as proibições da não suficiência e do excesso.

⁵⁹ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos?* Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 11.

⁶⁰ AZEVEDO NETO, op. cit., p. 64.

Não é de bom alvitre confundir inexistência ou escassez de recursos públicos com a má escolha de prioridades na sua alocação.

As prioridades devem ser amparadas em uma aproximação entre Direito e Economia que almeje a racionalidade sob o prisma da eficiência, significando gastar o mínimo possível e obter o máximo resultado, de forma a fazer com que os recursos públicos, que são limitados, possam abarcar o maior número de requerimentos possíveis ou de prestações sociais.⁶¹

Defender o argumento de escassez de recursos como algo absoluto, para justificar a não observância da defesa e prestações materiais do direito à saúde, acaba de certa forma prejudicando, devido à integridade dos direitos humanos, todos os outros direitos sociais.

Somam-se negativamente aos argumentos limitadores de efetividade do direito social à saúde, medidas de ordem prática com o caráter retrocessivo no âmbito da administração pública, situação da qual advém a noção denominada pela doutrina como proibição (ou vedação) de retrocesso social.

Na prática, o legislador adota medida retrocessiva quando realiza emendas constitucionais ou reformas no plano legal que suprimem ou mitigam conteúdo constitucional valorativo de normas protetivas do direito à saúde.

Mas, não somente os legisladores podem atuar retroagindo na concepção e evolução do direito social à saúde, quando em negação ou supressão da essência das normas constitucionais ou da ordem jurídica infraconstitucional, mas também os Poderes Executivo e Judiciário.

Quando não criam ou executam políticas públicas de saúde de forma ineficiente, em que se afasta do núcleo essencial e da busca pela necessária eficácia social, os administradores atuam flagrantemente de forma retrocessiva.

No mesmo sentido, os magistrados, ao adotarem interpretações constitucional e legal que resultem em decisões negacionistas ou reducionistas do direito à saúde, atuarão em retrocessividade social.

Em sentido contrário, o Direito pátrio tem fortalecido cada vez mais a proibição de retrocesso social como instrumento de proteção da materialidade e da eficácia dos direitos fundamentais sociais, inspirando-se no Direito Comparado à guisa de países como Portugal, Alemanha e Itália, e amparado em normativos internacionais.

Nesse trilho, busca-se fundamento, por exemplo, na Declaração Universal dos Direitos dos Homens da ONU (1948), que estabelece aos Estados a interpretação de seu conteúdo no

⁶¹ TIMM, Luciano Benetti. *Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de Direito e Economia?* In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 51-52.

sentido de não exercerem qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado a destruir os direitos e liberdades previstos (art. 30).

Como indicado anteriormente, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece aos Estados Partes a adoção de medidas progressivas, inclusive legislativas, para o pleno exercício dos direitos ali reconhecidos (item 1, do artigo 2º). No mesmo caminho, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto San José da Costa Rica), ao dispor que os Estados-Partes se comprometem a adotar providências internas e de cooperação internacional para conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos decorrentes das normas econômicas, sociais e culturais constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, por via legislativa ou outros meios apropriados (art. 26).

Dessa aplicação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais, resulta as cláusulas de proibição de retrocesso social e de proibição da inação ou omissão estatal, “na medida em que é vedado aos Estados o retrocesso ou a inércia continuada no campo da implementação de direitos sociais”.⁶²

A não regressividade do direito social à saúde deve ser evocada e aplicada pelos entes federativos de forma complementar à obrigação de progressividade, o que implica no necessário implemento de políticas públicas de forma gradual e não retroativa, conforme a disponibilidade e maximização de recursos públicos, não sendo razoável o adiamento indefinido da execução de ações e metas de concretude.

Sarlet argumenta que o problema maior do Brasil é o de dar eficiência e eficácia ao dever de progressiva concretização dos objetivos e direitos sociais reconhecidos e assegurados constitucionalmente, do que propriamente o de coibir retrocessos, o que não afasta a necessidade de se levar muito a sério a proibição de retrocesso, para que o pouco já alcançado não esteja em risco. Nesse panorama, o dever de progressividade e a proibição de retrocesso constituem dimensões interligadas que reclamam uma produtiva e dinâmica compreensão e aplicação.⁶³

Além dessa interligação dimensional, a proibição de retrocesso social deve interagir com a proibição de proteção insuficiente ou deficiente, ou seja, além de ser vedado ao Estado implementar medidas que venham a resultar na supressão ou diminuição de prestações

⁶² PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 245.

⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais*. In: CANOTILHO, J. J.; CORREIA, Marcus Oriane Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (coordenadores). *Direitos fundamentais sociais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015 (e-book).

sanitárias, antes concretizadas em nível satisfatório ou correspondentes ao mínimo existencial, não pode atuar de forma omissa ou por meio de ações insuficientes frente à necessária efetivação do direito social à saúde.

Ainda que diante de um consenso doutrinário quanto à proteção contra o retrocesso social, não se pode perder de vista que a vedação de retrocesso não tem natureza absoluta.

Segundo Krell, a aplicação de uma proibição de retrocesso não significa vedar uma diminuição dos direitos sociais individuais, de forma a assegurar interesses públicos mais urgentes e relevantes, pois, do contrário, ocorreria uma proteção maior dos direitos sociais em relação aos direitos de liberdade ou aos direitos de defesa de um modo geral.⁶⁴

No caso do direito social à saúde, seria pensar na possibilidade de redução de direitos individuais menos prioritários e urgentes, para assegurar interesses sanitários coletivos ou referentes a um maior número de pessoas em vulnerabilidade, o que confere um caráter relativo à vedação de retrocesso.

Por isso, a ideia de não retrocesso não impede que o Estado promova reformas em suas políticas públicas sociais, que *prima facie* são regressivas, para realocar os recursos necessários à inclusão social de certos grupos em situação de maior vulnerabilidade, desde que demonstre à cidadania que as alterações pretendidas ao final implicarão em maior proteção.⁶⁵

Dessa forma, a proibição de retrocesso não impede a restrição no âmbito de proteção dos direitos sociais, desde que fundada em justificativas consistentes de porte constitucional por parte do Poder Público e que se demonstre a necessidade efetiva do ajuste e a ausência de meios alternativos menos gravosos, com proteção efetiva do núcleo essencial desses direitos e respeito ao princípio da universalidade quanto à titularidade dos direitos fundamentais.⁶⁶

Mesmo em se tratando do direito fundamental à saúde, não se pode pensar em uma tutela a qualquer custo e de forma absoluta, em que não haja priorizações racionais e observância ao contexto fático de todos os outros direitos fundamentais sociais. É assim, pois o Estado Social de Direito deve se atentar à dinamicidade das transformações no âmbito do desenvolvimento local e global, em um cenário que confronta a necessidade de proteção sem retrocesso e a adequação dos níveis de prestações materiais à inconstante realidade socioeconômica.

⁶⁴ KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um Direito Constitucional “comparado”* apud SARLET, *Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso (...)*, op. cit. (e-book).

⁶⁵ SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *Os direitos sociais e a sindicabilidade judicial das políticas públicas sociais no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: LTr, 2013, p. 59.

⁶⁶ SARLET, *Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso (...)*, op. cit. (e-book).

São necessárias oportunas restrições ao direito à saúde, principalmente em um cenário de crise do Estado de bem-estar social, a partir da sustentabilidade em suas dimensões social e econômica. Pela sustentabilidade social, evidencia-se a premissa de que o Estado e a sociedade devem propiciar bem-estar à geração presente, sem abdicar do bem-estar das gerações futuras. No mesmo trilho, a sustentabilidade econômico-financeira tem por objetivo assegurar níveis adequados de recursos públicos, para que o acesso ao sistema de direitos fundamentais sociais seja oportunizado às gerações presentes e futuras. São sustentabilidades interligadas e construídas sobre a base da equidade intergeracional ou princípio da solidariedade entre gerações.⁶⁷

Todavia, deve ressoar de forma enfática que restrições desmedidas e contrárias à fundamentalidade do direito à saúde são inaceitáveis, pois, na busca de sua efetividade, argumentos de limitação e medidas retrocessivas em regra têm efeitos negativos para a construção de respectivas políticas sociais, e, em sentido contrário, a vedação ao retrocesso, como parâmetro de controle, propicia orientação estatal para um caminho de melhor construção dessas políticas.

⁶⁷ NASCIMENTO, Rafael do. *As restrições aos direitos fundamentais no contexto de crise do Estado de bem-estar social*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 111-120.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E EFETIVIDADE

Suscita-se a efetividade do direito fundamental à saúde tendo como referencial basilar as políticas públicas, que são instrumentos essencialmente estatais, com amplo alcance e envolvimento de agentes públicos e sociedade, formatadas por meio de metas a partir de necessário planejamento, que se destinam essencialmente à satisfação do interesse coletivo, passíveis de monitoramento, controle e avaliação que lhes propicie correções e aprimoramentos.

Para a prospecção de possíveis instrumentos de controle não judicial das políticas públicas destinadas à concretização social do direito à saúde, de forma a relativizar o protagonismo do controle judicial, propõe-se um breve estudo sobre fundamentos dessas políticas, incluindo sua definição, principais caracteres e sua relação com a eficácia social (efetividade).

No âmbito específico das políticas públicas de saúde, o estudo proposto revisa a ordem jurídica brasileira e alguns dos problemas limitadores de efetividade a serem enfrentados, para se estabelecer parâmetros de controle não judicial, e, como objetivo final, obter perspectivas de eficácia social para o direito fundamental à saúde.

3.1 Definição e caracteres de políticas públicas

Com a formação e surgimento histórico do conceito de Estado, avançaram estudos e reflexões pertinentes a tomadas de decisões políticas e quais as obrigações dos governantes e governados, o que constituiu referencial básico para o surgimento da noção e aprofundamento na temática das políticas públicas.

Em tempos mais contemporâneos, vai se notabilizando um processo evolutivo estatal que vai das funções de manutenção da segurança pública interna, preservação da propriedade privada e defesa das fronteiras (séculos XVIII e XIX), até a atuação voltada para a promoção do bem-estar social, instigada pela expansão crescente da democracia (século XX), fazendo aguçar e fortalecer a ideia de políticas estatais, instrumentos destinados a dar respostas a demandas específicas da sociedade.

No século XX, os primeiros estudos direcionados sobre políticas públicas ocorreram por volta de 1930 nos Estados Unidos, em um campo de pesquisa relacionado com a Ciência Política, sem relação explícita com as ciências jurídicas, alcançando essencialmente atividades dos Poderes Legislativo e Executivo, fomentando-se a ideia de que as políticas públicas fossem

atos eminentemente políticos, o que os tornariam imunes ao controle jurisdicional.⁶⁸

Nesse movimento inicial de estudos sobre a temática, Harold D. Lasswell publica, em 1936, o livro *“Política: quem ganha o quê, quando e como”*, que de forma direta já estabelecia no próprio título uma noção conceitual dos elementos de uma política pública, e, em 1951 são publicados dois livros fundamentais como marco no estudo sistemático das políticas públicas e seu estabelecimento como área disciplinar específica: *“O processo governamental”* de David B. Truman e *“As ciências políticas”* de Daniel Lerner e Harold D. Lasswell.⁶⁹

A partir da concepção originária nos Estados Unidos, diferencia-se, no aspecto etimológico, política (*politics*) de políticas públicas (*policies*), apesar de terem em comum uma natureza relacionada com o poder social.

Politics é um conceito mais amplo relacionado com o poder de forma geral, representando um conjunto de interações e múltiplas estratégias entre atores para melhorar seu rendimento e alcançar objetivos estabelecidos, de forma a amparar uma construção do consenso e luta pelo poder, em ambientes como o de uma família, de uma organização, de uma empresa, de um grupo social específico ou de atuação de um político em carreira profissional. *Policies* implicam em soluções de como lidar com assuntos públicos ou problemas específicos, significando um conjunto de ações do governo que visam a atender às necessidades da sociedade, realocando os recursos escassos por meio de políticas de educação, saúde, assistência social, agrícola, fiscal etc.⁷⁰

Enquanto a política (*politics*) está em toda parte e em diferentes setores e atividades da sociedade como nas relações trabalhistas, na arte, na religião e na economia, apesar de comumente ser mais expressivamente invocada no âmbito de uma dinâmica partidária e eleitoral, as políticas públicas (*policies*) são associadas a atividades e procedimentos relacionados com o poder estatal que visam a sanear necessidades sociais.

Pode-se afirmar que as políticas públicas são o resultado da atividade política no âmbito dos poderes especializados, que, por demandarem ações estratégicas, formais e materiais, destinadas a construir e implementar os objetivos e metas desejadas, envolvem mais de uma decisão política (no sentido lato).

⁶⁸ CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. *Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 286-287.

⁶⁹ DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernando. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 10.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 2.

Apesar da relação de interdependência explícita entre *politics* e *policies* em sua origem, a ideia de que as políticas públicas são atos exclusivamente políticos passa a ter nova concepção no final da década de 1970, em que Ronald Dworkin insere em sua teoria o tema “políticas públicas” na seara da Teoria Geral do Direito, trazendo a questão para o âmbito jurídico, em uma perspectiva justificada pelo fato de que “tanto a decisão, quanto a realização das políticas e dos programas de ação do Estado também ocorrem na esfera jurídica”, que condiciona e regula a atuação do Estado.⁷¹

É uma perspectiva que torna interdependentes as autônomas Ciência Política e Ciência Jurídica, em um processo que a política se legitima pelo sistema jurídico positivado e decorrente da vontade política estatal, no âmbito de uma construção dos modernos Estados Democráticos de Direito. E, na prática, as políticas públicas têm descrição e definição essencialmente interdisciplinar, abrangendo diferentes áreas do conhecimento como as Ciências Sociais Aplicadas, a Ciência Política, a Economia e a Ciência da Administração Pública, tendo como objetivo o estudo de um problema central que é o processo decisório governamental.⁷²

Diante disso, qualquer intuito preliminar de melhor conceituar políticas públicas deve reconhecer a aproximação das searas jurídica e política, visto que o Direito e a estrutura estatal passam a incorporar mecanismos e procedimentos que possibilitam uma orientação voltada ao estabelecimento de metas sociais, com amparo em competências administrativo-políticas e nas normas válidas e vigentes. Por esse fundamento, concebe-se que todo o processo, com natureza essencialmente política, de definição de prioridades e prestações sociais que serão entregues à sociedade, ocorre no âmbito da ordem jurídica vigente.

Nesse viés de aproximação, o tema das políticas públicas vai se revigorando e aperfeiçoando na Ciência Jurídica, principalmente a partir de uma previsão constitucional e complementada em regulamentos legais, ocupando maior espaço de protagonismo e valorização, incluindo etapas de construção, avaliação, controle e efetivação dos objetivos planejados, perfilando-se um novo tratamento sistêmico para as atividades estatais, que têm a índole originária de implementar mecanismos de concretização principalmente voltados a direitos fundamentais sociais como a saúde.

⁷¹ SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Legitimidade jurídica das políticas públicas: a efetivação da cidadania*. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. *O Direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 4-5.

⁷² BUCCI, Maria Paula Dallari. *Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas*. In: FONTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 227.

Como há uma nítida inserção das políticas públicas na esfera jurídica, em que prioridades e metas sociais são estabelecidas em uma ordem constitucional e legal normativa, fica a dúvida sobre a concepção das *policies* como regra ou princípio na teoria do Direito.

No âmbito da defesa de uma teoria geral liberal do Direito, Dworkin estabelece que as *policies* não equivalem a regras ou princípios, mas a um terceiro padrão normativo denominado padrão-política na estrutura do Direito, “que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”.⁷³

É a concepção das políticas públicas, simultaneamente, com o caráter de política e de norma jurídica, que vincula o Estado por meio de objetivos públicos destinados a prestações sociais, apesar de não ser exatamente uma regra constitucional ou legal, nem um princípio, seja ele explícito ou implícito.

Sobre a conformação das políticas públicas no cenário brasileiro, com destaque às políticas sociais, dá-se o início apenas no fim dos anos 1970, por meio de estudos e publicação de trabalhos com referências à historicidade das *policies* (ações de governo), relações da política com a cidadania, cultura política, padrões e elementos de financiamento estatal.

O legado deixado principalmente pelas políticas de governo de Getúlio Vargas em áreas como industrialização e desenvolvimento, saúde, previdência, habitação e planejamento urbano, foi objeto de estudo de cientistas sociais, com objetivos não só acadêmicos, mas também políticos.

E a intensificação na abordagem das políticas públicas ocorre principalmente nos anos 1990, com impulso propiciado pela promulgação da Constituição de 1988, que oferece referencial essencialmente voltado a sanear uma dívida social histórica, contemplando um rol extenso e aberto de garantias e direitos individuais.

Nesse novo ambiente de garantias sociais estabelecidas pelo texto constitucional, a valorização e fortalecimento das políticas públicas, enquanto categoria de Direito Público, ocorre basicamente com a constitucionalização dos direitos sociais, alçados à natureza de fundamentais, que direcionam e vinculam as ações estatais, a serem implementadas com base em procedimentos e instituições que viabilizem a proteção e o acesso aos bens jurídicos tutelados pela Constituição.

A submissão aos ditames constitucionais revela o inegável caráter dirigente das políticas públicas (*policies*), que devem se estabelecer por meio da definição de metas e estruturação de instituições voltadas à realização de direitos sociais prescritos.

⁷³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 36.

Significa conceber as políticas públicas como a designação de todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social.⁷⁴

No âmbito doutrinário nacional, intensifica-se o debate acerca da natureza jurídica das políticas públicas, sem perder de vista sua relação com a política.

A partir da teoria de Dworkin, em que as *policies* detêm um padrão-política ou padrão normativo, não se enquadrando como regra ou princípio, suscita-se uma definição mais próxima do ideal que as vincule à atuação estatal, apesar da complexidade que envolve o estabelecimento de um conceito único e definitivo.

Uma possibilidade, até de certa forma natural e imediata, seria enquadrar as políticas públicas como meros atos estatais administrativos, inserindo-as no rol dos atos gerais emanados da administração pública.

Comparato, ao analisar a política pública como programa de ação, afirma que ela não é uma norma nem um ato, ou seja, ela se distingue nitidamente dos elementos da realidade jurídica, mas que é preciso reconhecer que ela acaba por englobar as normas e atos como seus componentes, aparecendo, antes de tudo, como uma atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado.⁷⁵

Com essa definição, pensando em possíveis formas de controle, surge uma questão a ser elucidada: se a política pública não se confunde com o ato ou a norma, mas é a atividade que resulta de um conjunto de atos e normas, o que deve ser submetido ao controle, seja ele judicial ou extrajudicial, o ato, a norma ou a atividade?

Para Bucci, a atividade afeta à política pública se decompõe em fatos e atos jurídicos, sendo que o controle judicial que sobre ela se realiza reside no controle desses fatos e atos que lhe dão composição. Por esse viés, “O conceito de atividade, portanto, não configuraria propriamente um novo regime, mas uma perspectiva de agregação, para análise e aplicação do Direito”.⁷⁶

Segundo a autora, talvez o conceito jurídico de política pública nem exista, havendo apenas um conceito com que os juristas e não juristas utilizam para o trabalho nesse campo, uma vez que as categorias que estruturam esse conceito mais acessível são próprias, ou da

⁷⁴ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 16.

⁷⁵ COMPARATO, Fabio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. Revista de Informação Legislativa, v. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998, p. 44-45. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/364/r138-04.pdf?sequence=4&isAllowed=y>>. Acesso em 09/09/2021.

⁷⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em Direito*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 25.

política ou da administração pública.⁷⁷

O que se propõe é a concordância com Dworkin, no sentido de se estar frente a um novo padrão normativo, que pode ser compreendido a partir da própria evolução histórica do Direito.

Enquanto no Estado liberal clássico, o Direito atuava na ordem social para prover a segurança tendo como referencial a lei, no Estado Democrático Social a intervenção ocorre por meio de objetivos postos em políticas públicas a serem desenvolvidas. É mudança paradigmática para o Direito, em que o Estado de mero abstencionista se torna polo passivo no atendimento de prestações positivas em relação aos cidadãos e suas demandas sociais.

Nesse contexto, o Estado Social é legitimado para a realização de políticas ou programas de ação, em que *o government by policies* substitui o *government by law*, evidenciando o dirigismo segundo políticas públicas, que dá luz a um novo equilíbrio entre os Poderes por meio de atividades legislatórias, executivas e de controle determinadas por políticas públicas ao invés da vinculação única à lei.

Para Donoso, esse redirecionamento do eixo e organização do governo do âmbito da lei para o plano das políticas, com amparo na estrutura estatal para a realização do bem comum, é ambiente promissor em que o Estado Social surge como um Estado dirigente, em que os poderes públicos não se prendem a uma postura exclusivamente ordenadora, no sentido liberal clássico, passando de meros produtores de normas gerais, de conduta ou de estrutura, para assumirem o papel de condutores do destino da coletividade na direção de metas predeterminadas.⁷⁸

No entanto, cabe ressaltar, por mais que locadas em um novo nível, o de *government by policies*, as políticas públicas, para existirem, como atividade e programas estatais, demandam a formalização de leis orçamentárias e existência de recursos financeiros.

Nesse aspecto, qualquer política pública, enquanto programa de ação governamental financiado com recursos públicos, deve concretizar-se nas três modalidades de orçamento previstas na Constituição Federal: o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais (art. 165).

Como ações governamentais dirigidas a resolver determinadas necessidades públicas, as políticas públicas incluem as espécies: a) políticas sociais, destinadas ao implemento de direitos como a saúde, educação, habitação e assistência social.; b) políticas macroeconômicas, de natureza fiscal, monetária, cambial, industrial etc.; c) políticas administrativas, voltadas à

⁷⁷ BUCCI, *O conceito de política pública em Direito*, op. cit., p. 47.

⁷⁸ DONOSO, Diego Felipe Muñoz. *Reflexões sobre o conceito jurídico de políticas públicas* apud PAMPLONA, Danielle Anne. *Políticas públicas: elementos para alcance do desenvolvimento sustentável*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 29-31.

democracia, descentralização, participação social etc.; e d) políticas setoriais específicas, para proteção do meio ambiente, cultura, setor agrário, direitos humanos etc.

Em particular, as políticas públicas sociais são políticas preventivas que visam a minimizar ou impedir a ocorrência de problemas sociais graves, financiadas indiretamente por todos, que contribuem por meio do sistema tributário.⁷⁹

Pivetta invoca um consenso no conceito de políticas públicas, no sentido de representarem instrumentos de ação estatal, que pressupõem planejamento e participação popular (direta ou indireta), articulando a atividade administrativa para a realização dos objetivos constitucional e legalmente traçados.⁸⁰

Constituem, assim, meio de concretização dos direitos estabelecidos nas leis (sentido lato), incluindo aqueles firmados originalmente na Constituição Federal, nas constituições estaduais, nas leis orgânicas municipais e na legislação infraconstitucional das esferas federativas, que os regulamenta de forma mais clara, para que se tornem viáveis por meio de prestações materiais.

Disso, pode-se cogitar a concepção de que as políticas públicas se perfilam como instrumentos destinados a viabilizar a efetividade de direitos sociais insertos nesses textos normativos.

Para Araújo, a efetividade dos direitos sociais é parte formadora do conceito de políticas públicas, significando elemento que proporciona a melhora das condições de vida de pessoas. É assim, pois o ideal de uma política pública, vista pelo Direito, não se esgota na validade ou na eficácia jurídica, mas deve buscar a efetividade, que significa o atingimento dos objetivos sociais traçados e a obtenção dos resultados desejados em certo espaço de tempo, frente à existência de um abismo entre a tutela dos direitos sociais garantidos na Constituição e sua eficácia social, decorrente da ausência estatal e falhas na aplicação ou não das políticas públicas.⁸¹

Há de se considerar, então, que as políticas públicas são o veículo material para a realização dos direitos fundamentais sociais, afirmando-se como atividades desenvolvidas pelas formas de expressão do poder estatal tendentes à realização dos objetivos insculpidos no art. 5º da Constituição Federal, entre eles a efetivação dos direitos fundamentais, com especial enfoque para a igualdade substancial.⁸²

⁷⁹ DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernando, op. cit., p. 19.

⁸⁰ PIVETTA, op. cit., p. 100.

⁸¹ ARAÚJO, Danielle Ferreira Medeiro da Silva de. *Política pública, efetividade e direitos sociais*. Dikê – XVII – Publicação Semestral – 2017.2. Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC, p. 115-146.

⁸² CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 57-58.

É a valorização necessária das políticas públicas, como legítimas ferramentas estatais para a concretização dos direitos e objetivos preconizados na Constituição, no intento de garantir direitos sociais como saúde, educação e moradia, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades regionais e sociais, interferindo positivamente na realidade social.

A fomentar esse cenário de efetivação material, aspecto crucial das políticas públicas é o seu caráter amplo e coletivo, na constituição e no seu alcance, pois são programas governamentais com intuito de realizar objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, significando “metas coletivas conscientes”, que resultam de um conjunto de processos juridicamente regulados, incluindo processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo e processo judicial.⁸³

Tal caráter se dá com a superação do Estado liberal, configurando a reorganização da atividade estatal a partir de finalidades coletivas, que visam à constituição de uma sociedade mais igualitária. Nesse contexto, saindo da “nomocracia liberal” para o “Estado telocrático”, os “Poderes Públicos não se contentam em produzir leis ou normas gerais, mas guiam efetivamente a coletividade para o alcance de metas predeterminadas”, que constituem o critério de legitimidade do Estado.⁸⁴

Quanto à composição das políticas públicas, por meio de elementos próprios, etapas, fases ou ciclos, a literatura é vasta, demonstrando a flexibilidade e amplitude do tema frente ao anseio de formatar uma definição única.

No estudo proposto por Fonte, são elementos das políticas públicas as normas abstratas de Direito (Constituição e leis), os atos administrativos (contratos, decretos regulamentadores etc.), a previsão orçamentária para o exercício do dispêndio público e os fatos administrativos propriamente ditos como o atendimento em hospitais.⁸⁵

Duarte identifica quatro elementos característicos na formação das políticas públicas: a) o Programa, que materializa a opção política de ação governamental, contendo as prioridades, os destinatários e os meios para alcançar os objetivos; b) a Ação, representando a prestação positiva, ou seja, a realização do objetivo comum e do interesse social; c) a Coordenação, evidenciando a participação e gestão articulada entre os Poderes e as unidades federativas na construção de políticas públicas racionais e eficientes; e d) o Processo, que inclui as etapas ou

⁸³ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 241.

⁸⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*, op. cit., p. 43.

⁸⁵ FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 57.

processos específicos de natureza legislativa, administrativa, orçamentária, judicial e social.⁸⁶

Muitos são os autores que prospectam as políticas públicas em ciclos de atividade, os quais podem ser, de forma geral, perfilados no seguinte formato: a) a Definição, no âmbito das agendas política, institucional e social, que abarcam, respectivamente, as ideias difusas da comunidade política, as prioridades dos agentes políticos eleitos e os anseios sociais; b) a Escolha e Formulação, para identificar objetivos e definir metas públicas, com atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, com base na lei (em sentido lato), para principalmente observar a previsão legal orçamentária; c) a Implementação, que traduz a execução dos objetivos e metas traçados; e d) a Avaliação, que caracteriza um processo permanente de controle interno estatal, visando a identificar falhas para correção e mudar rumos caso necessário.

Para além desses ciclos de uma política pública, há um necessário controle que, para além da avaliação praticada internamente pela administração pública, abarca outras espécies em um Estado Democrático de Direito, em que vigora o sistema de *checks and balances* (freios e contrapesos), permitindo um controle em diferentes camadas, incluindo o controle externo realizado por órgãos públicos independentes e o controle social a ser conduzido pela sociedade civil.

Trata-se de controle fora do âmbito administrativo, a ser efetivado devido ao amplo alcance das políticas públicas, com o intuito principal de preservar sua finalidade e metas, coibindo eventuais desvios, ilegalidades e violações à supremacia do interesse público, em uma constatação de que o Estado observa os objetivos constitucionais e utiliza essas políticas como instrumento de concretização dos direitos sociais.

Característica marcante no plano fático das políticas públicas é a sua dimensão financeira, pois, como regra geral, seja qual for a política e espécie de direitos para a qual esteja destinada, a sua execução depende de gastos públicos. Dessa forma, é no processo político-jurídico de definição do gasto público que se encontra a gênese das políticas públicas, o que inclui as leis orçamentárias, as diretrizes orçamentárias e planos plurianuais, instrumentos de iniciativa exclusiva do Poder Executivo (art. 165, CF/1988) e aprovados pelo Poder Legislativo.⁸⁷

No caso do orçamento público, é instrumento aprovado por lei específica de iniciativa do Poder Executivo (art. 165, CF/1988), que traduz a fixação de despesas e a previsão de

⁸⁶ DUARTE, Clarice Seixas. *Ciclo das políticas públicas*. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. *O Direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 21.

⁸⁷ FONTE, op. cit., p. 54.

receitas públicas, de forma a materializar a participação do Estado na execução das metas e ações previstas.

Trata-se de instrumento central de gestão e governo, para a confecção e implementação de políticas públicas no Estado Democrático de Direito, vez que por meio dele são definidas as condições, o tamanho e a situação provedora do Estado Brasileiro.

Sua importância decorre da vocação para cristalizar escolhas alocativas, efetuadas democraticamente, no âmbito de um cenário administrativo com recursos escassos, e o momento da sua feitura é “a ocasião em que as forças sociais se encontram para decidir quanto de recursos será retirado da sociedade em favor do Estado, e como serão revertidos na atuação deste”.⁸⁸

Conforme a Constituição Federal, a lei de diretrizes orçamentárias compreende metas e prioridades da administração pública, voltada a orientar a elaboração do orçamento (art. 165, § 2º). Por sua vez, a lei do plano plurianual é instrumento com ciclo de 4 anos, que traça objetivos e metas da administração pública para despesas de capital e para aquelas relativas a programas de duração continuada (art. 165, § 1º).

Por esses instrumentos de planejamento e orçamento são alocadas metas, prioridades, objetivos, receitas e despesas relacionadas com as políticas públicas, evidenciando o que os órgãos políticos, em conjunto com a participação popular, entendem como prioridades, estabelecendo quais áreas deixarão de ser contempladas momentaneamente, haja vista a escassez de recursos frente ao universo sempre crescente de demandas e mazelas sociais.

No âmbito da inquestionável necessidade de gastos para a execução dos objetivos e metas traçados nas políticas públicas, não se pode desconsiderar a real escassez de recursos, seja no âmbito orçamentário, seja financeiro, o que implica no conceito de “escolhas difíceis” diante de uma necessária priorização, que deve ocorrer de forma racional e responsável, com critérios alocativos que sejam transparentes à sociedade, sempre com a finalidade de se alcançar o máximo de eficiência e justiça, e não favorecer interesses escusos.

Nesse contexto de escolhas difíceis e prioritárias, a discricionariedade administrativa é parte integrante do fenômeno da ação governamental, que permite a tomada de decisões frente aos problemas concretos, produzindo ações e atos jurídicos para a consecução do interesse público.

Na doutrina de Mello, a discricionariedade é margem de liberdade que o administrador tem para eleger, com base em critérios de razoabilidade, um comportamento cabível perante

⁸⁸ FONTE, *op. cit.*, p. 79-80.

cada caso concreto, de forma a cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, frente a uma evidente fluidez das expressões da lei que não permite extrair objetivamente uma solução única para a situação fática enfrentada.⁸⁹

Por certo que o trato com as políticas públicas no âmbito do Poder Executivo está sujeito à discricionariedade, cabendo ao administrador público fazer opções em um rol de ações possíveis no atendimento a demandas sociais em uma realidade essencialmente dinâmica.

Todavia, há fatores que limitam a discricionariedade administrativa na emissão de atos públicos, defendidos de forma unânime na doutrina jurídica, que podem ser estendidos à consecução de políticas públicas como atividade essencialmente estatal.

Dentre esses fatores, o cumprimento à finalidade da lei é fundamental para evitar a arbitrariedade e atender ao interesse público, de forma que o administrador público, condutor originário de políticas públicas, obedeça aos parâmetros do sistema jurídico como um todo quando realizar procedimentos de escolha, fixação e cumprimento de metas.

Além disso, o abuso de poder, gênero do qual são espécies o excesso de poder e o desvio de finalidade, deve ser constantemente coibido pelas instâncias e órgãos de controle, com intuito de denunciar e corrigir atos administrativos e políticos discricionários ilimitados e sem vinculação à lei, que comumente proporcionam flagrante ofensa ao Estado Democrático de Direito.

Com o fundamento de limitação estabelecido para a discricionariedade administrativa no âmbito da condução de políticas públicas, há que se pensar em um controle efetivo, seja interno ou externo, sobre atos e fatos em qualquer de suas etapas ou ciclos.

É sobre o controle de políticas públicas que se pretende debruçar um pouco mais, de forma a dar fundamentos aos pretensos instrumentos de controle não judicial destinados à efetividade do direito fundamental à saúde.

3.2 Controle de políticas públicas como instrumento de efetividade de seus objetivos e metas

Entender a importância do controle de políticas públicas e seu perfil como instrumento que pode viabilizar efetividade dos objetivos e metas traçados, passa necessariamente pela compreensão da própria evolução histórica do Estado, até se alcançar o perfil atual de controle dos atos e atividades estatais.

⁸⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 988-989.

É um longo processo, calcado em instâncias de poder e competência, que vai de um Estado originário mais patrimonialista, passando por uma transição que se estabeleceu em feições relacionadas e evolutivas de Estado de Polícia, Estado de Direito e Estado Social de Direito, até alcançar o patamar atual de Estado Democrático de Direito.⁹⁰

Fase marcante e com fundamento basilar para o atual estágio estatal em terras brasileiras, o Estado de Direito evidenciou elementos estruturantes como a especialização das funções básicas do Estado (executiva, legislativa e judiciária); a subordinação de toda atividade e ato administrativo ao princípio da legalidade; o controle das atividades executiva e legislativa pelo Poder Judiciário; e a redução, ao mínimo possível, do poder discricionário da Administração, para que não haja poder ilimitado na condução de atos administrativos.⁹¹

Instala-se a evidente necessidade de controle de outros Poderes e da atividade administrativa de seus gestores políticos.

Traduz-se como etapa do Estado, alicerçada no sistema capitalista, em que a perspectiva de lucro é preponderante, destoando da preocupação com questões sociais em áreas como a saúde, a educação e a assistência social, por serem sumariamente tratadas como dispendiosas e sem retorno econômico.

Era o Estado liberal que vigorava sem a preocupação de produzir bem-estar social e de respeitar a dignidade humana, questionado de forma marcante pelo movimento comunista protagonizado por Karl Marx e Engels, sendo principal referencial a obra “O manifesto comunista”, em que conclamavam os proletários a uma “derrubada violenta de toda a ordem social existente”⁹².

Com a inspiração em tal movimento e a instigação de um ambiente marcado por lutas e movimentos sociais, contrários à cruel realidade social a que se submetia a maioria da população, o Estado passa a adotar políticas de intervenção na atividade econômica, voltadas ao bem-estar social, sendo destacáveis as inovações e reformas constitucionais, com ênfase para

⁹⁰ No Estado Patrimonial, o Estado constitui propriedade particular do príncipe (soberano), que detinha o poder de dispor dos bens segundo a sua vontade e interesse próprio, sem qualquer restrição de ordem legal ou oposição de outras pessoas. No Estado de Polícia, a propriedade das coisas do Estado passa a pertencer ao povo, restringindo o poder deliberado do príncipe, que perde o governo na defesa de seus interesses, tornando-se administrador da *res publica* (coisa pública). Nesta fase, o Estado, chamado absolutista, dotado de ampla discricionariedade, escolhia e decidia o que convinha aos súditos, sendo a estes, reconhecidos apenas os direitos civis e negados os direitos públicos, prevalecendo a vontade do monarca, que atuava na plenitude da liberdade política. No Estado de Direito, a lei passa a prevalecer, submetendo-se a ela os súditos e o próprio Estado e seus dirigentes, sendo garantidos aos indivíduos instrumentos de defesa contra o comportamento do administrador público que se apresente contrário à lei e ao Direito.

⁹¹ STASSINOPOULOS, Michel D. *Traité des actes administratifs*, apud FARIA, Edimur Ferreira de. *Controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 42- 43.

⁹² MARX, Karl Heinrich; ENGELS, Friedrich. *O manifesto comunista*. Edição: Ridendo Castigat Mores (e-book). Disponível em <<http://www.ebooksbrasil.org/adobebook/manifestocomunista.pdf>>. Acesso em 12/06/2021.

a Constituição do México (1917), primeira a compilar um rol de direitos sociais, e a Constituição de Weimar (1919), com caráter social que exerceu forte influência sobre as demais Constituições europeias que se seguiram.

Tais políticas intervencionistas ocorrem agora no bojo de um Estado Social de Direito (Estado do Bem-Estar), em que, além da criação de órgãos e entidades públicas com fins de prestarem atividades de interesse social e desenvolverem atividades econômicas, estabelecem regras mais rigorosas destinadas ao controle e policiamento da atividade econômica e ao exercício dos direitos de propriedade e liberdade.

Nesse estágio, o Estado se caracteriza pelo propósito de compatibilizar, em um mesmo sistema, o capitalismo, como forma de produção, e a consecução do bem-estar social geral, servindo de base ao neocapitalismo típico do *welfare state* (estado do bem-estar social).⁹³

No final da década de 1960, com o elevado custo da política assistencial e da própria máquina estatal, em um cenário mais global de crise do petróleo decorrente da política adotada pela Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP), o Estado Social de Direito passa a enfrentar traços característicos de decadência.

São dificuldades que concorrem para o fortalecimento do atual Estado Democrático de Direito, evidenciando o fracasso do *welfare state* e a retomada do desejo de democracia manifestado nas revoluções do século XVIII, com uma tentativa de aproximar o Estado do povo, para que em cooperação democrática estabeleçam políticas públicas de interesse da sociedade.

No Estado Democrático de Direito, vê-se que o Estado, além de submetido às leis (princípio da legalidade), deve atender à vontade popular e aos fins por ela propostos. E é nesse estágio que se situa a necessidade de que os atos da administração, principalmente os que envolvam dispêndios de recursos públicos, sejam controlados, não só internamente, mas também por instrumentos legítimos e democráticos materializados pela atuação de instituições externas à própria administração, amparadas por autonomia e independência, e pela própria sociedade.

A base essencial do controle da administração, no âmbito da evolução e aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito, o que se aplica à ordem jurídica brasileira, encontra-se no princípio da separação dos poderes, fundamentado na ideia originária de que a concentração do poder, em pessoas, órgãos ou entidades, não deve prevalecer.

⁹³ DÍAZ, Elias. *Estado Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid: Ed. Cuadernos para el Diálogo, 1973 apud SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 38ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 117.

E é com base na evolução e estabilidade da separação dos poderes que se possibilitou a instalação do sistema de freios e contrapesos (*check and balances*), responsável por criar os mecanismos de controles recíprocos entre os poderes, em um Estado Democrático de Direito que preza pela submissão concomitante à lei e à vontade popular.

Nesse processo evolutivo, o Estado moderno passou a assumir novos contornos e formas de atuação, o que propiciou a necessária criação e modernização dos mecanismos de controle, dando vez ao atual dever de prestação de contas (*accountability*) pelos administradores responsáveis pela gestão e aplicação de recursos públicos.

No Estado Democrático de Direito, com a preponderante constitucionalização de direitos sociais, a serem concretizados por meio de políticas públicas, os mecanismos de controle da atuação estatal são fundamentais para a preservação de princípios salutareos como a legalidade, a economicidade e a eficiência administrativa, tendo como referenciais categorias jurídico-constitucionais como a dignidade humana e a democracia.

Esse controle de preservação se dá essencialmente como instrumento de transformação nos processos decisórios estatais, principalmente nas atividades de criação e implemento de políticas sociais.

Pensamento similar é o de Luhmann, que, em sua teoria de sistema, propõe o controle como um exame crítico de processos decisórios, com o objetivo de intervir de forma transformadora no caso do processo que não corresponder às considerações durante o seu desenrolar, resultado ou consequências. É função de controle que se explicita em sistemas funcionalmente diferenciados, frente a microssistemas pouco diferenciados.⁹⁴

É dizer que o controle de processos decisórios, o que abarca os ciclos ou atividades de uma política pública social, em que se somam decisões não só jurídicas, mas políticas, não é estático no sentido de apenas apontar defeitos, mas instrumento dinâmico que pela sua criticidade apresenta caminhos de transformação.

Com esse fundamento, viável admitir que a eficácia social ou efetividade de políticas públicas, principalmente as de cunho social, tem relação explícita com a existência e qualidade de instrumentos de controle, não só aqueles de ordem interna, denominados como de autocontenção voluntária, mas também externa, o que inclui os controles formal (órgãos estatais especializados) e informal (social).

Vieitez leciona que o controle aplicado às políticas públicas revela novas facetas no âmbito da atuação administrativa, superando a mera investigação pela perspectiva da legalidade

⁹⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo, 1985, p. 84.

dos atos individuais, mas passando a examinar eficácia, efetividade, eficiência ou impactos gerais. Eficácia no sentido de atingimento de metas preestabelecidas; efetividade como transformação da realidade em que ocorre a intervenção; eficiência pela relação entre quantidade de recursos aplicados e quantidade de resultados gerados; e impactos gerais decorrentes dos resultados diretos e indiretos em todas as dimensões e esferas afetadas.⁹⁵

Além da relação entre controle e a efetividade das políticas públicas, há de se destacar sua aplicação no âmbito das democracias, em uma premissa de que democracia e controle não podem se desconectar, amparada pelo fundamento de que nos regimes democráticos os agentes públicos, detentores de uma parcela do poder estatal, e os indivíduos, elementos da sociedade civil, realizam atividades sujeitas a diferentes tipos de controle.

Quando se fala em controle em seu sentido lato, há de se referir às suas espécies o que inclui a avaliação, o monitoramento e o controle estrito sensu.

Avaliação e monitoramento, como atividades de âmbito interno e administrativo, voltadas à fiscalização contínua por parte de quem planeja, cria e executa as políticas públicas.

De forma mais particular, a avaliação diz respeito ao processo de julgamento deliberado no âmbito de validade das propostas para a ação ou inação pública, bem como sobre o sucesso ou falha de intervenções executadas. Com seu resultado é possível “subsidiar a continuidade do curso de ação, a revisão da concepção, mudanças no curso de implementação ou, até mesmo, a indicação de necessidade de extinção da política pública”.⁹⁶

É uma forma de controle que se associa à ideia de acompanhamento de desempenho, mensuração de resultados e aferição de impactos, e, por isso, se materializa por análises periódicas, continuadas e objetivas que abarcam elementos de concepção, implementação ou resultado de políticas públicas, em andamento ou concluídas.

Como espécies mais especializadas, as “avaliações de impacto” possibilitam, de forma mais eficaz, quando aplicadas seletivamente para responder a importantes questões de políticas públicas, orientar os formuladores dessas políticas “a respeito de uma série de decisões, que vão dos cortes em programas ineficazes à ampliação das intervenções que funcionam, ao ajuste dos benefícios e à seleção entre várias alternativas de programas”.⁹⁷

⁹⁵ VIEITEZ, Diego Losada. *Controle de políticas públicas por Tribunais de Contas e govtechs*. Dissertação jurídica de Mestrado em Direito. Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Porto Alegre: 2018, p. 27. Disponível em <<http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/8330>>. Acesso em 12/06/2021.

⁹⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Política pública em dez passos*. Brasília: Secretaria Geral de Controle Externo. Secretaria de Orientação, Métodos, Informações e Inteligência para o CE e o Combate à Corrupção (Soma), 2021, p. 11. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/data/files/1E/D0/D4/DF/12F99710D5C6CE87F18818A8/Politica%20Publica%20em%20Dez%20Passos_web.pdf>. Acesso em 12/10/2021.

⁹⁷ BANCO MUNDIAL. Banco Interamericano de Desenvolvimento. *Avaliação de impacto na prática*. 2ª edição,

O monitoramento é atividade gerencial interna, com realização sistemática durante o período de execução e operação, “para se saber como uma intervenção evolui ao longo do tempo, através de dados da gerência do projeto sobre metas iniciais, indicadores e resultados associados aos programas”.⁹⁸

Apresenta-se como instrumento gerencial que dimensiona metas de uma política pública e caminhos de intervenção, além de possibilitar a medição dos efeitos na população-alvo. É atividade essencial na gestão das políticas e programas estatais, que complementa o processo de avaliação, com base em diagnósticos de problemas na implementação, avaliação e adequação entre o previamente planejado e o que de fato foi executado.

Em noções elementares propostas pelo Tribunal de Contas da União, o controle estrito sensu, com o viés de atividade e não estrutura organizacional, pode ser compreendido sob as perspectivas de controle gerencial e controle interno no âmbito da própria administração pública, e controle externo e controle social, de forma externa ao ambiente administrativo.⁹⁹

O controle gerencial é voltado para uma gestão da eficiência operacional e das decisões políticas traçadas pela administração pública, que busca assegurar o alcance dos objetivos traçados e o melhor uso dos recursos (ferramentas, pessoas, processos, dinheiros etc.), monitorando o desempenho das intervenções, a gestão de riscos e os controles internos.

Como atividade de auditoria interna, o controle interno representa a condução de avaliações objetivas e independentes sobre a adequação e a eficácia de controles internos específicos, processos e estruturas criados para apoiar a boa governança pública.

O controle externo, complementar e colaborativo com todos os tipos de controle, realiza auditorias externas e meta-avaliações; analisa a qualidade, a completude, a tempestividade e a confiabilidade de informações prestadas; analisa o desempenho do portfólio de políticas; bem como verifica aspectos qualitativos como a relevância, a utilidade e a coerência das intervenções para o tratamento dos problemas públicos.

O controle social refere-se ao controle da administração pública, realizado pela sociedade civil, mediante os próprios cidadãos, por instâncias institucionalizadas, como os conselhos gestores de políticas públicas, e mediante instituições independentes, como

2018, p. 24. Disponível em <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/25030/9781464808890.pdf>. Acesso em 12/10/2021.

⁹⁸ JANUZZI, Paulo de Martino. *Avaliação de programas sociais no Brasil: repensando práticas e metodologias das pesquisas avaliativas*. Brasil: IPEA, 2011. Disponível em <https://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/228>. Acesso em 12/10/2020.

⁹⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Referencial de controle de políticas públicas*. Brasília, 2020, p. 16-17. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/referencial-de-controle-de-politicas-publicas.htm>. Acesso em 12/10/2021.

observatórios ou a ação da mídia.

No âmbito do Estado Democrático de Direito vigente no Brasil, os instrumentos perfilados na ordem constitucional vigente, no intuito de dar efetividade às ações administrativas, no que se incluem os objetivos e metas das políticas públicas sociais destinadas ao direito à saúde, traduzem um controle formal interno, por meio de auditorias, controladorias e controle gerencial no âmbito da própria administração; um controle formal externo, materializado por atividades de fiscalização no âmbito do Poder Legislativo e Poder Judiciário, além da competência constitucional de controle atribuída a órgãos autônomos e independentes, incluindo os Tribunais de Contas, Ministério Público e Defensoria Pública; e um controle informal ou social, realizado pela sociedade civil, incluindo cidadãos, organizações privadas, instâncias institucionalizadas como os conselhos gestores de políticas públicas e instituições independentes como observatórios e veículos da mídia.

O que se pretende nos tópicos seguintes deste capítulo é abordar a ordem jurídica das políticas de saúde e seus limitadores de efetividade, de forma a identificar parâmetros que suscitem a valorização de instrumentos de controle, com proposta de protagonismo para aqueles de índole extrajudicial, o que abarca os controles interno e externo (formal ou social).

3.3 Ordem jurídica das políticas públicas de saúde no Brasil

As políticas sociais, inclusas as de saúde, são espécies que mais se identificam com o gênero “políticas públicas”, pois em sua essência está a finalidade precípua de atender às necessidades humanas com alcance individual e coletivo, para proporcionar uma vida digna e saudável.

São instrumentos que se encontram no mais alto nível de compatibilização com o Estado Democrático de Direito, pois alocadas em uma ordem social primada por um texto constitucional que tem como objetivo o bem-estar e a justiça sociais, em que o Estado tem a prerrogativa de exercer a função de planejamento dessas políticas, assegurada a participação da sociedade nos processos de formulação, de monitoramento, de controle e de avaliação (art. 193, parágrafo único, CF/1988).

Evidencia-se uma previsão constitucional de relação explícita entre a saúde e as políticas públicas sociais (art. 196), com a previsão de que o direito fundamental à saúde deve ser garantido (nos aspectos da promoção, proteção e recuperação) mediante políticas sociais que alcancem a redução do risco de doenças e outros agravos e permitam o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde.

Pode-se afirmar que esse acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde se estabelece como política pública fundamental na legislação do Estado Brasileiro, regulamentada pela Lei 8.080/1990, que, dentre outras providências, dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Conforme a Lei 8.080/1990, alinhando-se ao texto constitucional, o Estado deve prover condições indispensáveis para o pleno exercício do direito humano fundamental à saúde, por meio da formulação e execução de políticas econômicas e sociais, com objetivo de reduzir riscos de doenças e outros agravos e permitir acesso universal e igualitário às ações e serviços sanitários de promoção, proteção e recuperação (art. 2º, § 1º).

Esse dever estatal de concretizar o direito à saúde (bem-estar físico, mental e social das pessoas e da coletividade) por políticas públicas não exclui o dever de participação das pessoas, da família, das empresas e da sociedade, sendo a saúde condicionada e determinada por outros elementos como a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais (art. 2º, §§ 2º e 3º e parágrafo único).

Trata-se de conceito amplo do direito fundamental à saúde, com alcance não só individual, mas principalmente coletivo, amparado em uma participação solidária de diferentes atores e relacionado com outras áreas e direitos sociais que cooperam para sua efetividade.

Como política-mor sanitária no Estado Federativo brasileiro, o Sistema Único de Saúde (SUS), nos termos da Lei 8.080/1990, representa o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, com a possível participação complementar da iniciativa privada (art. 4º, § 1º), tendo como objetivo, além da identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde e da assistência às pessoas por meio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde (realização integrada de assistência e prevenção), a formulação de políticas de saúde (art. 5º).

A direção do SUS, para o cumprimento desses objetivos, é única e exercida, no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde, no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente, e, no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente (art. 9º, Lei 8.080/1990).

Dessa forma, as políticas públicas, com base na hierarquização e descentralização, são formuladas e implementadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em que aquelas criadas pela União devem ser observadas por todos os outros entes federados e as formuladas pelo Estado devem ser atendidas pelos respectivos Municípios, que também criam

e executam suas políticas públicas sanitárias locais.¹⁰⁰

Nota-se, então, que os Municípios são os entes federados essenciais para a execução das políticas de saúde, pois devem conduzir aquelas de cunho nacional, estadual e as locais, o que invoca um protagonismo a ser mais bem lapidado, principalmente quando se almeja medidas e resultados de eficácia social.

O Decreto 7.508/2011, que regulamenta a Lei 8.080/1990, além de dispor sobre a organização do SUS, traz aspectos que subsidiam e fortalecem a formulação e implementação de políticas públicas pelos entes federativos, com a participação direcionada dos Municípios para as demandas e interesses sanitários locais.

Nesse viés, o planejamento e o estabelecimento de metas da saúde em âmbito estadual devem ser realizados de maneira regionalizada, a partir das necessidades dos Municípios (art. 18). Além disso, assim como os Estados e o Distrito Federal, os Municípios podem adotar relações específicas e complementares de ações e serviços de saúde, em consonância com o RENASES (Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde), e de medicamentos, em consonância com a RENAME (Relação Nacional de Medicamentos Essenciais), conforme pactuar nas Comissões Intergestores¹⁰¹ (artigos 24 e 27).

Na busca pela materialização do conteúdo das políticas públicas de saúde, a serem formuladas, executadas e avaliadas pelos integrantes do SUS, a legislação infraconstitucional traz normas integradoras que melhor delineiam as possíveis prestações positivas a preencherem o conteúdo principiológico do texto constitucional. Tal assertiva tem amparo nas lições doutrinárias de Silva, pelo direcionamento de que o direito fundamental social à saúde, estabelecido em normas constitucionais de eficácia limitada, para sua aplicação plena depende da emissão de uma normatividade em que o legislador lhe integre a eficácia mediante lei ordinária, propiciando capacidade de execução dos interesses visados.¹⁰²

Com base na Lei 8.080/1990 (art. 6º), as políticas públicas sanitárias devem alcançar atividades e produtos que incluem: vigilância sanitária; vigilância epidemiológica; saúde do trabalhador; assistência terapêutica integral (inclusive farmacêutica); saneamento básico; formação de recursos humanos; vigilância nutricional; proteção do meio ambiente (inclusive o

¹⁰⁰ A título de exemplo, são políticas da União, com alcance para todos os outros entes federativos: Política Nacional de Atenção Básica (Portaria 2.488/2011/GM/MS), Política Nacional de Alimentação e Nutrição (Portaria 2.715/2011/GM/MS) e Política Nacional de Redução da Morbimortalidade por Acidentes e Violências (Portaria 737/GM/MS).

¹⁰¹ As Comissões Intergestores são instâncias de pactuação consensual entre os entes federativos para definição das regras da gestão compartilhada do SUS (art. 2º, inciso IV, Decreto 7.508/2011).

¹⁰² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 161-162.

do trabalho); medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos; controle e fiscalização de serviços, produtos e substâncias; fiscalização e inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano; controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; desenvolvimento científico e tecnológico; política de sangue e seus derivados.

Trata-se de normatização de alcance amplo para as possíveis metas a serem traçadas para políticas públicas de saúde, que propicia um direcionamento e resposta aos aspectos abarcados pelo também amplo conceito do direito fundamental à saúde estabelecido nos textos constitucional e legal, em uma busca da legislação ordinária pela tão almejada efetividade ou eficácia social.

As atividades e produtos indicados na legislação representam um norte para a definição de prioridades no implemento e execução das políticas públicas sanitárias. Conforme Bucci, em sua essência as políticas públicas devem ser vistas como processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo Direito¹⁰³.

Fortalecendo o tema associado às prioridades e a pertinente questão financeira, a Lei Complementar 141/2012 estabelece uma aplicação mínima de recursos financeiros pelos entes federativos e quais despesas com ações e serviços de saúde devem ser computadas para tal propósito.

No aspecto macro, as ações e serviços públicos de saúde devem (art. 2º): a) ser voltadas para a promoção, proteção e recuperação da saúde; b) atender a princípios como universalidade de acesso (em todos os níveis de assistência), integralidade de assistência (prevenção e cura, individual e coletiva), igualdade da assistência (sem preconceitos ou privilégios), direito à informação, epidemiologia com prioridades, participação da comunidade, descentralização, integração das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico, etc.; c) cumprir as diretrizes de: acesso universal, igualitário e gratuito; conformidade com objetivos e metas explicitados nos Planos de Saúde de cada ente da Federação; e responsabilidade específica do setor da saúde.

De forma mais específica, conforme art. 3º, as ações e serviços públicos de saúde devem alcançar atividades e produtos como vigilância em saúde (epidemiológica, sanitária etc.), atenção integral e universal à saúde em todos os níveis de complexidade (assistência terapêutica, recuperação de deficiências nutricionais etc.), desenvolvimento científico e tecnológico, produção, aquisição e distribuição de insumos específicos dos serviços de saúde

¹⁰³ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002 apud LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas públicas no Estado Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 90.

do SUS (imunobiológicos, sangue e hemoderivados, medicamentos e equipamentos médico-odontológicos etc.), saneamento básico e manejo ambiental para controle de vetores de doenças.

Salutar que a implementação de políticas públicas de saúde no âmbito dos entes federativos deve ter como referência esse norteamento legal, além da identificação das reais e prioritárias necessidades sanitárias locais.

Quanto à aplicação mínima de recursos financeiros pelos entes federativos nessas ações e serviços de saúde: a) a União deve aplicar anualmente o montante correspondente ao valor empenhado no exercício financeiro anterior, acrescido de, no mínimo, o percentual correspondente à variação nominal do PIB ocorrida no ano anterior ao da lei orçamentária anual (art. 5º); b) os Estados e o Distrito Federal devem aplicar anualmente no mínimo 12% do total da arrecadação dos seus impostos (de caráter estadual), do Fundo de Participação e das transferências constitucionais realizadas pela União (art. 6º); e c) os Municípios e o Distrito Federal devem aplicar anualmente no mínimo 15% do total da arrecadação dos seus impostos (de caráter municipal), do Fundo de Participação e das transferências constitucionais realizadas pela União e Estados (art. 7º).

Evidencia-se uma previsão legal de parâmetro financeiro mínimo, a ser observado pelos entes federativos, que sozinho não pode significar que resultados qualitativos serão alcançados pelas políticas de saúde, o que demanda instrumentos de avaliação, monitoramento, controle e fiscalização, de caráter contínuo.¹⁰⁴

Em cada um dos entes federados, os Poderes Executivo e Legislativo são os atores principais no trato das políticas públicas de saúde, pois, como instâncias políticas, representadas por agentes eleitos pelo sufrágio popular, para exercerem o comando político estatal, cumprem exercer, de forma primária e positiva, os atos concernentes ao planejamento e execução das metas e objetivos estabelecidos.

O Poder Executivo tem a iniciativa das leis de planejamento e orçamento, em que constam as políticas sociais de saúde, sendo a instância estatal que detém o conhecimento técnico-jurídico para formular e executar essas políticas, e o Poder Legislativo é a instância em que se dá a discussão e aprovação dessas leis, podendo, inclusive, propor alterações e inclusões de conteúdo nas políticas sanitárias.

¹⁰⁴ A própria Lei Complementar 141/2012 estabelece a necessidade e habilita instâncias de controle: a) fiscalização do cumprimento das normas legais pelo Poder Legislativo, diretamente ou com auxílio dos Tribunais de Contas, do sistema de auditoria do SUS, dos órgãos de controle interno e dos Conselhos de Saúde de cada ente federativo (art. 38); b) disponibilização de informações pelos Poderes Executivos dos entes aos Tribunais de Contas sobre o cumprimento da lei, com a finalidade de subsidiar ações de controle e fiscalização (art. 40); c) verificação do cumprimento legal, por meio do sistema de amostragem, no âmbito dos órgãos do sistema de auditoria, controle e avaliação do SUS da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 42).

Faz muito sentido a afirmação de que o Executivo é o ator-chave em qualquer subsistema da política pública, apesar de outros atores estarem envolvidos no processo, representando o principal controlador da agenda política, lidando com recursos fiscais, informações, acesso aos meios de comunicação de massa e uso da burocracia para realizar suas preferências. Por sua vez, o Legislativo deve garantir que os governos prestem contas ao público, para além de somente desenvolverem ou implementarem políticas públicas. Os legisladores além de terem voz no processo de aprovação dos orçamentos públicos destinados ao financiamento da implementação dessas políticas, também são responsáveis pela discussão acerca dos problemas e por requererem mudanças nas formulações originais.¹⁰⁵

Importante a ressalva de que os Poderes políticos devem atuar de forma a dar concretude aos ditames constitucionais, havendo uma vinculação para criação e execução de políticas públicas para a efetividade do direito social à saúde (art. 6º).

No âmbito do Poder Executivo, para se buscar a concretude dos ditames constitucionais e legais, são editados atos administrativos, a exemplo das portarias do Ministério da Saúde, que esclarecem e regulamentam elementos para subsidiar a formulação, execução e avaliação de políticas públicas.¹⁰⁶

A partir do implemento desses atos administrativos, identifica-se a viabilidade de proporcionar importantes contribuições normativas, no sentido de trazer valores, definições e inovações alinhadas com o múltiplo alcance e interdisciplinaridade do direito fundamental à saúde, além de acompanhar a dinâmica progressiva social.

A título de exemplo, pela redefinição da Política Nacional de Promoção da Saúde (PNPS), estabelecida pela Portaria 2.446/2014, propõe-se o conceito ampliado de saúde e o referencial teórico da sua promoção como um conjunto de estratégias e formas de produzir saúde, no âmbito individual e coletivo, com articulação de ações e cooperação intra e intersetorial, em conjunto com as demais redes de proteção social, incluindo a participação e controle social (art. 2º).

A PNPS é fundada em valores como solidariedade, humanização, corresponsabilidade, justiça e inclusão sociais (art. 3º); deve adotar princípios como equidade, participação social,

¹⁰⁵ HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. *Política pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral*. Tradução de Francisco G. Heidemann. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013 apud IOCKEN, Sabrina Nunes. *Controle compartilhado das políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 145.

¹⁰⁶ A título de exemplo, vide Portaria 3.201/2020, que instituiu o Comitê Consultivo de Monitoramento e Avaliação do Sistema Único da Saúde (CCMA-SUS), com objetivo de aperfeiçoar as políticas públicas de saúde, programas e ações, e competências como elencar políticas consideradas prioritárias. Disponível em <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-3.201-de-27-de-novembro-de-2020-291816875>>. Acesso em 22/06/2021.

sustentabilidade e integralidade (art. 4º); tem como diretrizes a cooperação, o planejamento local, a gestão democrática, a governança, a pesquisa, a produção e difusão de experiências e a formação e educação permanentes (art. 5º); e estabelece competências para os entes federativos do SUS referentes ao fomento de normas, fortalecimento do controle social, definição de prioridades, estratégias e metas, estabelecimento de instrumentos de planejamento, monitoramento e avaliação, alocação de recursos orçamentários e financeiros etc. (art. 11).

São normas e diretrizes paradigmáticas para o atendimento do preceito constitucional da promoção da saúde em terras *brasilis*, de forma que não se pode alegar a ausência de fundamento legal que no mínimo estimule os agentes públicos envolvidos na busca pela efetividade do direito à saúde.

Na verdade, o que se nota a partir da ordem jurídica vigente, é que o administrador público possui amplo e complexo conjunto de regras e princípios tendentes a reduzirem a indeterminação do texto constitucional, que lhe permite a busca pela materialização de prestações materiais voltadas à eficácia social do direito fundamental à saúde, principalmente por meio de ações e serviços delineados em políticas públicas.

É de se notar que, no processo de formulação, condução e recondução dessas políticas, a atuação do administrador e do legislador não pode ser desmedida ou desconexa, pois, diante da previsão constitucional e regulamentação do direito à saúde, percebem-se parâmetros que restringem a liberdade de conformação.

Constata-se que o espaço de discricionariedade para o administrador na efetivação do direito à saúde não pode ser desregrado e absoluto, na medida em que a conformação constitucional e legal apresenta base normativa sólida dentro da qual as condutas devem ser realizadas, ainda que, pela própria natureza do direito social à saúde, haja uma certa margem para apreciação da realidade em que irá se intervir.

É de convir com este último tal aspecto, pois, pela própria natureza dos direitos sociais, a administração pública deve ter maior espaço para apreciar o contexto fático, frente a uma legislação que nem sempre consegue acompanhar o desenvolvimento tecnológico sanitário, quando, por exemplo, viabiliza novos tratamentos e medicamentos, bem como não se mostra capaz de prever todas as prestações demandadas pela população, sujeitas continuamente a modificações.¹⁰⁷

No entanto, faz-se crucial a observância de vinculação e conformação das políticas de saúde e respectiva discricionariedade administrativa à ordem constitucional e legal,

¹⁰⁷ PIVETTA, op. cit., p. 98.

caracterizando-se como uma diretriz condutora em que se destaca a importância do controle, abrangendo atividades de avaliação, monitoramento e controle em sentido estrito sensu, incluindo os controles interno, externo e social.

No aspecto da avaliação das políticas públicas de saúde, conforme art. 37, § 16, da Constituição Federal, “os órgãos e entidades da administração pública, individual ou conjuntamente, devem realizar avaliação das políticas públicas, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados, na forma da lei”.¹⁰⁸

Para isso, é cabível delinear um caminho prático no sentido de que haja órgãos públicos especializados, em todos os níveis federativos, para realizarem avaliação permanente de políticas sociais de saúde, o que pode ocorrer no plano de ações individuais e interinstitucionais, priorizando-se a norma constitucional de transparência por meio da divulgação do objeto avaliado e dos resultados obtidos, de forma a valorizar o controle formal, interno e externo à administração pública, e o controle informal social.

Reforça o instituto da avaliação, o disposto no art. 165, § 16, da Constituição Federal, em que as leis de planejamento e orçamento, de iniciativa do Poder Executivo, que tratem do plano plurianual, das diretrizes orçamentárias e dos orçamentos anuais (art. 165, incisos I a III) devem observar, no que couber, os resultados do monitoramento e da avaliação das políticas públicas de saúde, o que se trata de obrigatoriedade para todos os entes federativos.

O princípio constitucional da transparência, decorrente da necessária divulgação de objeto a ser avaliado e de resultados das políticas públicas, é instituto jurídico que por certo beneficia o controle formal, interno e externo à administração pública, e o controle informal social.

Segundo o art. 74, incisos I e II, da Constituição, o controle interno, mantido no Poder Executivo de todos os entes federativos, tem a finalidade de avaliar o cumprimento de metas, o que inclui o conteúdo de programas e políticas públicas e os resultados quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária e financeira pertinente a essas políticas.

Com base nos ditames constitucionais, o controle externo de políticas públicas inclui a atuação dos tribunais de contas, por meio da fiscalização operacional, para apreciar todas as etapas e principalmente resultados, com base em parâmetros de legalidade, legitimidade e economicidade (art. 70); do Ministério Público, pois estabelecido como instituição permanente que deve defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127), além de ter a função institucional de zelar pelo efetivo respeito dos

¹⁰⁸ Texto trazido pela Emenda Constitucional 109, de 15 de março de 2021.

serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo medidas necessárias de garantia (art. 129); e do Poder Judiciário, que tem a prerrogativa de inafastabilidade jurisdicional para apreciar qualquer lesão ou ameaça a direito, incluso o direito fundamental social à saúde (art. 5º, inciso XXXV).

O controle social também é marcante no texto constitucional, o que alcança, por exemplo, a possibilidade de qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato denunciar irregularidades ou ilegalidades, afetas a políticas sociais de saúde, ao tribunal de contas que fiscalize o município onde são implementadas essas políticas (art. 74, § 2º); a participação do usuário na administração pública para apresentar reclamações relativas à prestação dos serviços públicos de saúde, com disponibilização de avaliação de qualidade (art. 37, § 3º, inciso I); e a participação da comunidade na organização das ações e serviços públicos de saúde do SUS (art. 198, inciso III).

No âmbito da legislação infraconstitucional, é robusto o conteúdo referente a atividades de controle, avaliação e fiscalização das ações e serviços relacionados a políticas de saúde.

Nesse sentido, a Lei 8.080/1990 estabelece que estão incluídas no campo de atuação do SUS o controle e fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde (art. 6º, inciso VII) e que os entes federativos devem definir as instâncias e mecanismos de controle, avaliação e fiscalização dessas ações (art. 15, inciso I).

Pelo Decreto 7.058/2011, o Contrato Organizativo de Ação Pública da Saúde, que é o acordo de colaboração firmado entre entes federativos com a finalidade de organizar e integrar as ações e serviços de saúde na rede regionalizada e hierarquizada (art. 2º, inciso II), definirá os critérios de avaliação de desempenho da prestação das ações e serviços de saúde e a forma de controle e fiscalização da execução do que foi pactuado (art. 35), conterà forma de monitoramento permanente (art. 36, inciso II) e observará a diretriz de estabelecimento de estratégias de avaliação do usuário das ações e serviços, como ferramenta de sua melhoria (art. 37, inciso I).

Há previsão, ainda, de controle e fiscalização do Contrato Organizativo de Ação Pública da Saúde pelo Sistema Nacional de Auditoria e Avaliação do SUS, que deve ser implementado em conformidade com outras formas de controle e fiscalização previstas em lei (art. 40, § 2º). Ou seja, o controle interno não exclui atividades fiscalizatórias externas constitucionais e legais e as de controle social.

Além disso, o Ministério da Saúde tem o dever de informar aos órgãos de controle interno e externo, o descumprimento de responsabilidades na prestação de ações e serviços de saúde, a não apresentação do Relatório de Gestão, a não aplicação, malversação ou desvio de recursos financeiros e outros atos ilícitos de que tiver conhecimento (art. 42).

Sobre a mesma temática, a Lei Complementar 141/2012 prevê: a) que o Conselho de Saúde de cada ente federativo deve receber programa permanente de educação na saúde para assegurar controle social da execução das políticas de saúde (art. 44); b) que os órgãos gestores de saúde dos entes federativos devem dar ampla divulgação das prestações de contas periódicas da área da saúde, para consulta e apreciação dos cidadãos e de instituições da sociedade (art. 31); e c) que os órgãos do sistema de auditoria, controle e avaliação do SUS, no âmbito dos entes federados, deverão verificar o cumprimento das disposições legais quanto às ações e serviços de saúde (art. 42).

Por fim, há de se concordar que a normatividade das políticas públicas de saúde na ordem jurídica pátria é robusta e bem coesa, o que não significa necessariamente que já se tem garantida a tão almejada eficácia social do direito fundamental à saúde.

Nesse contexto, ao se cogitar instrumentos de controle não judicial de políticas públicas de saúde, o desafio a ser enfrentado é a busca pela mitigação ou superação de problemas limitadores de efetividade, ainda que haja normatividade constitucional e legal suficiente, pois ainda são evidentes os resultados práticos que se distanciam da valorização da fundamentalidade material do direito à saúde.

3.4 Problemas limitadores de efetividade das políticas públicas de saúde

Busca-se neste tópico compreender os principais problemas que restringem a eficácia das políticas públicas na efetivação do direito fundamental à saúde, fortalecendo ainda mais a importância de se abordar a temática sobre instrumentos de controle.

Qualquer proposição acerca de mecanismos de controle deve ter como referencial tais desafios restritivos, de ordem administrativa, jurídica, política ou financeira, que diminuem o campo de eficácia social das políticas públicas de saúde formuladas e em execução, ou impedem que políticas necessárias sejam criadas.

Conforme o texto constitucional e a legislação regulamentadora, as políticas públicas são instrumentos a conduzir ações e serviços que objetivem a promoção, a proteção e a recuperação do direito à saúde, evidenciando um potencial *status* de protagonismo gerencial, que deve ser implementado, acompanhado e resguardado com critério e responsabilidade, de forma a prezar por atividades efetivas e eficientes de formulação, execução, avaliação e controle.

A partir disso, a principal limitação, que se propõe a enfrentar, é a incompatibilidade entre o conteúdo ou arcabouço de proteção constitucional/normativo e os resultados obtidos frente às demandas sociais sanitárias, em que se evidenciam fatores de ineficiência

administrativa, em um cenário que as metas traçadas e os resultados de políticas públicas de saúde não estão em consonância com os ditames jurídicos, nem oferecem concretude no contexto fático.

Para além dessa dificuldade de conexão entre arcabouço jurídico e resultados das políticas públicas sanitárias, há outras limitações, abarcadas neste estudo, a darem espaço a instrumentos de controle que visem à efetividade do direito à saúde, no que se incluem aspectos de precarização do SUS no trato das ações e serviços de saúde; obstáculos proporcionados pela dimensão de ordem financeira no âmbito da reserva do possível; e fatores limitantes no âmbito da administração pública, a evidenciar ineficiência no diálogo institucional, falta de conexão dos instrumentos de planejamento e orçamento com a realidade social, corrupção e deficiência no implemento efetivo de procedimentos de avaliação e controle.

3.4.1 Ineficiência/insuficiência das políticas públicas de saúde frente ao arcabouço de proteção constitucional/normativo

Apesar de pacífico o dever constitucional do Estado em proteger, promover e recuperar a saúde por meio de políticas públicas, e que a legislação regulamentadora traz um norte inovador e satisfatório, inclusive estabelecendo uma aplicação mínima de recursos e delineando de forma concisa quais ações e serviços devem ser abarcados, os resultados deficitários ainda evidenciados afloram um cenário de debate para identificação, compreensão e enfrentamento dos fatos geradores mais marcantes.

Muitas são as políticas públicas instituídas, alinhadas com o conteúdo constitucional e normativo, inclusive de alcance nacional, mas que ainda carecem de correções, a partir dos resultados obtidos e identificados em processos de avaliação, monitoramento e controle estrito.

Tem-se que a avaliação das políticas públicas é um mecanismo de retroalimentação, pois com seus resultados novos problemas farão parte da agenda pública, no âmbito de um sistema que, apesar de suas limitações, conduz ao aperfeiçoamento.¹⁰⁹

O que se pode admitir é que a finalidade das políticas públicas de saúde não se exaure com sua formulação e execução, pois é instrumento que possui um ciclo contínuo, que permite possíveis remodelagens a partir de seus resultados, visando sempre à eficácia social de seus objetivos, que depende e muito da eficiência na esfera administrativa que conduz essas políticas.

¹⁰⁹ IOCKEN, op. cit., p. 157.

Na ordem jurídica pátria, o princípio da eficiência administrativa tem índole constitucional (art. 37, *caput*) e se aplica a todos os atos da administração pública, o que alcança por óbvio a formulação e implemento das políticas de saúde.

É princípio que preconiza uma ação rápida, precisa e apta a produzir resultados por parte da administração, que satisfaçam às necessidades da população¹¹⁰, com origem na eficiência econômica, utilizada como referência para destacar uma postura mais ativa da administração pública, na busca de um resultado econômico ideal, orientado à maximização do respeito à dignidade da pessoa humana.¹¹¹

Pela eficiência, exige-se que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional, não se restringindo apenas à legalidade, mas com direcionamento para resultados positivos ao serviço público e ao satisfatório atendimento das necessidades da comunidade.¹¹²

Como conceito econômico e não jurídico, a eficiência qualifica atividades e não normas, fazendo acontecer com racionalidade e orientando a atividade administrativa no sentido de se alcançar os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo.¹¹³

A partir disso, aplicar o princípio da eficiência às políticas públicas significa pensar em uma administração pública voltada para resultados (administração gerencial), amparada no controle em diferentes níveis (interno e externo) e que preze pelo direito fundamental à boa administração.

A busca e a obtenção de resultados concretos dão-se no âmbito da tão invocada administração gerencial em novos tempos, instituto referencial nas organizações privadas e substitutivo de uma desgastada administração burocrática, a ser efetivamente adotado na lida com políticas sociais, o que é comumente negligenciado na análise e avaliação dos objetivos e metas dessas políticas.

Quanto ao direito fundamental à boa administração, se traduz, em nosso sistema, como um “direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”.¹¹⁴

¹¹⁰ MEDAUR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 11ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 127.

¹¹¹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 141-142.

¹¹² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 102.

¹¹³ SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, op. cit., p. 682.

¹¹⁴ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 20.

Apresenta-se como direito fundamental dotado de atributos de carga valorativa, que exige um mínimo de objetivação, não se compatibilizando com voluntarismo, inexperiência ou atuação paralisante da parte do administrador público. Tem amparo na moldura constitucional, invocando do Estado, como agente que coordena a organização da solidariedade e da consensualidade, traços preponderantes da articulação junto à sociedade, a prezarem pelo fortalecimento da cidadania ativa.¹¹⁵

Assim, evidente que o direito à boa administração no âmbito das políticas públicas de saúde revela um nítido e necessário favorecimento ao controle, interno ou externo, elemento crucial de uma adequada disciplina de poder estatal, com ênfase na concretude dos objetivos sociais traçados.

Na prática, o cenário político e jurídico brasileiro revela que as políticas públicas sanitárias ainda se distanciam do efetivo cumprimento não só à boa administração, mas a ditames da ordem constitucional, o que é percebido a partir de pronunciamentos oficiais do Poder Judiciário e dos órgãos de controle.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), a Audiência Pública nº 4, referencial paradigmático no trato de preceitos constitucionais afetos ao direito à saúde, tendo como base o avanço exacerbado de sua judicialização, identifica a inoperância no implemento de políticas de saúde e estabelece alguns fundamentos e elementos norteadores.¹¹⁶

Definiu-se que: a) a saúde, como direito de todos, não é mera norma programática, possuindo dimensão individual e coletiva, evidenciando um direito público subjetivo a políticas públicas destinadas à concretização em todos os níveis federativos por meio da promoção, proteção e recuperação; b) a promoção dessas políticas deve ocorrer por meio de escolhas alocativas e distribuição de recursos escassos, de forma a permitir um constante repensar das ações e serviços planejados, frente à evolução da medicina e aos novos desafios que se colocam perante o gestor de saúde, como o aparecimento de novas moléstias; c) as políticas sanitárias carecem da integração de medidas preventivas e do prestígio ao acesso universal e igualitário, de modo a alcançar a população como um todo; d) grande parte das ações e serviços necessários à adequada satisfação das necessidades sanitárias da população já estão previstas em políticas públicas, estando o problema na inexecução; e) a falta de eficácia social do direito à saúde no

¹¹⁵ VALLE, Vanice Lírio do. *Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno*. Revista Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 10, n. 48, p. 87-110, 2008, p. 102.

¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). *Audiência Pública nº 4: judicialização do direito à saúde*. Ocorrida nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/audienciapublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada&pagina=2>>. Acesso em 15/06/2021.

Brasil tem como problema principal a inoperância dos gestores, o que tem abarrotado o Poder Judiciário com demandas sobre a questão, não sendo consequência absoluta de lacuna normativa, vez que a Constituição Federal e a legislação ordinária garantem uma base jurídica suficiente para a concretização.

A constatação proporcionada pelo STF pode ser percebida em dados e informações empíricas de outros órgãos de controle, ainda que não jurisdicional, o que reforça a incompatibilidade entre os ditames constitucionais/legais e o conjunto de demandas sociais que se agiganta cada vez mais, suscitando instrumentos de melhoria.

Utiliza-se, como exemplo, auditoria operacional realizada em 2009 pelo Tribunal de Contas da União (TCU), com o objetivo de avaliar a gestão dos recursos federais repassados a municípios para a execução das principais estratégias da atenção primária à saúde no âmbito da Política Nacional de Atenção Básica¹¹⁷.

O órgão de controle externo federal visitou e fiscalizou 56 municípios no âmbito de 18 estados, relatando diferentes achados/irregularidades, entre eles: a) deficiências nos sistemas de planejamento dos municípios; b) dificuldade para atrair ou fixar profissionais de saúde; c) insuficiência de recursos financeiros para custeio do Programa Saúde da Família; d) falta de condições para encaminhamento dos pacientes para atendimento especializado ou de urgência; e) falta de materiais básicos; f) falta de aplicação de recursos pelo governo estadual; g) falhas na disponibilização aos usuários da “Estratégia Saúde da Família” (ESF) de serviços especializados; h) deficiências no processo de capacitação continuada dos profissionais envolvidos; i) falhas no acompanhamento e na avaliação das ações e dos resultados do trabalho desenvolvido pelas ESF; e j) falhas no desenvolvimento das atividades de promoção da saúde, tais como a ausência de realização regular de ações educativas de promoção da saúde pelas ESF.

São irregularidades aptas a evidenciar elementos de insuficiência, ineficiência e até má gestão, que, pelo lado positivo, indicam a importância do controle externo pelo TCU sobre atos da administração pública federal, como forma de colaborar na melhoria da operacionalização da política pública nacional.

¹¹⁷ A Política Nacional de Atenção Básica é fundamental para os entes federativos, pois tem finalidade de atenção primária à saúde, que é “o conjunto de ações de saúde individuais, familiares e coletivas que envolvem promoção, prevenção, proteção, diagnóstico, tratamento, reabilitação, redução de danos, cuidados paliativos e vigilância em saúde, desenvolvida por meio de práticas de cuidado integrado e gestão qualificada, realizada com equipe multiprofissional e dirigida à população em território definido, sobre as quais as equipes assumem responsabilidade sanitária” (art. 2º, Portaria MS 2.436/2017).

O controle externo efetivo sobre as políticas estatais é diretriz daquele órgão federal de controle, que, em conclusão de Relatório de Fiscalizações de Políticas e Programas de Governo 2019, destinado a subsidiar o Congresso Nacional na discussão do Projeto de Lei Orçamentária Anual de 2019 da União, apontou a necessidade de se aperfeiçoar os mecanismos para formulação, implementação e avaliação de políticas públicas, “de forma a garantir que a aplicação dos recursos resulte em prestação de serviços de qualidade ao cidadão, que é a justa contraprestação pela carga tributária elevada que sobre ele incide”, diante da escassez de recursos para investimento em políticas públicas, decorrente do desequilíbrio entre Receitas e Despesas Primárias associado ao crescimento das despesas obrigatórias.¹¹⁸

No âmbito dos Estados, o controle externo operacional, da mesma forma, tem indicado resultados de ineficiência em políticas de saúde.

O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, em auditoria operacional do Programa Saúde da Família (PSF) no Estado, julgada em plenário no ano de 2013, indicou problemas estruturais e de gestão que comprometem o funcionamento do programa e o alcance de resultados esperados nos municípios mineiros, recomendando-se à Secretaria Estadual da Saúde medidas como: capacitação de equipes de saúde; auxílio aos Municípios na elaboração adequada dos instrumentos básicos de planejamento; criação de incentivos visando a aumentar a cobertura populacional do PSF no Estado; instituição de política de formação permanente de gestores municipais de saúde; e aplicação efetiva dos procedimentos relativos ao monitoramento e avaliação no âmbito dos Municípios.¹¹⁹

Trata-se de cenário e realidade a destacar falhas na implementação de políticas de saúde naquele Estado, com notório prejuízo à eficiência administrativa, que se expande por grande parte dos Estados e Municípios brasileiros, o que é comumente constatado por situações como desperdício de medicamentos, prioridades ineficazes de ações e serviços, contratações desnecessárias, antieconômicas e direcionadas, sobrepreços e superfaturamento nas aquisições, planejamento incompatível com o contexto fático social etc.

É panorama que revela fatores de má gestão, controle ineficiente e até atos corruptos, dando vez a atividades de controle, internas ou externas à administração, que direcionem o Poder Público em uma permanente política estatal, sem se perder em planos de governo de

¹¹⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Relatório de Fiscalizações em Políticas e Programas de Governo (RePP) 2019*. Brasília: TCU, 2019, p. 88. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/data/files/17/B0/92/77/E933071076A7C107E18818A8/Relatorio_politicas_programas_governo_2019.pdf>. Acesso em 23/06/2021.

¹¹⁹ MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Processo 862615. Disponível em <<https://tcjuris.tce.mg.gov.br/Nota/BuscarArquivo/644895>>. Acesso em 23/06/2021.

ocasião ou política de coalizão.

Nesse aspecto, para superação e enfrentamento de limitações da eficácia das políticas públicas, um dos grandes desafios institucionais é enfatizar a saúde como política de Estado, e não como política de Governo.

O direito à saúde não se esgota na norma constitucional, e como política de Estado é reconhecido como atributo de relevância pública, exigindo o compromisso explícito por parte dos governos, a ser implementado com regularidade, continuidade e qualidade, que extrapola um mandato eleitoral, não havendo continuidade duradoura no âmbito de uma política de Governo.¹²⁰

Impõe-se uma postura fundamental que reforça o dever dos gestores de garantir a saúde de forma integral, a invocar, inclusive, estratégias de controle extragovernamental para manutenção da continuidade de políticas públicas e responsabilização de gestores.

3.4.2 Precarização do SUS

O SUS e sua normatividade são referências em um cenário mundial que diferentes países ainda não podem vislumbrar um arcabouço jurídico dotado de princípios, regras e procedimentos aptos a proporcionarem resultados qualitativos frente às necessidades sanitárias, todavia, na prática, há falhas com traços de precariedade, a demandarem ações de controle efetivo e continuado.

Apesar de não ser dotado de personalidade jurídica própria, o sistema público representa o núcleo estruturante de todas as ações e serviços de saúde pública, e, por meio de suas diretrizes, orienta e conforma todas as políticas sanitárias elaboradas e executadas pelos entes federativos.

É a estrutura pública voltada à efetivação do direito à saúde no Brasil, que, articula não só as ações e serviços de saúde, prestados em todos os níveis da federação, como também coordena os variados atores e estruturas envolvidos com as políticas sanitárias.

Tem estrutura regionalizada, que não leva em consideração apenas critérios geográficos, mas também as especificidades de cada região e de suas demandas na área da saúde, e, hierarquizada, pois escalona a prestação dos serviços a partir de sua complexidade, com vistas à racionalização do sistema e utilização otimizada dos recursos, com foco nos atendimentos primário, secundário e terciário, a partir de modelo recomendado pela Organização Mundial de Saúde e pela Organização Panamericana de Saúde.

¹²⁰ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. *Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência*. Coordenadores: Felipe Dutra Asensi e Roseni Pinheiro. Brasília: CNJ, 2015, p. 133.

Destaque para o atendimento primário, ou “atenção básica”, perfilando-se como sistema prioritário, em que se realizam ações de baixa complexidade, como simples consultas nas unidades básicas de saúde e encaminhamento para unidades superiores no caso de quadros clínicos mais complexos, com tendência a otimizar os recursos, na medida em que as ações se caracterizam por apresentarem menor custo.

Além de constituir uma rede “regionalizada e hierarquizada”, o SUS entabula as diretrizes de descentralização, com direção única em cada esfera de governo e valorização da esfera local como unidade privilegiada de gestão das políticas públicas sanitárias, e, atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais, e participação da comunidade (art. 198, CF/1988).

Em linhas gerais, a atuação sanitária estatal deve adotar medidas preventivas como prioridade do sistema único (art. 198, II, CF/1988); epidemiologia, como critério para a alocação de recursos e para a orientação programática (art. 7º, VII, Lei 8.080/1990); evidências científicas sobre a eficácia, a efetividade e a segurança do medicamento, como fundamento da incorporação de medicamentos e tratamentos às políticas do SUS (art. 19-Q, § 2º, I, Lei 8.080/1990); e conteúdo normativo das políticas sanitárias, pautado pela diretriz de integralidade, abrangendo as ações e serviços necessários para cada caso, em todos os níveis de complexidade (art. 7º, II da Lei 8.080/1990).

A integralidade não significa alcançar toda e qualquer ação assistencial, mas o conteúdo do direito à saúde exigível do Estado, com amparo nos critérios estatuidos em lei e na ordem constitucional, principalmente epidemiológicos e científicos, e formulado por meio de políticas públicas que englobem as ações e serviços necessários à garantia da saúde física, mental e social de todos os cidadãos.

O cenário constitucional e legal traz alento e ideia de “mundo perfeito”, no entanto, o contexto social demonstra aspectos divergentes, a serem enfrentados e superados, evidenciados por sinais ainda evidentes de precarização do sistema e das políticas sociais implementadas, no sentido de se atribuir à nomenclatura “precário” os significados de inseguro, não estável e frágil.¹²¹

Em um processo histórico de conquistas e retrocessos, essa precarização ocorre não somente na manutenção das políticas já existentes, mas pela constatação de ações e serviços necessários e não atendidos em nenhuma política estatal.

¹²¹ Dicionário online *Priberam*. Disponível em <<https://dicionario.priberam.org/prec%C3%A1rio>>. Acesso em 26/06/2021.

No campo da pesquisa, importante contributo é o relatório comemorativo dos 30 anos do SUS elaborado pela OPAS-OMS, no intuito de destacar conquistas e apresentar recomendações estratégicas para o futuro do sistema de saúde.¹²²

Segundo a OPAS-OMS, há sinais evidentes de precarização do SUS, que suscitam alternativas para melhorias, avanços e fortalecimento.¹²³

O órgão internacional evidencia fatores como a carência e falta de treinamento de recursos humanos no sistema público; a necessidade do fortalecimento nacional da Estratégia Saúde da Família; a falta de aprimoramento dos processos de trabalho que prejudica o acesso, a cobertura e a qualidade dos serviços sanitários oferecidos; e o subfinanciamento do sistema em 4% do PIB, abaixo dos 6% recomendados.

A expansão do SUS não tem um acompanhamento adequado de alocação de recursos necessários para implementar o seu desenho constitucional, propiciando um subfinanciamento crônico que implica em desigualdades regionais e sociais no acesso a serviços de saúde, aflorando regiões mais pobres e grupos socioeconômicos mais desfavorecidos.¹²⁴

Perpetua-se um financiamento público limitado, particularmente por parte do governo federal, que traz sobrecarga para os governos municipais e para o orçamento familiar no desembolso direto por despesas com saúde.

A precarização do SUS, evidenciada pela dificuldade de fortalecimento e sustentabilidade, além do déficit na efetividade de suas políticas públicas, tem base em falhas como a falta de uma atenção integrada, coordenada, eficiente e de qualidade dos entes federativos. Há um desequilíbrio de poder e de atribuições de responsabilidades, sendo necessária uma revisão do pacto federativo, com uma municipalização dotada de organização regional que não fragmente o sistema, visto que a descentralização se deu de modo excessivo e levou a um processo de perda de economia de escala.¹²⁵

Além disso, falta um maior aprimoramento da participação social no SUS, demandando maior atuação de conselhos e conferências frente à excessiva burocratização e foco em interesses corporativos ou específicos, com base em um diálogo social transformador que intensifique o debate técnico e o estudo de experiências nacionais e internacionais.¹²⁶

¹²² ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). *Relatório 30 anos de SUS. Que SUS para 2030?*. Disponível em <<https://apsredes.org/wp-content/uploads/2018/10/Serie-30-anos-001-SINTESE.pdf>>. Acesso em 04/04/2021.

¹²³ Ibidem, p. 11-19.

¹²⁴ Ibidem, p. 19.

¹²⁵ Idem.

¹²⁶ Idem.

Diante da diretriz de descentralização, adotada de forma mais ponderada, com equilíbrio de responsabilidades e reconhecimento das dificuldades de gestão, principalmente por parte dos municípios menos estruturados, há de se pensar no fortalecimento das atividades de monitoramento, avaliação e controle interno das políticas públicas implementadas em nível local, em complementaridade com atividades de controle externo, como a participação social.

Intenta-se com isso colocar em prática, de forma efetiva, regras de controle já positivadas em normas constitucionais e legais.

Ademais, não custa demarcar com veemência que, conforme a Constituição Federal, a administração pública, incluindo Poderes, órgãos e entidades, devem avaliar o cumprimento das metas estatais, comprovar a legalidade e avaliar os resultados quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária e financeira, o que inclui as políticas públicas de saúde (art. 74, incisos I e II). E, sob a égide da Lei 8.080/1990, os entes federativos devem definir instâncias e mecanismos de controle, avaliação e de fiscalização das ações e serviços de saúde (art. 15, inciso I).

3.4.3 Reserva do financeiramente possível

A reserva do financeiramente possível representa aspecto de limitação já introduzido neste estudo, que demanda enfrentamento ponderado, por isso mesmo passível de submissão a instâncias de controle, com intuito de esvaziamento da efetividade do direito à saúde, a suscitar que as políticas públicas sanitárias, em seu ciclo de atividades de criação, implemento, avaliação e controle, por certo demandam a realização de custos.

Nesse quesito, a reserva do possível é invocada na ordem jurídica pátria no sentido de obstar o implemento integral ou adiamento na criação de políticas públicas sociais como as de ordem sanitária.

Assim, é adotado no Brasil com viés bem particular, propagado como instrumento limitador da aplicação de recursos orçamentários e financeiros no implemento principalmente de direitos fundamentais sociais, o que destoia da origem conceitual estabelecida no Direito alemão.

A expressão ou doutrina da “reserva do possível” tem como marco referencial originário decisão proferida pela Corte Constitucional Federal da Alemanha, em que buscava solucionar restrições do número de vagas em algumas universidades.

Em um acórdão denominado de *numerus clausus*, a apreciação do caso concreto baseava-se na garantia prevista pela Lei Federal Alemã de livre escolha de trabalho, ofício ou profissão, frente à indisponibilidade de vagas em número suficiente para todos os interessados

em frequentar as universidades públicas.¹²⁷

Contextualizando o caso, vê-se que no final dos anos 60 na Alemanha, a ampliação das universidades não acompanhou a demanda dos estudantes por vagas, em especial no curso de medicina, o que fez com que o governo introduzisse limitação ao acesso tendo como base a meritocracia.

Na decisão *numerus clausus* adotada, confrontando-se a igualdade de direitos e as oportunidades em face das possibilidades que devem ser oferecidas pelo chamado Estado Social, o Tribunal Constitucional Alemão estabeleceu que “só se pode exigir do Estado o atendimento de um interesse, ou a execução de uma prestação em benefício do interessado, desde que observados os limites da razoabilidade”¹²⁸.

A Suprema Corte da Alemanha estabeleceu que os intitulados direitos sociais “estão sujeitos à reserva possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade”¹²⁹.

Isso demonstra que a reserva do possível em sua concepção original buscou evitar que fossem requeridas providências do Estado acima de um patamar logicamente razoável de exigências sociais, razão pela qual restou afastada a lógica de que o Poder Público estaria obrigado a disponibilizar um número ilimitado de vagas para acolher todos os interessados em ingressarem nas universidades públicas.

No Brasil, a jurisprudência alemã tomou o rumo do “financeiramente possível”, o que é percepção particularizada incompatível com preceitos recomendados inclusive na doutrina pátria, no sentido de se fazer uma avaliação mais ampla do conceito, não apenas restrito ao aspecto econômico.

Conforme Sarlet, a reserva do possível tem três dimensões: a) disponibilidade fática de recursos para a efetivação dos direitos fundamentais sociais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, relacionada à distribuição de receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas; e c) a proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à exigibilidade do direito social, incluindo a razoabilidade.¹³⁰

Segundo o autor, a reserva do possível não pode ser vista como elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte do seu núcleo essencial, constituindo, em verdade, uma espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também podendo atuar,

¹²⁷ MENEZES, Vitor Hugo Mota de. *Direito à saúde e reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 202-203.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 203.

¹²⁹ KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 52.

¹³⁰ SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais (...)*, op. cit. (e-book).

em determinadas circunstâncias, como garantia desses direitos.¹³¹

Em caminho similar, Novais define que sobre a aplicabilidade dos direitos sociais se impõem a reserva imanente de ponderação, a reserva do politicamente adequado (ou oportuno) e a reserva do financeiramente possível, ativadas conforme o dever estatal que estará em causa, respectivamente, no caso de um dever de respeito, dever de proteção ou dever de promoção.¹³²

Inspirado pela teoria de Novais, Pivetta explica que todos os direitos fundamentais estão sujeitos a uma reserva geral imanente de ponderação, a permitir, em casos específicos, sua restrição legítima para dar espaço a outro direito e maior peso, com base no dever de respeito. A reserva do politicamente adequado (ou oportuno) representa as esferas de restrição do Direito que exigem uma atuação política frente à realidade concreta, para definir instrumentos necessários à proteção e promoção do direito à saúde. E a reserva do financeiramente possível se relaciona com o dever de atuação positiva do Estado, quando deve implementar prestações fáticas para concretizar o direito à saúde, para protegê-lo e promovê-lo, no âmbito de uma dimensão positiva.¹³³

Apesar de a ponderação e o politicamente adequado ainda revelarem atuações insuficientes e ineficientes principalmente dos poderes políticos no trato com as políticas sanitárias, a reserva do financeiramente possível, por se relacionar com a necessidade de recursos financeiros, é a mais polêmica.

Conforme Amaral, a escassez de recursos ou de meios para satisfazer direitos fundamentais não pode ser descartada, o que demanda respostas do Direito. Na quase totalidade dos países “não se conseguiu colocar a todos dentro do padrão aceitável de vida, o que comprova não ser a escassez, quanto ao mínimo existencial, uma excepcionalidade, uma hipótese limite e irreal que não deva ser considerada seriamente”.¹³⁴

A realidade brasileira não foge a isso, em que os recursos financeiros são escassos frente às ilimitadas necessidades, decorrentes de fatores como o avanço populacional e das doenças, o aumento da expectativa de vida, a expansão de recursos terapêuticos e cenários endêmicos e pandêmicos, o que obriga o gestor público a tomar decisões e fazer escolhas.

Levar a sério os direitos, significa levar a sério a escassez. Todavia, não deve ser fundamento que permita ações e medidas estatais irracionais, insustentáveis e trágicas principalmente no trato com prestações materiais decorrentes de políticas essenciais à vida

¹³¹ SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais* (...), op. cit. (e-book).

¹³² NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, 2010 apud PIVETTA, op. cit., p. 69.

¹³³ PIVETTA, op. cit., p. 71.

¹³⁴ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 185.

humana como as de natureza sanitária.

Nesse sentido, a reserva do financeiramente possível há de ser compreendida “não como um obstáculo intransponível para a realização de prestações fáticas, mas sim como um fator que direciona para a forma como os recursos são alocados para o cumprimento das finalidades do Estado”, e jamais pode ser utilizada como fundamento para restringir ou afastar a jusfundamentalidade do direito à saúde ou de qualquer direito social.¹³⁵

Não é possível, então, conceber a teoria da reserva do financeiramente possível como justificativa universal para excluir ou atenuar a responsabilidade estatal, ainda que evidente a problemática da escassez de recursos, que deve ter enfrentamento moderado e relativo, uma vez que não se está diante de um Estado desguarnecido de recursos orçamentários e financeiros, pois atuante em um modelo jurídico-constitucional que propicia uma significativa atividade de arrecadação tributária.

Na verdade, a reserva do possível, em todas as suas dimensões, não pode ser enfrentada como um princípio absoluto a restringir ações e serviços de saúde presentes em política públicas, ou mesmo aqueles prioritários ainda não estabelecidos pelo Estado, sem se considerar o contexto fático.

Estudando o tema, Olsen propõe que a reserva do possível deve ser compreendida como uma espécie de condição da realidade, o que exige um mínimo de coerência entre a realidade e a ordenação normativa objeto da regulação jurídica. Para a autora, significa elemento material que influencia a aplicação dos direitos fundamentais sociais, por estar associado a dados da realidade, com base nas possibilidades: técnica, ou seja, o que é possível dentro da realidade fática contemporânea; econômica, traduzindo o que pode ser disposto àqueles que necessitam do bem jurídico; e, política, determinando o que é ou deixa de ser possível para os titulares dos direitos.¹³⁶

A atuação estatal em todas as esferas federativas deve ser racional a partir do enfrentamento dessa realidade, moldada por uma avaliação permanente das políticas públicas vigentes e da necessidade do implemento de novas políticas, e uma otimização dos recursos disponíveis, não sendo argumento plausível o adiamento contínuo da efetivação do direito à saúde tendo como fundamento a necessidade de muito mais disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros.

¹³⁵ PIVETTA, op. cit., p. 74 e 77.

¹³⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. 2ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2018, p. 231 e 235.

Para Krell, condicionar a realização de direitos econômicos, sociais e culturais, direitos fundamentais de cunho prestacional, à existência de “caixas cheias” do Estado, significa reduzir sua eficácia a zero.¹³⁷

Conforme Fonte, a reserva do possível “não é presunção absoluta (ou mesmo relativa) de inexistência de dinheiro, nem fundamento autônomo de discricionariedade administrativa e/ou legislativa capaz de justificar a omissão ou adimplemento defeituoso de direitos fundamentais”. “O espaço de liberdade dos poderes majoritários está confinado aos limites da Constituição”, e, assim, a política orçamentária deve ser submetida aos ditames da supremacia do texto constitucional.¹³⁸

Todavia, com base na concepção do mínimo existencial, há de se enfrentar uma análise da tributação global realizada por uma sociedade concreta, porque sem recursos os direitos serão promessas vãs. Diante disso, prestações públicas de saúde não podem ter a máxima extensão imaginável, a exemplo de tratamentos experimentais no exterior e cirurgias de altíssimo custo que não se inserem no conceito jurídico de mínimo existencial. Assim como todas as liberdades, o mínimo existencial também está limitado pelas exigências concretas, não podendo incluir “qualquer coisa” necessária à dignidade, mas somente o essencial.¹³⁹

Nesse rumo, pensar em implemento de políticas públicas de saúde com base na racionalidade e de forma alinhada à existência da reserva do possível é ter como referenciais o mínimo existencial e escolhas compatíveis com a realidade concreta, não priorizando o absurdo de forma a menosprezar o essencial no âmbito de direitos coletivos dos mais vulneráveis.

É nesse sentido que evoluiu a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que até 2007 adotavam a tese de identificar o direito à saúde como absoluto, o que não permitiria qualquer restrição à sua efetivação, passando a evidenciar a tese jurídica da ponderação entre o direito à saúde e a reserva do financeiramente possível, em que tal reserva é enfrentada como um limite relativo à efetivação do direito à saúde presente nas políticas públicas, o que depende da análise da realidade no caso concreto por meio de critérios a serem sopesados.

Na construção jurisprudencial do STF, o direito à saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, o que impõe ao Estado a obrigação de criar condições objetivas e concretas que possibilitem o efetivo acesso a tal

¹³⁷ KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, 2002 apud FONTE, Felipe de Melo, op. cit., p. 149.

¹³⁸ FONTE, op. cit., p. 149-150.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 225 e 227.

serviço (AI 734487-Agr).

Quanto à reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos, para o STF não é possível invocá-la como forma de legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao Estado (AI 739151 Agr./PI).

A intervenção fática do STF nas políticas públicas caminha no sentido de determinar que o Poder Executivo adote providências administrativas para melhorar a qualidade da prestação do serviço de saúde, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, em hipóteses que o Poder Judiciário não inove na ordem jurídica, mas apenas determine que a administração pública cumpra com as políticas públicas previamente estabelecidas (RE-Agr. 642.536/AP).

Há de se considerar que a postura do STF em atuar de forma ponderada, resguardando a atuação política dos Poderes Executivo e Legislativo, é o caminho mais plausível, pois, avaliar a conjuntura econômica/financeira e os riscos com racionalidade constitui uma operação político-legislativa pela qual o Poder Judiciário deve transitar.

E é nesse contexto voltado à dinamicidade do contexto social e político que a reserva do possível deve ser enfrentada, não somente em sua dimensão financeira de caráter promocional, mas também quanto à ponderação e ao politicamente adequado, sob a tutela de um controle efetivo, não só interno e próximo às políticas públicas, mas externo, como forma de legitimar o papel democrático de outras instituições que não as de caráter político.

Significa valorizar um controle que não apenas verifique as medidas e ações adotadas no trato das políticas frente à reserva do possível, mas indique estratégias de efetividade como: a) elementos para uma arrecadação mais eficaz de tributos locais; b) repriorização nos gastos orçamentários; c) gestão democrática participativa; d) governança pública; e) *compliance*; e f) valorização de boas práticas e interdisciplinaridade de políticas públicas.

A melhoria na arrecadação tributária local, principalmente nos municípios, por serem entes federativos com maior dificuldade frente à dependência de repasses advindos dos governos Federal e Estadual, é algo basilar para obtenção de uma sustentabilidade financeira, em um modelo constitucional que deve prezar por direitos sociais de forma prestacional, o que por certo implica em custos necessários.

De forma a intensificar essa sustentabilidade, é primordial a confecção de um orçamento público equilibrado e com priorizações racionais, revistas de forma contínua.

Para Canotilho, o Estado Social só irá desempenhar positivamente as suas tarefas de socialidade se: atender às condições básicas de provisões financeiras necessárias e suficientes com base em um sistema fiscal eficiente e capaz de assegurar e exercer relevante capacidade

coação tributária; tiver uma estrutura da despesa pública orientada para o financiamento dos serviços sociais e investimentos produtivos; adotar um orçamento público equilibrado; e implementar uma taxa de crescimento do rendimento nacional de pelo menos 3% ao ano.¹⁴⁰

Valorizando a importância orçamentária, Campos sugere a construção de um princípio de “máximo de recursos disponíveis”, a ser denominado “prioridade orçamentária dos direitos fundamentais”, em contraposição ao conteúdo da reserva do possível.¹⁴¹

Nesse mesmo trilha, enfatizando a escolha de prioridades, Krell afirma que se os recursos financeiros são insuficientes, cabe retirá-los de outras áreas que não possuam ligação com direitos mais essenciais do homem (vida, integridade física e saúde), a exemplo do transporte, fomento econômico e serviço da dívida.¹⁴²

Quanto ao controle efetivo em prol de uma gestão mais democrática e participativa, é estratégia de índole essencialmente constitucional, a permitir, inclusive, maior atuação da sociedade civil na composição orçamentária de prioridades no rol de ações e serviços constantes das políticas públicas de saúde. É pensar em um orçamento mais participativo e menos impositivo, propiciando aos mais conhecedores das mazelas sanitárias a indicação de prioridades concretas e palpáveis.

Com o mesmo intuito, a governança pública é instrumento de modernização da administração, que permite uma atuação solidária e um diálogo interinstitucional não somente entre os entes federativos, mas com o setor privado, propiciando a introdução de metodologias de gestão mais eficientes para a formulação e a execução de políticas sociais de saúde.

Para a efetivação de técnicas aplicadas com sucesso nas corporações privadas, o uso da governança pública no trato das políticas sociais deve se amparar no *compliance*, instrumento de valorização da integridade e ética, além da obediência às regras e às normas de controle, que tende a fortalecer medidas de profissionalismo e eficácia e reduzir obstáculos como os desmandos e a corrupção.

Maior aprofundamento na definição e nos caracteres do *compliance* e revisão da temática acerca do controle interno pertinentes às políticas estatais de saúde serão tratados no último capítulo.

¹⁴⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *O Direito Constitucional como ciência de direção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade (contributo para a reabilitação da forma normativa da “Constituição Social”)*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Direitos fundamentais sociais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015 (e-book).

¹⁴¹ CAMPOS, German J. Bidart. *El orden socioeconómico en la constitución*, 1999 apud FONTE, op. cit., p. 151.

¹⁴² KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, 2002 apud FONTE, op. cit., p. 151.

Por fim, dá-se ênfase à valorização de boas práticas e à interdisciplinaridade com políticas públicas de outras áreas sociais, como um caminho propiciado em recomendações de controle que visa a contemplar ações com uma visão mais ampla, pois é certo que a reserva do possível, em suas três dimensões (reservas política, de ponderação e financeira), não é fator de limitação somente para políticas sociais sanitárias, além do que as ações e serviços de saúde repercutem e são influenciadas por outras áreas da ciência.

Discutindo metodologias para a sustentabilidade normativa do Estado Social, em meio a um contexto global de progressiva carência de meios financeiros, Canotilho invoca a *clinical governance* (governança clínica), direcionada pelo Direito Constitucional, como forma de obtenção da qualidade nos serviços de saúde e concretização do direito à saúde, a partir de padrões técnicos e humanos definidos em códigos de boas práticas, superando a mera execução hierárquica de regulamentos e procedimentos administrativos.¹⁴³

Segundo o autor, um Direito Constitucional que se pretenda como instrumento de direção e que reclame a indeclinável função de ordenação material, deve introduzir nos seus procedimentos metódicos de concretização os esquemas reguladores e diretivos de outros campos do saber (economia, teoria da regulação etc.).

Trata-se de entender a saúde a partir não somente da normatividade constitucional, legislativa e administrativa, mas também com base na interatividade com outras áreas do saber e boas práticas. O direito social sanitário tem dinamicidade e necessidades holísticas que alcançam práticas econômicas, políticas, regulatórias, tributárias, científicas etc.

Pensar na *clinical governance* para o implemento de ações e serviços de saúde é buscar um maior nível de proteção, que pressupõe a excelência assistencial e padrões de qualidade, para dar amparo a uma gestão pública mais eficiente e gerencial, com boa governança, voltada para resultados práticos que ultrapassem a proclamação normativa do texto constitucional e alcancem a otimização dos recursos públicos e privados afetados ao sistema de saúde.

Conforme Canotilho, a progressiva especificação de padrões de qualidade no âmbito da gestão, regulação, procedimento e controle, acaba por ter incidência materialmente positiva nos direitos dos doentes, no que se incluem o direito à autonomia e informação, direito à equidade no acesso, direito a tratamento em prazo clinicamente razoável e direito à participação democrática na definição de escalas de prioridades.

Enfatizar um controle de políticas públicas de saúde que permeie diretrizes como a *clinical governance*, o *compliance*, a governança pública, a gestão democrática participativa, a

¹⁴³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *O Direito Constitucional como ciência de direção (...)*, op. cit. (e-book).

repriorização das despesas orçamentárias e a eficiência na arrecadação de receitas tributárias, significa abandonar de forma prática a velha desculpa de não efetivar o direito à saúde com fundamento na reserva do financeiramente possível.

3.4.4 Fatores limitantes no âmbito da gestão pública

Referenciam-se aqui fatores atinentes à atuação da administração pública que tendem a limitar a efetividade das ações e serviços das políticas públicas de saúde, o que permeia elementos como o diálogo institucional fragilizado, a desconexão social do planejamento e orçamento, a corrupção e o controle interno deficitário de políticas.

Deve-se compreender que o modelo institucional do Sistema Único de Saúde foi construído para funcionar no âmbito da tríade federativa, apoiada na diretriz da descentralização, para fortalecimento da atuação local, de forma a garantir-se políticas públicas mais democráticas e próximas da realidade social das comunidades.

No âmbito de cada ente federativo, o Poder Executivo implementa e controla as políticas sociais de saúde, e o Poder Legislativo exerce as competências legislativa e fiscalizatória. São poderes políticos que devem atuar em sintonia, e, caso contrário, se não prezarem pelo diálogo institucional produzirão oportunidade de limitação à efetividade do direito fundamental à saúde.

Um diálogo mais qualitativo entre os poderes políticos, o que inclui a participação das áreas técnica e jurídica da administração pública, as instituições constitucionais autônomas como o Ministério Público, a Defensoria Pública e os Tribunais de Contas, a sociedade civil e o próprio Poder Judiciário, perfila-se como instrumento promocional de caráter democrático que dá azo a políticas direcionadas à satisfação de objetivos comuns.

No Brasil, as dificuldades na atuação cooperativa, para a construção, implemento e avaliação de políticas públicas de saúde, principalmente visando a quesitos de conhecimento técnico e jurídico, são limitações persistentes que impactam na efetividade do direito e à saúde, por resultarem em descompasso com as reais demandas locais.

Exemplo de consequência negativa da falta dessa cooperação, é a persistência dos problemas de equidade na distribuição de pessoal e descompasso entre a formação profissional e as necessidades dos serviços de saúde. Representa desafio para uma mudança qualitativa nos processos de formação, de forma a garantir condições de trabalho que favoreçam o desempenho dos trabalhadores da saúde e a resposta às demandas de saúde da população, o que “requer esforços de articulação entre os Ministérios da Saúde, Educação, em diálogo permanente com

os gestores dos três níveis da gestão do país e com os atores sociais”.¹⁴⁴

Há de se pensar em um diálogo entre os Poderes Executivo e Legislativo, poderes de índole essencialmente política, que seja voltado para a supremacia do interesse público, que ultrapasse qualquer pretensão ocasional de “política de poder” ou “politicagem de oposição”.

As políticas sociais devem ter feitura que identifique as reais condições e necessidades de seu público-alvo, não devendo ser características de sua essência as ideias de projeto ou perpetuação de poder.

A priorização de um plano de governo, com foco em apenas um ciclo de mandato específico, comumente implica na não valorização de áreas prioritárias e essenciais como a saúde, desvirtuando o orçamento público para finalidades que precarizam ainda mais o sistema público, principalmente no âmbito das esferas municipais de governo, em que os recursos já tramitam de forma escassa, em uma contínua dependência de recursos federais e estaduais.

A “politicagem de oposição” é fator a prejudicar e atrasar ainda mais o diálogo entre os poderes políticos, o que por certo adia ou prejudica planos direcionados para uma maior qualidade das políticas sanitárias.

No âmbito municipal, é recorrente uma atuação da câmara municipal, constituída por maioria de membros de oposição ao prefeito, que dificulta, de forma imprudente e por “politicagem”, a tramitação de novos projetos de lei dirigidos à formulação de políticas sanitárias locais, ou realiza fiscalização dos atos do governo municipal de forma a emperrar ações e serviços mais urgentes, ainda que prioritários e vinculados a políticas nacionais e estaduais.

Tratando sobre controle de contas públicas na esfera municipal, Costa Júnior defende que agiu certo o poder constituinte originário ao deixar a cargo do Poder Legislativo local o controle político das contas que o Poder Executivo presta de toda a administração municipal, não sendo aceitável o pressuposto absoluto de que esse controle sempre seria transformado em instrumento de politicagem. Mas, enfatiza que não se deve confundir política com politicagem, por ser esta a sua degeneração em algo mesquinho e incompatível com a realização do bem comum.¹⁴⁵

Em importante observação, Martins defende que o Brasil é um país consumido pela corrupção, que, desde sempre, teve uma rica política e politicagem local, a partir de uma

¹⁴⁴ OMS. OPAS. “*Relatório 30 anos de SUS. Que SUS para 2030?*”, op. cit., p. 35.

¹⁴⁵ COSTA JÚNIOR, Eduardo Carone. *As funções jurisdicional e opinativa do Tribunal de Contas: distinção e relevância para a compreensão da natureza jurídica do parecer prévio sobre contas anuais dos prefeitos*. Revista Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 1, n. 8, out. 2001.

valorização da autonomia municipal, em um ambiente com demasiadas entidades federativas, com prefeitura e Legislativo próprios, ainda que muitos desses municípios não tenham a mínima condição de sobreviverem sozinhos, com uma existência geralmente devida a um acordo político.¹⁴⁶

Nesse contexto, ainda se percebe uma mercantilização política no plano local, em um ambiente de politicagem de fazer os mármores corarem, para se manter no mandato, com vereadores que desservem o município, utilizando do cargo político para fins pessoais, políticos ou de partidos ou facções partidárias.¹⁴⁷

Em um prospecto mais favorável, pensar em efetividade do direito à saúde, que possui caráter transindividual, é essencial o princípio da cooperação entre os poderes e a participação da sociedade, por meio de diálogos interinstitucionais, definindo aspectos de como os poderes públicos e as partes envolvidas devem atuar no Estado Democrático, com base em deveres de conduta decorrentes do princípio da responsabilidade.¹⁴⁸

Não há dúvidas de que, para que haja efetividade do direito à saúde é imprescindível a cooperação entre os Poderes Estatais e a participação da sociedade, ou seja, os conteúdos da integralidade e da assistência do SUS devem ser definidos entre sociedade e Estado, numa contínua cooperação por meio de diálogos entre as instituições.¹⁴⁹

Na visão de Curado, são enormes os ganhos com o diálogo interinstitucional, pois viabiliza uma uniformidade de entendimento que aumenta o peso da persuasão argumentativa e confere maior segurança aos responsáveis pela efetivação dos direitos, bem como permite o uso conjunto de instrumentais e aparatos estruturais que aumenta significativamente a possibilidade de êxito.¹⁵⁰

Referenciando o diálogo institucional, no âmbito da separação dos Poderes e deliberação em prol dos direitos fundamentais, Mendes propõe que a interação entre instituições com intuito de maximizar seus respectivos desempenhos deliberativos é o melhor para uma democracia organizada sob o princípio da separação de poderes, por propiciar um estímulo à competição pelo melhor argumento, trazer vibração ao regime e implantar uma pressão por

¹⁴⁶ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Município e o princípio da simetria*. Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPG, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, jan./jun. 2010.

¹⁴⁷ CASTRO, José Nilo de. *Responsabilidade social do vereador*. Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM. Belo Horizonte, ano 5, n. 11, jan./mar. 2004.

¹⁴⁸ JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Tradução: Marijane Lisboa e Luiz Barros Montex. Rio de Janeiro: Contraponto. Ed. PUC-Rio, 2006.

¹⁴⁹ MACHADO, Clara; MARTINI, Sandra Regina. *Desjudicialização da saúde, diálogos interinstitucionais e participação social: em busca de alternativas para o sistema*. Revista Estudos Institucionais. v. 4, n. 2, 2018.

¹⁵⁰ CURADO, *A efetivação não judicial de direitos sociais*, op. cit., p. 137.

consistência.¹⁵¹

A importância do diálogo entre os poderes políticos abarca a participação do Poder Judiciário, que, fomentado por essa cooperação, poderá prezar pelos critérios de racionalidade em suas decisões judiciais, voltados ao implemento efetivo de políticas sociais de saúde.

Esse fomento do diálogo entre as cortes e os legisladores parte do princípio de que uma decisão judicial pode ser a motivação de um assunto a ser discutido pelos representantes eleitos, o que pode ser acompanhado por uma oportuna alteração legislativa, com base nos valores identificados pela interpretação judicial, de forma que o novo ato legislativo abarque, de alguma forma, as considerações, recomendações e determinações das cortes.¹⁵²

É certo que essa cooperação e maior diálogo entre os três Poderes tende a contribuir para uma redução de gastos com o aparato judicial e com procedimentos na administração pública, além de beneficiar a governança pública, que valoriza uma participação mais efetiva da sociedade, setor privado e organizações não governamentais na construção democrática das ações e serviços das políticas públicas de saúde.

Com a crise do Estado do Bem-Estar Social, que não consegue atender ao aumento da complexidade das demandas sociais, há um necessário redimensionamento do setor público, que deixa de ser exclusivamente estatal, “convertendo-se em um espaço de articulação onde indivíduos e organizações não governamentais atuam e compartilham responsabilidades com os órgãos de governo em temas pontuais nos quais assumem a condição de especialistas”.¹⁵³

Inegável que a implementação de políticas públicas de saúde e a efetividade de suas metas dependem dessa congregação de forças de diferentes grupos e agentes envolvidos.

Nesse ambiente, a governança pública surge como instrumento de administração gerencial, contrária à centralização excessiva e burocracia exacerbada, que se relaciona com o atual princípio da boa governança, que, adotado como governança local, pode fortalecer a atuação dos municípios no implemento de políticas públicas de saúde, por meio de uma melhor relação entre administração municipal, sociedade civil e empresas privadas, privilegiando o diálogo e a negociação em vez do predomínio de uma agenda externa inacessível aos interesses dos munícipes.

¹⁵¹ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 204.

¹⁵² HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. *The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all)* apud ROCHA, Glenyo Cristiano. *Judicialização da política e efetivação de direitos fundamentais: sob a perspectiva da tutela da saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 145.

¹⁵³ DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 27.

Um outro problema recorrente no âmbito dos entes federativos diz respeito à desconexão existente entre o que é planejado e orçado como despesas públicas e as reais demandas sociais prioritárias na área da saúde.

Como instrumentos de índole constitucional (art. 165), o planejamento, materializado pelo plano plurianual, que estabelece objetivos e metas para as despesas relativas às políticas continuadas, e pela lei de diretrizes orçamentárias, que compreende metas e prioridades que orientam as despesas, e o orçamento, em que são estimadas as receitas públicas e fixadas as despesas para o exercício financeiro, são fundamentais para que o Estado conecte, de forma prestacional, eficaz e eficiente, as normas constitucionais e legais com as mazelas sociais mais urgentes e prioritárias.

São instrumentos que, construídos ordinariamente pela administração pública, com a necessária participação democrática da sociedade (audiências públicas e controle social), devem estabelecer escolhas dentro de um ambiente de recursos escassos, pautando-se pela alocação com priorização em áreas mais precárias e essenciais como a saúde.

Na teoria, há uma infundável discussão acerca dos aspectos impositivo e participativo do orçamento público, que mais serve para adiar o que há de mais importante: a aproximação do gasto público à realidade social.

Ainda que a imposição de procedimentos seja necessária, com base na legalidade e plano estratégico de gestão e governo, combinada com a participação de toda a sociedade na composição das despesas públicas, fato é que os resultados e as práticas no âmbito dos entes federativos ainda são ineficientes ou insuficientes, o que demanda vigilante controle, a exemplo da previsão constitucional de fiscalização orçamentária pelos tribunais de contas, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade (art. 70, *caput*).

Importante ressaltar que é na execução orçamentária que o controle das políticas públicas de saúde deve ser ainda mais rigoroso, vez que além da previsão constitucional e legal de aplicação mínima das receitas e transferências nas ações e serviços de saúde, a qualidade dessa aplicação deve ser exemplar, visto a essencialidade do direito à saúde e sua explícita relação com o direito à vida e dignidade humana.

A elaboração de um planejamento e orçamento desconexos com a realidade social da comunidade é causa de falhas reiteradas como desperdício de medicamentos, especialidades médicas não atendidas ou insuficientes, endemias mal controladas, atendimento ineficaz de procedimentos cirúrgicos, gastos em áreas sanitárias menos prioritárias, descontinuidade no atendimento de grupos prioritários que incluem pessoas com câncer, idosos com Alzheimer, crianças com síndromes etc.

O problema do planejamento estatal no Brasil é recorrente e histórico, e não dá sinais de que as melhores práticas mundiais tragam influência inovadora e corretiva.

Mais recentemente, o TCU, em acompanhamento da governança do centro de governo durante o enfrentamento à covid-19, foi pontual no sentido de indicar que não houve o estabelecimento de diretrizes estratégicas ou objetivos para enfrentamento da pandemia, demonstrando a necessidade de um planejamento estratégico amplo, “de forma a orientar ações e prioridades, definidas a partir da avaliação da situação sanitária, econômica, política e social realizada pelas diversas pastas ministeriais”.¹⁵⁴

A celeuma se encontra justamente na ineficiência de definição de ações prioritárias, que geralmente é destoante de uma efetiva avaliação da situação social das comunidades, além da fragilidade do diálogo federativo e da baixa participação social para a composição ou correção de políticas públicas.

O mesmo TCU, relacionando planejamento e orçamento, recomendou à administração pública federal em 2018: o aprimoramento da governança orçamentária, por meio da definição de indicadores de efetividade para os programas e ações, utilizando-os como evidência na tomada de decisão; a sistematização do monitoramento e avaliação do desempenho de programas e políticas públicas; e o estabelecimento de mecanismos para relacionar a alocação orçamentária ao desempenho dos programas e resultados gerais alcançados.¹⁵⁵

São caminhos invocados que evidenciam não só a importância da atuação e instrumentos voltados para o planejamento e orçamento, mas também do monitoramento e avaliação internos e do controle externo.

Diante da ordem jurídica vigente, o que falta, e demanda avaliação e controle efetivos e continuados, é ao menos cumprir as regras e princípios já estabelecidos no âmbito das normas e do planejamento.

No campo prático, a Secretaria de Estado de Saúde de São Paulo indica que os Municípios, Estados e União devem compatibilizar os instrumentos de planejamento da saúde (Plano de Saúde, Programações Anuais e Relatório de Gestão) e os instrumentos de planejamento e orçamento de governo (PPA, LDO e LOA).¹⁵⁶

¹⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Relatório de Fiscalizações em Políticas e Programas de Governo 2020 (REPP 2020)*, p. 9. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/data/files/6E/65/F8/88/8DD0B710EA6C5BA7E18818A8/Relatorio_politicas_programa_s_governo_2020.pdf>. Acesso em 16/10/2021.

¹⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Relatório de Políticas e Programas de Governo 2018 (Sumário Executivo - RePP 2018)*. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/data/files/44/F5/ED/99/7ADEF610F5680BF6F18818A8/Relatorio_politicas_programa_s_governo_2018.pdf>. Acesso em 01/09/2021.

¹⁵⁶ SÃO PAULO. Secretaria de Estado de Saúde São Paulo / Coordenadoria de Planejamento de Saúde /

Além disso, deve-se colocar efetivamente em prática o ciclo de planejamento federativo previsto para o SUS, em que o Ministério da Saúde e os conselhos federativos propõem as diretrizes gerais de elaboração do planejamento para todas as esferas de gestão, os estados e os Conselhos Estaduais de Secretários Municipais de Saúde (COSEMS) coordenam o ciclo de elaboração, implementação e avaliação do planejamento em seus territórios e os Municípios, a partir das necessidades locais, com base nas diretrizes estabelecidas pelos Conselhos Municipais de Saúde (CMS) e Conferências Municipais de Saúde (CMS) e nas prioridades estaduais e nacionais, elaboram, implementam e avaliam o ciclo do planejamento municipal.

Necessário ressaltar que os planos municipais de saúde dão sustento para o planejamento das regiões de saúde, que, por sua vez, deveriam orientar o planejamento estadual. Da mesma forma, a esfera federal deveria levar em consideração o escopo das atividades planejadas pelas unidades da Federação. Todavia, na prática, essa lógica normativa ascendente e o planejamento integrado ainda são desafios para os gestores do SUS.

O ciclo de planejamento municipal, que deve considerar os da União e Estados, é fundamental para a harmonização no planejamento regional, principalmente por ser o ente federativo mais próximo da realidade e mazelas sociais sanitárias das comunidades.

Enfim, importante parâmetro orientativo para os gestores das três esferas da Federação, quanto à organização de suas atividades de planejamento, e que dá subsídio para as atividades de avaliação e controle, diz respeito aos princípios previstos no Decreto 7.508/2011, na Lei Complementar 141/2012 e especialmente na Portaria 2.135/2013 que define as diretrizes atuais para o planejamento no SUS.

Na esteira de tal normatividade, o planejamento consiste em uma atividade obrigatória e contínua; no SUS, deve ser integrado ao planejamento governamental geral; deve respeitar os resultados das pactuações entre os gestores nas Comissões Intergestores Regionais, Bipartite e Tripartite Princípio; deve estar articulado constantemente com o monitoramento, a avaliação e a gestão do SUS; deve ser ascendente e integrado; deve contribuir para a transparência e a visibilidade da gestão da saúde; e deve partir das necessidades de saúde da população.

Outro fator, de natureza histórica e estrutural no Brasil, limitante da efetividade do direito fundamental à saúde, principalmente nos aspectos políticos e financeiros das políticas públicas, é a corrupção, que atrasa ainda mais a busca por resultados eficazes, desestabilizando a estrutura econômica do sistema de saúde, prejudicando políticas em andamento ou fazendo

com que demandas coletivas nem sejam estabelecidas em metas concretas.

Refere-se à corrupção como qualquer uso ilegítimo do poder público, de bens e serviços ou de autoridade com intuito de benefícios pessoais ou a particulares, no âmbito de diferentes possibilidades como pagamento de propinas, fraudes em procedimentos de contratação, desvios de finalidade de verbas públicas etc.

É definição geral que por óbvio evidencia uma divergência entre as demandas sociais e o sistema legal, o que impacta negativamente na eficiência das despesas estatais, vez que parte dos recursos destinados ao custeio e investimento público podem ser desviados antes de atingir sua finalidade.

Nesse sentido, Tanzi e Davoodi defenderem que a corrupção tende a aumentar o investimento público, todavia, deteriora sua qualidade e seus retornos sociais, proporcionando, assim, maior ineficiência ao setor público. Além disso, gastos de custeio, como os direcionados para educação e saúde, tendem a ser negligenciados em favor de outras despesas que proporcionam maiores retornos à corrupção.¹⁵⁷

A corrupção não combina com a eficiência administrativa, prejudicando flagrantemente resultados qualitativos e gerenciais no âmbito da administração pública e para a satisfação do interesse público, agravando ainda mais a crise no âmbito de áreas essenciais como a saúde pública.

A pretensão é sustentar que diante desse mal arraigado em diferentes segmentos da administração pública, deve-se aquiescer caminhos para melhor controle interno e externo, que incorram no implemento de ações de combate a práticas antirrepublicanas, de forma a prezar por uma maior taxa de retorno dos recursos destinados à área da saúde e gerar maior bem-estar social.

Então, ponderação mais viável é a de que a eficiência do setor público é reduzida pela corrupção, a exemplo do que ocorre com a redução do retorno de cada unidade monetária paga pelo governo, quando há fraudes em licitações; a diminuição da efetividade do gasto social devido a desvios orçamentários para práticas ilícitas, como o enriquecimento individual; e a redução da produtividade do investimento público, frente a superfaturamentos que diminuem a relação produto ofertado/insumo utilizado das obras.¹⁵⁸

¹⁵⁷ TANZI, V.; DAVOODI, H. *Corruption, growth, and public finances*, 2000 apud LOPES, Lucas Sabioni; TOYOSHIMA, Silvia Harumi. *Evidências do impacto da corrupção sobre a eficiência das políticas de saúde e educação nos estados brasileiros*. Revista Planejamento e Políticas Públicas (PPP / IPEA), n. 41, 2013. Disponível em <<https://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/265/313>>. Acesso em 10/09/2021.

¹⁵⁸ LOPES, Lucas Sabioni; TOYOSHIMA, Silvia Harumi, op. cit.

Ao avaliar metodologicamente e relacionar a qualidade da gestão dos recursos destinados aos serviços de saúde e educação nos estados brasileiros com o nível de corrupção, Lopes e Toyoshima concluem que a corrupção estadual tem influenciado negativamente a eficiência na prestação de serviços públicos nessas áreas, mesmo quando se olha para o nível de instrução e de renda locais. Apesar de cada região do Brasil apresentar incidências diferenciais de problemas, todas as formas de corrupção estão presentes com algum peso.¹⁵⁹

Segundo os dados levantados pelos autores, a corrupção gera uma redução no escore de eficiência técnica e, em termos do impacto da corrupção sobre os indicadores sociais analisados, se a corrupção dobrasse em um estado tecnicamente eficiente, isto resultaria em considerável redução do bem-estar geral da população. Por isso, o combate generalizado à corrupção é uma forma em potencial de melhorar a gestão dos recursos públicos destinados à saúde e educação no país.

Enfim, sobre a deficiência na avaliação e controle interno das políticas públicas de saúde, é tema essencial neste estudo, por abarcar procedimentos a serem implementados de forma contínua e aptos a contribuir com o sucesso de uma política social, e fomentar a temática aqui defendida de valorização de instrumentos extrajudiciais de controle.

A avaliação é processo transversal que carece de um olhar atento e execução responsável e profissional, por implicar na “definição da finalidade, metodologia e como o processo de análise pode produzir informações válidas sobre o desempenho da política e consequente tomada de decisão” em relação a modificações, continuidade ou exclusão de um programa público”.¹⁶⁰

É fonte de aprendizado contínuo que permite ao gestor perceber quais ações tendem a produzir melhores resultados e quais carecem de correções e redirecionamento.

O controle interno de políticas públicas tem fundamento constitucional (art. 74), representando atividade especializada no âmbito da administração pública e implementada em todos os sistemas administrativos (compras, pessoal, patrimônio, licitações etc.), o que inclui a instância administrativa em que estiverem alocadas as políticas sociais específicas, que se destina a avaliar a execução dos programas de governo e o respectivo orçamento de alocação. Além de comprovar o alinhamento legal dessas políticas, avalia os resultados com base na eficácia e eficiência.

Nota-se, então, que a partir de uma interpretação constitucional de que o Estado deve caminhar no sentido da realização dos direitos fundamentais, neles incluso a saúde, seja pela

¹⁵⁹ LOPES, Lucas Sabioni; TOYOSHIMA, Silvia Harumi, op. cit.

¹⁶⁰ DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda, op. cit., p. 84.

ação positiva, negativa, abstencionista ou restritiva de seus órgãos, o novo enfoque do controle da administração pública impõe ao Estado o dever de respeitar não só o texto normativo, mas também o de realizar o interesse público.¹⁶¹

A avaliação tem caráter mais direcionado e próximo à política pública, com atividades a serem implementadas por agentes tecnicamente especializados, como deve ser no caso da área sanitária, enquanto o controle interno é processo mais complexo e abrangente, a ser instruído por agentes com expertise em auditoria e controle, organizado por regras e normas, princípios, métodos e procedimentos coordenados entre si.

Avaliação e controle se complementam, uma atividade depende de outra na busca pelo fim precípuo de realizar a avaliação da gestão pública e o acompanhamento dos programas de governo.

Uma administração pública que se queira prezar como moderna e voltada para resultados conexos com o interesse público não pode mais ser concebida sem a existência de sistemas de avaliação e de controle efetivos que viabilizem a busca por maior eficácia e eficiência do Estado no provimento de bens e serviços à sociedade, bem como por maior transparência e *accountability* (prestação de contas) das suas ações.

O Banco Interamericano de Desenvolvimento, em relatório sobre progresso econômico e social na América Latina, estabeleceu aspectos de referência para avaliação e controle das políticas públicas¹⁶², o que inclui: a) estabilidade, que não significa ausência de alterações, mas que sejam gradativas e consensuais, aproveitando-se as realizações de administrações anteriores; b) adaptabilidade, o que implica ajustes conforme as condições econômicas, sociais, políticas etc.; c) coerência e coordenação na participação de diferentes órgãos e agentes na formulação e implementação das políticas, para evitar a fragmentação, chamada de “balcanização” das políticas públicas; d) qualidade da implementação e da aplicação efetiva, com base na capacitação do corpo técnico; e) consideração do interesse público, evidenciando o grau com que as políticas produzidas promovem o bem-estar geral; f) eficiência, aspecto chave da boa formulação de políticas públicas, que representa a capacidade estatal de alocar seus recursos escassos às atividades em que eles tenham maiores retornos, ou seja, que assegure retornos sociais elevados.

¹⁶¹ CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *Ensaio avançado de controle interno: profissionalização e responsividade*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 146.

¹⁶² BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. *A política das políticas públicas: progresso econômico e social na América Latina – Relatório 2006*. Rio de Janeiro: Elsevier; Washington, DC: BID, 2007.

São aspectos referenciais que, na prática, representam os principais desafios e fatores de limitação da efetividade de políticas públicas de saúde no Brasil, que demandam aperfeiçoamento contínuo da avaliação e controle interno na administração pública.

Se a análise for feita com base na administração local ou municipal, em que as políticas públicas de fato acontecem e podem ser vistas em sua essência, pensar em estabilidade ou continuidade de ações e serviços, frente à política de poder adotada, em detrimento de uma política estatal, é algo ainda utópico.

Da mesma forma, o nível de adaptabilidade dessas políticas conforme novas condições econômicas, sociais e políticas estabelecidas, que impactam os municípios, enfrenta óbice em plataformas de governo desconexas da realidade social.

Há dificuldades evidentes quanto à participação coerente e coordenada de outros órgãos na formulação e implementação das políticas, capacitação continuada do corpo técnico, qualidade relacionada com o bem-estar social e alocação eficiente de recursos públicos escassos nas ações e serviços de saúde.

Nesse contexto, controle e avaliação são elementos imperativos na ordem jurídica vigente das políticas públicas sociais de saúde, com natureza constitucional a prezar por uma administração pública gerencial direcionada à supremacia do interesse público.

4 INSTRUMENTOS DE CONTROLE NÃO JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Busca-se aqui abordar o cerne do estudo proposto, com a pretensão de valorizar a importância do controle de políticas públicas por meio de instrumentos de natureza extrajudicial, que impactem de forma favorável na efetividade do direito fundamental à saúde.

Há instrumentos ou estratégias de índole extrajudicial já performadas no ordenamento jurídico, que possuem estabilidade, resultados de eficiência e potencial a serem explorados, suscitando-se sua aplicação no controle de políticas públicas de saúde.

O objetivo conclusivo pretendido é dar voz e vez a esses instrumentos e sua natureza de eficácia, ainda que com o atributo de extrajudicialidade, sem se voltar os holofotes para apenas uma estratégia de forma delimitada ou mais especializada.

Nesse sentido, a partir de uma metodologia amparada em revisão e seleção da literatura mais contemporânea sobre a temática, são apresentados alguns instrumentos relacionáveis com a efetividade do direito à saúde, a partir de sua natureza de controle extrajudicial, o que inclui: a) o controle social marcado pela participação popular no âmbito de uma democracia ativa; b) a consensualidade na administração pública com base na autocomposição decorrente das técnicas de mediação e conciliação; c) o controle externo, com base em auditorias operacionais e termos de ajuste de gestão operados pelos tribunais de contas e no ajustamento de conduta no âmbito do Ministério Público; e d) o controle interno reforçado pelo *compliance* no âmbito da administração pública.

4.1 De uma sindicabilidade judicial ponderada à valorização de instrumentos extrajudiciais no controle de políticas públicas

A efetividade do direito à saúde, idealizado por meio de ações e serviços em políticas públicas, não pode mais se restringir apenas à expectativa por uma atuação efetiva, eficaz e eficiente dos legisladores e dos chefes do Poder Executivo (gestores políticos), em um ambiente de poucos avanços e históricos retrocessos, inércia administrativa e adoção de política às avessas.

Além disso, diante do complexo cenário de problemas limitadores de efetividade do direito à saúde a partir das políticas públicas, o controle judicial não pode ser perpetuado como única solução no intuito de nortear os poderes políticos na busca por caminhos de eficácia social.

A partir dessa ideia preambular, propõe-se uma maior valorização de alternativas ou instrumentos extrajudiciais, com fundamentos amparados na ordem constitucional vigente, que possam cooperar na concretização do direito fundamental à saúde.

Pretende-se utilizar tais aspectos como norteadores, por entender ser destoante do atual Estado Democrático Social de Direito que a administração pública se acomode em ações ineficientes e destoantes da realidade social ou na espera de processos judiciais para tornar as políticas de saúde mais concretas, havendo que ceder a caminhos não judiciais que privilegiem instrumentos como o controle social, as soluções consensuais, a atuação de órgãos autônomos e independentes de controle externo e um controle interno mais efetivo.

No acelerado mundo globalizado, com demandas sociais de saúde crescentes, em meio a um evidente cenário de crises sociais e econômicas, procrastinando um maior prestígio da saúde física e mental, não há como insistir, priorizar ou mesmo endeusar processos judiciais como instrumento de materialização de interesses coletivos e políticas públicas. A saúde e a vida não podem esperar, se há vias alternativas de controle que podem projetar resultados qualitativos mais imediatos.

A complexidade e multidisciplinariedade do sistema nacional de saúde envolve informações cognitivas para formação de um consenso de projeção executiva da proteção da saúde e diferentes atores sociais como conselhos, comitês, órgãos públicos, usuários e profissionais da saúde. Nesse cenário, é fundamental invocar mecanismos de fiscalização e de regulação, não só com intuito de prevenção, mas também de correção e responsabilização.

Cogitar instrumentos de controle extrajudiciais para a efetividade do direito fundamental à saúde é algo natural nesse ambiente de atuação integrada e porque há uma evidente sobrecarga e desgaste do Poder Judiciário.

Além disso, faz-se necessário invocar o fundamento da força normativa da Constituição defendida por Hesse, correlacionada com medidas que de fato alcancem a sociedade, principalmente num ambiente de finitude de recursos financeiros do Estado Social Democrático de Direito.

Em sua doutrina, Hesse se contrapõe à crítica sociológica da Constituição formal como simples folha de papel sem prevalência sobre os fatores reais de poder, identificando a necessidade de se reconhecer, no maior grau possível, a força normativa ou ativa dos comandos constitucionais.

A Constituição por si só não realiza tarefas, mas sua força ativa pode implicar em uma vontade de concretizar sua ordem textual, desde que haja na consciência geral essa vontade, a

despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência.¹⁶³

Há de se pensar, então, em uma “conclamação ao reconhecimento, na consciência geral, da vontade da Constituição, e do dever de buscar medidas que resultem em sua efetivação”¹⁶⁴.

É certo que o acesso à justiça, com base em demandas postuladas no Poder Judiciário, é prerrogativa com previsão constitucional que não pode ser afastada (art. 5º, XXXV), não se pretendendo neste estudo, de forma alguma, negar a sua importância, todavia, deve ser compreendida de forma mais ampla, no sentido de haver outras possibilidades que lhe complementem ou antecipem, no que se incluem alternativas de controle extrajudicial, que se destinem a materializar a concretização do direito social à saúde.

Fato é que devido a fatores, no âmbito da administração pública, como ineficiência, desorganização estrutural e má gestão, diante da escassez de recursos no trato das políticas de saúde, o Poder Judiciário é insistentemente acionado para dar efetivação ao direito à saúde, em um processo denominado “boom da litigação”, com a motivação dada pelo distanciamento entre representantes políticos e representados, resultando em um evidente protagonismo dos magistrados como figura central da proteção, com base na legislação permissiva.¹⁶⁵

Trata-se de atuação instigada por uma cultura de fomento à demanda judicial, que torna o sistema cada vez mais insustentável, com base na valorização predominante da efetivação de direitos sociais, como a saúde, a título exclusivamente individual, “o que resulta em acesso não isonômico a direitos, na medida em que sua fruição fica adstrita aos litigantes, sem contemplar terceiros em possível situação análoga”.¹⁶⁶

Tem-se, então, duas celeumas para o enfrentamento, ainda que com breves considerações: a) a possibilidade e limites do controle judicial de políticas públicas de saúde; e b) a valorização excessiva da judicialização da saúde pelo prisma individual ou da microjustiça.

Os que defendem a interferência judicial em atos essencialmente políticos utilizam fundamentos de uma doutrina contemporânea que não identifica na teoria tripartite um caráter absoluto e insuperável, invocando a possibilidade de maior exercício de funções atípicas pelo Poder Judiciário e interação com os outros Poderes, de forma a viabilizar caminhos para fortalecimento das finalidades precípua do Estado Democrático de Direito, como a garantia e a efetivação dos direitos fundamentais.

¹⁶³ HESSE, op. cit., p. 19.

¹⁶⁴ CURADO, op. cit., p. 24.

¹⁶⁵ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. *Dezessete anos de judicialização da política*. Tempo Social, São Paulo, v. 19, n. 2, nov. 2007.

¹⁶⁶ Idem.

Suscita-se a ideia de que o Poder Judiciário ocupe mais espaço, ainda que de forma derivada, no campo político, por ser isso algo salutar ao regime democrático.¹⁶⁷

E, no âmbito de um modelo de constitucionalismo contemporâneo, não se pode negar que o Poder Judiciário tem evoluído de mero órgão aplicador literal da lei ao caso concreto a controlador de atos dos demais Poderes, de órgãos e entidades estatais, intervindo também no campo político como guardião do texto constitucional e dos direitos fundamentais nele estabelecidos, o que implica na denominada “judicialização da política”.

Na percepção de Chayes, a relação entre a judicialização e as políticas estatais se estreitam, sendo emergente um novo padrão de processo civil denominado “litigiosidade de interesse público” (*Public Law Litigation*), para abranger a judicialização de conflitos cuja pretensão seja a implementação de uma ação estatal que se postula dentro de uma política pública.¹⁶⁸

Tem-se um direcionamento originário no sentido de pleitear uma atuação judicial mais próxima das ações estatais afetas a políticas públicas, instrumentos estes de índole político-constitucional.

Estudando elementos e caracteres pertinentes à judicialização da política, Barroso a traduz como uma circunstância do modelo constitucional adotado e não um exercício deliberado de vontade política, significando que questões políticas ou sociais estão sendo decididas por órgãos judiciais e não pelas instâncias políticas tradicionais, com transferência de poder para juízes e tribunais e alterações na linguagem, na argumentação e na forma de participação da sociedade.¹⁶⁹

Isso significa que decisões jurisdicionais alcançam questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral, havendo uma certa transferência de poder para instituições judiciais em substituição oportuna à atuação dos poderes ou instâncias políticas (Legislativo e Executivo).

Há uma dilatação da autoridade judicial e do crescente protagonismo jurídico, social e político dos juízes, amparados em uma maior abrangência da jurisdição constitucional em detrimento do campo de atuação dos órgãos políticos do Estado, implicando em transferência

¹⁶⁷ CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. *Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 291.

¹⁶⁸ CHAYES, Abram. *The role of the judge in Public Law Litigation*. Harvard Law Review, v. 89, n. 7, maio 1976, apud QUINTAS, Fábio Lima. *Juízes-administradores: a intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais*. RIL Brasília a. 53, n. 209, jan./mar. 2016, p. 31-51.

¹⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, 2012, p. 23-32. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em 25/05/2021.

decisória dos Poderes Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário, cujos membros passam a ocupar espaços antes dominados de forma exclusiva pelos agentes políticos eleitos pelo povo.¹⁷⁰

Na prática, ações são postuladas para acesso aos tribunais, para que decidam dilemas morais fundamentais, questões de políticas públicas e de controvérsias políticas, com causas que incluem inação do legislador e administrador e falta de efetivação dos direitos fundamentais.

Para Clève e Lorenzetto, as fronteiras entre o Direito e a política se atenuaram, em que outros caminhos podem ser buscados pelas partes que demandam seus direitos, para além da relação tradicional de representantes e representado, o que seria “um sinal de amadurecimento das instituições democráticas, que passam a admitir desacordos entre os cidadãos e os traduzem nos termos institucionais adequados para abordar (*address*) a questão”.¹⁷¹

Pelo lado dos que defendem uma sindicabilidade judicial de políticas públicas mais limitada, há fundamento no sentido de que elas são produto de um processo essencialmente político, a ser realizado de forma ordinária e institucional pelos chefes do Poder Executivo (presidente, governadores e prefeitos) e pelos legisladores (deputados federais, deputados estaduais e vereadores), e complementado por uma manifestação mais ampla e afeta ao controle social, vez que todo esse processo se dá com base em uma representatividade no âmbito da democracia, o que limitaria ou até impediria atitudes políticas no âmbito do controle judicial.

Em concordância com todos esses argumentos, cabe ressaltar que, ainda que evidente a crise de eficiência e de identidade dos poderes políticos (Legislativo e Executivo) no enfrentamento de políticas sanitárias no Brasil, tal cenário não pode autorizar a supressão de competências e funções institucionais, nem permitir uma concentração exacerbada de poder no âmbito da função judicial, principalmente quando se traz à lume o consentimento direto da soberania popular.

Não se trata aqui de negar a importância (e necessidade) dos integrantes do sistema jurídico atuarem na efetivação dos direitos prestacionais alocados em políticas sociais, mas reconhecer que não se deve conceber um protagonismo isolado e nem um avanço desregrado sobre políticas de saúde que flagrantemente possuem características técnicas e científicas pertinentes a condutores mais especializados.

¹⁷⁰ PINTO, Hélio Pinheiro. *Juristocracia: o STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 183.

¹⁷¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade*. In: Revista de Investigações Constitucionais, v. 2, 2015, p. 202.

Muitas das ações e decisões acerca de medidas e serviços sanitários, quando do enfrentamento das respectivas políticas públicas, são complexas, técnicas e especializadas, o que demanda atuação particular do administrador público, que deve ser amparado por equipes e órgãos competentes com expertise, habilidade técnica e científica, quanto ao que, por vezes, o Poder Judiciário não possui carga cognitiva vertical para amparar suas decisões.

A ausência de capacidade técnica especializada e de critérios adequados para o trato de matérias sanitárias, é fator que pode ensejar a emissão de decisões judiciais contrárias ao sistema de saúde e à ciência afeta ao conhecimento específico que alcance, por exemplo, procedimentos médicos e produtos farmacêuticos.

Além disso, uma atuação com base em um voluntarismo, sem limitações ou amparo técnico especializado, pode induzir o Poder Judiciário a determinar ações e serviços de saúde que demandem gastos vultosos a partir de pleitos judiciais individuais, o que pode estar desconsiderando políticas na área da saúde já em desenvolvimento e o planejamento vigente estabelecido, com prejuízo a demandas coletivas, de maior alcance, mais prioritárias e urgentes.

Não pode passar despercebido que o avanço judicial cada vez mais crescente sobre políticas públicas sanitárias ocorre em detrimento de uma atuação institucional e cidadania ativa mais enfraquecidas, em um caminho na contramão da democracia que preza pelo pluralismo e pelo maior acesso social ao campo político.

Para Queiroz, renunciar ou destruir a política significa acabar ou desistir daquilo que dá ordem ao pluralismo e à diversidade numa sociedade civilizada.¹⁷²

Evidencia-se um ambiente que configura riscos à legitimidade democrática, por conformar um maior agir jurídico com pretensões legislativas que tende a enfraquecer a cidadania. Torna-se real o perigo de se transformar o discurso jurídico, quando da aplicação da lei ao contexto fático, em um discurso legislativo legitimado, sem a necessária submissão ao crivo do processo político de deliberação pública.

Além disso, diante da intensificação da judicialização de políticas públicas, ainda que justificada pelo amparo no modelo constitucional vigente, há de se considerar a possibilidade de um ativismo judicial desregrado ou não saudável, que contrarie a ordem constitucional e seus preceitos.

Importante pontuar que judicialização da política e ativismo judicial não se confundem, mas se relacionam. No âmbito da judicialização de uma política estatal de saúde, é possível que ocorra o ativismo judicial, em que o Poder Judiciário amplia sua forma de atuação.

¹⁷² QUEIROZ, Cristina M.M. *Os actos políticos no Estado de Direito*, apud FONTE, op. cit., p. 181.

No aspecto conceitual, para Brandão, o ativismo judicial implica ultrapassar as linhas demarcatórias da função jurisdicional, para além da função típica do Poder Judiciário, com alargamento de poderes. Significa escolher um modo específico e proativo de interpretar a Constituição Federal, “que permite uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.¹⁷³

Diferentemente do que comumente se apregoa, essa participação mais ampla e intensa por meio do ativismo judicial nem sempre significa abusos ou avanços indevidos. O ativismo não deve ser rechaçado sumariamente, ainda que haja decisões dissonantes no âmbito do Estado Democrático de Direito, pois, quando saudável, pode conduzir à efetivação de direitos fundamentais como a saúde.

Na prática, o ativismo correlaciona democracia e legitimidade, e, no cenário teórico, suscita-se sua implementação pelas facetas do minimalismo¹⁷⁴ ou do maximalismo, ou seja, pode, respectivamente, assumir um viés conservador ou uma postura progressista. Nas questões mais complexas ou casos difíceis (*hard cases*), com elevado grau de abordagem moral ou política das celeumas enfrentadas, ambiente natural do ativismo judicial, é comum que ocorra de forma mais acentuada ou mais alargada partindo para o maximalismo. Neste caso, há de se atentar para a possibilidade de descambar para a discricionariedade, arbitrariedade ou o decisionismo judicial.

O que se cogita aqui é que o ativismo judicial, ainda que implementado no âmbito de uma corrente maximalista, na postura progressista, não seja ilimitada, mas, parametrizada, de forma a não se incorrer em uso desmedido e/ou político da corte judicial, às avessas frente à democracia e à legitimidade.

¹⁷³ BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 17-18.

¹⁷⁴ As correntes minimalistas incluem: a) a autorrestrição judicial, referente à atuação modesta ou moderada das cortes quando julgar atos de outros poderes, declarando inconstitucionalidade somente quando isso for gritante, preservando a autoridade primária e superior do povo, delegatário de sua vontade ao Legislativo (In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judiciário do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 176-179), respeitando a separação dos poderes e evitando o desprestígio institucional e o aumento da litigância; b) as virtudes passivas, que implica em não decisão nos casos da aplicação de princípio constitucional não maduro para a sociedade e os poderes políticos, adiando-se a solução da questão moral e política até que surja maior discussão ou consenso, e a corte decidirá somente quando tiver expertise no assunto, houver informação e conhecimento confiável quando seu sendo político disser que é necessário (PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso; KNEIP, Maria Erotides. *Ativismo judicial: um fenômeno mal compreendido – entre a autorrestrição e o maximalismo*. In: PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso; KNEIP, Maria Erotides (coord.) *Ativismo judicial em tempos de pandemia*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020, p. 1-32); e c) a modéstia judicial, em que os juízes devem usar estratégias minimalistas de adjudicação diante de questões morais complexas, adotando decisões estreitas ao invés de amplas e evitando dizer mais do que o necessário, pois os canais políticos são, frequentemente, mais bem preparados para realizar reformas sensíveis e eficientes (In: SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 187).

Isso significa pensar em um ativismo mais coerente e saudável, que ocorrerá quando a atuação dos poderes políticos coloca direitos constitucionais em risco e há o incentivo a compromissos incompatíveis com a racionalidade dos direitos fundamentais. Nesse ambiente, as decisões judiciais fazem prevalecer uma maior carga argumentativa no sentido de prevalecer princípios sobre atos políticos, mas dotadas de uma representação deliberativa e argumentativa adequada à uma construção decisional que reflita uma corte inserida e sensível ao sistema democrático.¹⁷⁵

Um ativismo judicial coerente e saudável como criatividade do magistrado, amparado pela ordem constitucional, é ponderado por limitações normativas, principiológicas, procedimentais, fáticas e político-institucionais, de forma a não extrapolar o campo da legitimidade democrática, respeitando a necessidade de deliberações sociais.

Por outro lado, o ativismo não saudável, para além do mérito da escolha do gestor público ou da seara legislativa, adentra ao campo de atuação dos agentes públicos administradores e políticos para efetivar uma escolha de cunho discricionário administrativo ou legislativo, o que configura medida estritamente política. É a substituição indevida de poderes políticos, com decisões que ultrapassam os limites da linha divisória entre os poderes e se utilizam de retóricas equivocadas que afrontam o foro originário e mais adequado para as discussões e deliberações com argumentos de política.

Para Jesus, o ativismo (criatividade) judicial é instrumento compatível com o sistema legal da *civil law*, representando uma jurisdição criativa legalmente autorizada, mas que não pode ser promovida de forma desamparada e irrestrita, devendo se ater, além das limitações normativas, aos parâmetros materiais, fáticos, políticos-institucionais e jurídicos-procedimentais, “intervindo no campo político com cautela e razoabilidade, orientando-se pelos postulados da independência e da harmonia entre os Poderes, fundamentos do regime democrático vigente”.¹⁷⁶

Nas lições de Cappelletti, em alguma medida toda interpretação judicial é criativa, sendo inevitável um mínimo de discricionariedade, principalmente quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do Direito. Todavia, sempre há riscos de perversão e abuso no uso dessa criatividade judicial, da mesma forma que aqueles decorrentes do gigantismo estatal, de natureza legislativa ou administrativa, como o autoritarismo, a lentidão e a gravosidade.¹⁷⁷

¹⁷⁵ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo, 2011, Editora Saraiva, p. 80.

¹⁷⁶ JESUS, Alberto Inácio de. *O controle jurisdicional das políticas públicas: a teoria da separação dos Poderes desafiada pelo ativismo judicial*, p. 101-102 (e-book).

¹⁷⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre:

Segundo o autor, há riscos mais específicos e prováveis na atuação ativista e criativa do Poder Judiciário, o que inclui a atuação genérica dos juízes nas hipóteses que demandam conhecimentos sofisticados ou técnicas especializadas; o perigo da inefetividade, devido à dificuldade de os tribunais controlarem a correta atuação posterior aos seus pronunciamentos; e o problema da legitimação democrática, vez que na criatividade jurídica dos legisladores e dos administradores públicos reside maior grau de “legitimação”, o que é mais evidente do que no “ativismo judicial”.¹⁷⁸

Conforme Leal, ainda que o ativismo judicial possa informar uma boa vontade, na prática o seu implemento tem implicado na retração do ativismo social em face de problemas e questões de ordem e natureza políticas, o que fragiliza os laços republicanos da cidadania, que deveria assumir suas funções e feições constituintes do espaço democrático das deliberações públicas.¹⁷⁹

Certo é que há uma complexidade de caráter técnico e político que envolve as políticas públicas de saúde, a dependerem da formação de maiorias e consensos, com base essencialmente no direito coletivo à participação igualitária.

Pensando na possibilidade de uma criatividade judicial saudável, defende-se que o controle jurisdicional de políticas públicas de saúde, em quaisquer das esferas federativas, deve se limitar a parâmetros racionais, de forma a não comprometer a atuação dos poderes políticos e o implemento de ações e serviços das políticas em andamento, dando-se feedback ao administrador público sobre necessárias correções das políticas existentes ou mesmo para a criação de novas políticas.¹⁸⁰

Suscitam-se tais aspectos, pois as políticas públicas de saúde abarcam aspectos técnicos e políticos que possuem a finalidade de alcançar problemas e necessidades sociais mais amplas,

Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, reimpressão (1999), p. 42 e 49.

¹⁷⁸ CAPPELLETTI, op. cit., p. 50.

¹⁷⁹ LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficazes dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.11.

¹⁸⁰ Tratando sobre parâmetros racionais mínimos (AgReg no Recurso Extraordinário 410.715-5/SP), o STF indicou possíveis critérios para a judicialização das políticas públicas, de forma a filtrar melhor a sindicabilidade judicial de direitos prestacionais como a saúde: a) a política pública deve ser constitucionalizada e relacionada a direitos fundamentais para que seja possível o controle, sendo que em tal situação não haverá espaço para o exercício de discricionariedade pelo administrador; b) deve haver omissão estatal ou prestação deficiente; c) argumentos orçamentários justificam a omissão estatal somente se houver comprovação objetiva de que os recursos existentes e/ou mobilizáveis foram efetivamente utilizados para a finalidade. No âmbito da viabilidade de controle judicial de políticas com base em parâmetros constitucionais, o STF indicou que deve haver fundamento na necessidade de observância a categorias/princípios como a proibição de retrocesso social, a proteção ao mínimo existencial, a vedação à proteção insuficiente e a proibição de excesso (RE 763.667 AgR). São decisões paradigmáticas que indicam critérios racionais, de forma que o Poder Judiciário não intervenha desordenadamente na esfera de atuação dos poderes políticos e não cause um desequilíbrio no sistema como um todo. Assim, enquanto a confecção e a execução de políticas públicas de saúde devem ficar ordinariamente a cargo do processo político, a sindicabilidade judicial deve se dar apenas em caráter excepcional.

o que demanda uma atuação judicial mais minimalista e formalista, com base em critérios e parâmetros rigorosos, de forma a não incorrer em excessos e inconsistências, colocando em risco a própria continuidade dessas políticas, “desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos”¹⁸¹.

Para Barroso, é hipótese típica em que o excesso de judicialização de decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal, revelando-se, em muitos casos, a “concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo”.¹⁸²

De forma a rechaçar a acusação de excessos ou decisionismo aos magistrados, Fonte elenca dois princípios gerais a serem observados, quando esses atuarem em demandas que envolvam controle de políticas públicas: pautar-se, ao máximo, pela vinculação aos conteúdos jurídicos já densificados pelo constituinte ou legislador ordinário, prezando pelas regras frente aos princípios; e, quando a situação demandar inequivocadamente sua atuação, atuar da forma menos invasiva possível em relação aos poderes políticos.¹⁸³

Isso quer significar a valorização de uma maior atenção ao “formalismo interpretativo” (ou minimalismo) como regra geral para o controle judicial de políticas públicas, o que preserva a inafastabilidade jurisdicional.

Não se trata de desprezar o poder e a força dos princípios em casos concretos mais peculiares, mas dar preferência ao texto constitucional (e/ou legal) e às normas administrativas que fundamentam a política pública, em detrimento de princípios jurídicos com alta fluidez e de uma atuação que dê margem excessiva e desarrazoada à criatividade, intrínseca ao ativismo judicial, que possa, de certa forma, substituir funções dos Poderes mais próximos ao exercício político-social.

É fundamento para uma postura que faça frente à problemática do avanço inconsistente do ativismo judicial no âmbito da judicialização de uma política pública de saúde, com o fortalecimento da autocontenção e da moderação judiciais, para reduzir interferências excessivas, indevidas e antidemocráticas nas ações dos poderes políticos.

Com a autocontenção, os juízes e tribunais evitam aplicar diretamente o texto constitucional em situações para as quais não haja legislação ordinária expressa, passam a utilizar critérios mais rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis

¹⁸¹ BARROSO, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, op. cit.

¹⁸² Idem.

¹⁸³ FONTE, op. cit., p. 203.

e atos normativos e abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas.¹⁸⁴

Exercendo o poder pela autolimitação espontânea, em uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional, o Poder Judiciário nem sempre deverá interferir, pois com o ativismo há um risco evidente de politização da justiça, o que pode implicar em uma interpretação com escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas.¹⁸⁵

Pela moderação judicial, é de se pensar em um ativismo judicial mais ponderado, razoável e proporcional no trato de demandas sanitárias.

Nos dizeres de Dworkin, há riscos de tirania no programa do ativismo judicial, e, em caminho contrário, com a moderação judicial os tribunais devem respeitar o trato das decisões de outros setores do governo. A exceção a essa postura seriam somente os casos em que essas decisões “fossem tão ofensivas à moralidade política a ponto de violar as estipulações de qualquer interpretação plausível, ou, ainda, aqueles casos em que uma decisão contrária for exigida por um precedente inequívoco”.¹⁸⁶

Na teoria geral do autor, “em uma democracia todas as questões não resolvidas, inclusive aquelas relativas a princípios morais e políticos, devem ser resolvidas por instituições que sejam politicamente responsabilizáveis de um modo que os tribunais não são”.¹⁸⁷

Prestigia-se a moderação judicial, no sentido de aceitar a intervenção do Poder Judiciário em uma política pública de saúde, ainda que de forma ativista, somente quando a atividade dos outros Poderes for distante do texto constitucional, de modo a não guardar com ele qualquer tipo de relação e caracterizar flagrante afronta à necessária efetivação do direito fundamental à saúde.

Tanto a autocontenção quanto a moderação judicial se apresentam como técnicas de controle que prestigiam uma atuação mais retraída, democrática, equilibrada e racional, em que se valoriza o texto constitucional e a legalidade, a atuação institucional e responsável dos poderes políticos e o controle social por cidadãos que têm direitos morais contra o Estado.

Desse contexto, invoca-se a possibilidade de uma jurisdição de políticas públicas de saúde amparada em um modelo pluralista e consensual, de forma a permitir a participação dos demais Poderes e da sociedade civil, favorecendo ao Poder Judiciário uma abertura democrática, capaz de prover os direitos fundamentais de forma razoável e consciente com os impactos econômicos e sociais da sua decisão.¹⁸⁸

¹⁸⁴ BARROSO, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, op. cit.

¹⁸⁵ Idem.

¹⁸⁶ DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, op. cit., p. 216 e 225.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 221.

¹⁸⁸ JESUS, op. cit., p. 103.

Com referência na autocontenção e moderação judiciais, a pretensão é favorecer a adoção de mecanismos procedimentais que ampliem a participação da sociedade civil e das demais expressões de poder, não como meros polos da demanda, mas como coparticipantes da construção da política pública judicializada, para garantir a construção plural dos provimentos jurisdicionais nessa classe processual.¹⁸⁹

Quintas entende que se deve pensar em uma prática judicial que “preserve a complexidade estrutural do Direito, resguarde o pluralismo da sociedade e promova a democracia como forma de tomada de decisões políticas”, o que exige uma postura dos juízes e tribunais no sentido de fomentarem o diálogo institucional com as outras esferas políticas e com a sociedade.¹⁹⁰

Trata-se de uma postura voltada ao diálogo e com maior participação de outros atores, que muito bem se enquadra no incrementalismo, método de gestão e tomada de decisões a servir de inspiração para repensar a forma adequada de tutela judicial dos direitos sociais no Estado Democrático de Direito, que envolve atores racionais em um cenário de complexidade e ampla incerteza, na busca de esclarecer objetivos, para depois coletar dados empíricos e em seguida formular políticas.

São lições literárias de King, ao defender que, pelo incrementalismo, os juízes, na tomada de decisões e efetivação de direitos sociais, adotam uma postura de autocontenção estruturada nos princípios de legitimidade democrática, policentrismo, expertise e flexibilidade. Em um contexto com problemas de legitimação decorrente da falta de legislação e de ação administrativa específicas para a proteção de determinado grupo, somente haverá superação da dificuldade democrática, em favor da implementação judicial de políticas públicas, se houver respeito à igualdade entre os cidadãos.¹⁹¹

Vê-se que a adoção de tal método na atividade judicial tende a permitir que o juiz não busque substituir os poderes políticos no processo de implantação de uma política pública de saúde, mas apenas atue no sentido de identificar aspectos que mereçam aprimoramentos e adotar medidas democráticas colaborativas para correções como a realização de audiências públicas, aplicação do *amicus curiae* e adoção de soluções consensuais, com intuito de favorecer um amplo debate da matéria, o que inclui a sociedade civil, os especialistas e órgãos

¹⁸⁹ FERNANDES, Eric Baracho Dore. *Estado Social de Direito no Brasil: o desafio de equacionar democracia e judicialização das políticas públicas*. Revista Oficial do Programa de Mestrado em Constituição e Sociedade da Escola de Direito do IDP (Direito Público). Brasília, Ano VIII, n. 42, nov/dez 2011, p. 94-95.

¹⁹⁰ QUINTAS, Fábio Lima. *Juízes-administradores: a intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais*. RIL Brasília, a. 53, n. 209, jan./mar. 2016, p. 31-51.

¹⁹¹ KING, Jeff. *Judging social rights*. New York: Cambridge University Press, 2012 apud QUINTAS, op. cit.

administrativos responsáveis pela implementação de políticas sanitárias.

A necessidade de se amparar em instrumentos como a autocontenção, a moderação e o incrementalismo tem referência em características da sindicabilidade judicial de políticas públicas que devem incluir: controle racional e ponderado; preservação da legitimidade democrática; respeito à atuação política e à participação social; e medidas democráticas colaborativas e consensuais.

É um caminho que além de configurar uma perspectiva viável ao controle judicial, dá azo à adoção mais célere de alternativas extrajudiciais de controle das políticas de saúde, que respeitam todas essas características e já estão perfiladas na ordem constitucional vigente, como a cidadania ativa, as soluções consensuais, o controle externo por órgãos públicos independentes e o controle interno na administração pública.

Para além da discussão que envolve uma necessária limitação no controle judicial de políticas públicas, com destaque para uma judicialização da política e um ativismo judicial saudáveis, outra celeuma a referenciar é a cultura de valorização excessiva da judicialização da saúde a título individual.

As demandas judiciais individuais pela prestação do direito à saúde, muitas vezes direcionadas à obtenção de medicamentos, tratamentos e internações, são frequentes, o que a depender da estrutura administrativa e financeira do ente federado provedor, a exemplo de um município com pequena estrutura e recursos financeiros escassos, implica em sentenças que agravam ainda mais a situação orçamentário-financeira, prejudicando por vezes prioridades de alcance coletivo e mais urgentes estabelecidas no orçamento público.

São decisões judiciais que contribuem para que soluções pontuais e de interesse pessoal prevaleçam sobre soluções coletivas voltadas ao alcance de um maior número de pessoas e/ou grupos mais vulneráveis.

O confrontamento dessas soluções pontuais a título individual com soluções coletivas no âmbito de uma política pública, no embate entre o “direito de um” e o “direito de vários”, desagua necessariamente no debate acerca da escolha de um melhor caminho entre a micro e a macrojustiça.

Na seara da microjustiça, a proteção política, e não jurídica, do direito à saúde, ainda que considerada uma atuação progressista do Poder Judiciário, faz com que muitas vezes seja deferido o pedido formulado, ainda que não haja previsão normativa para a sua tutela, ocorrendo um desvio indevido de recursos para atender prioritariamente às decisões judiciais, o que tende a “acarretar consequências destrutivas para o sistema coletivo de proteção à saúde, em prejuízo direto daqueles cidadãos mais necessitados e que mais dependem da rede pública de

atendimento”.¹⁹²

Nisso, evidencia-se certa irracionalidade no controle jurisdicional, que pode afetar o desempenho de políticas públicas, que em sua essência se destinam a um alcance mais amplo. No trato excessivo de demandas individuais, o que aparenta ser uma estratégia política de máxima realização prática de direitos sociais pode estar promovendo pretensões contrárias, com o enfraquecimento de políticas de proteção social e consequente desprestígio de grupos de cidadãos mais necessitados.

Na prática, quando um juiz sentencia o fornecimento de um medicamento de alto custo ou a internação para um tratamento caro e raro, a depender da situação orçamentária e financeira do ente federativo demandado, pode estar indiretamente remanejando recursos financeiros correspondentes a prestações de outras finalidades públicas, causando um prejuízo ao sistema orçamentário-financeiro como um todo.

Com essa atuação essencialmente voltada para processos individuais no microcosmo, privilegia-se a materialização do direito à saúde em detrimento de uma maior compreensão e aprofundamento nos argumentos estatais referentes à reserva do financeiramente possível, causando prejuízo a políticas de saúde prioritárias e com maior alcance social e deixando em segundo plano um conjunto de pessoas em situação similar, que não são atendidas por não estarem inseridas no sistema judicial.

No propósito de se valorizar a macrojustiça, a priorização das demandas coletivas e valorização das políticas públicas são parâmetros fundamentais, frente à proteção excessiva e desregrada de direitos individuais, que tende a afetar por demais o interesse coletivo. Nisso, há de se pensar em maior prestígio para as ações destinadas à tutela coletiva.

A preferência por um controle de via coletiva das políticas públicas proporciona uma solução que “terá viés universalizante, impedindo a apropriação individual da coisa pública”.¹⁹³

Barroso, ao abordar parâmetros para decisões judiciais que tratem do fornecimento gratuito de medicamentos, entende que possíveis modificações nas respectivas políticas devem ser efetuadas somente por ações coletivas e não individuais, pois com o trato coletivo é possível analisar políticas públicas destinadas à melhoria da saúde num contexto sistêmico, permitindo-se, a partir de seus efeitos *erga omnes*, que não se viole o princípio da isonomia no acesso aos bens e serviços públicos básicos.¹⁹⁴

¹⁹² PIVETTA, op. cit., p. 33.

¹⁹³ VALLE, Vanice Lírio do. *Dever constitucional de enunciação de políticas públicas e auto vinculação: caminhos possíveis de controle jurisdicional*. Fórum Administrativo, n. 82, 2007, p. 15.

¹⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. TJ-MG. Jurisp. Mineira, Belo Horizonte, a. 60,

Isso significa entender que o direito à saúde, como direito fundamental prestacional, foi concebido no plano internacional e instituído pelo legislador interno para ser usufruído, em sua essência, de forma coletiva, e não de modo isolado. Com a priorização demasiada das demandas individuais, aumenta-se o número de pessoas que não terão acesso ao mesmo bem jurídico, principalmente porque as reservas financeiras do Estado Social tendem ao esgotamento.

Nesse ambiente de limitações financeiras e foco em pleitos judiciais é que comumente se defende que a decisão judicial, adotando fundamentos proporcionais e ponderados, materialize uma intervenção com base no critério da capacidade financeira do autor da demanda, tendo em vista a concepção constitucional e universal da saúde como “direito de todos”.

Com isso a técnica judicial se daria com a priorização das demandas apresentadas por hipossuficientes, em detrimento daqueles que possuem condições para custear o seu acesso ao direito à saúde, tendo em vista elementos como a escassez de recursos, o crescimento das necessidades sociais e o avanço de novas doenças (endêmicas e pandêmicas).

No campo prático, ainda que as ações individuais no Poder Judiciário pretendam a prestação de saúde com fundamento na defesa do direito à vida, estima-se que em ao menos 2/3 desses processos o objeto almejado é a tutela por meio de fármacos de uso contínuo, exames e materiais básicos como fraldas, leite, suplementos alimentares etc., que se distancia da indispensabilidade, evidenciando uma banalização do direito à vida e um fenômeno que sobrecarrega ainda mais a burocracia da máquina judiciária, causando prejuízo àqueles que necessitam indispensavelmente da tutela judicial.¹⁹⁵

A escolha pela ação coletiva, em detrimento dos pleitos individuais, pressupõe debates interdisciplinares e institucionais, com o objetivo de melhor desenvolver políticas públicas, evitando a preocupação do magistrado tão somente com a microjustiça, o que lhe propicia uma compreensão de toda a conjuntura econômica-jurídica-social na qual está envolvido e a realização da macrojustiça. É um caminho que representa uma superação do perfil individualista das ações de saúde que só favorece a atomização dos litígios, em favor da sua perspectiva coletiva, mais apta a enfrentar o direito subjetivo na sua dimensão coletiva e molecularizada.¹⁹⁶

nº 188, p. 29-60, jan./mar. 2009. Disponível em <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/516/1/D3v1882009.pdf>>. Acesso em 22/05/2021.

¹⁹⁵ BLIACHERIENE, Ana Carla *et al.* *Acesso a bens de saúde do SUS pela via judicial*, apud FARIA, Luzardo. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico constitucional e exigibilidade judicial*. Revista Thesis Juris. São Paulo, v. 3, n. 2, p. 307-337, julho/dezembro 2014. Disponível em <<https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/9788>>. Acesso em 07/09/2021.

¹⁹⁶ Idem.

Diante de todos os fundamentos apresentados, pleiteia-se que a provocação do controle jurisdicional seja a última alternativa na efetividade do direito social à saúde, e, quando demandado, ocorra de forma mais autolimitada, moderada e com foco na macrojustiça, dando lugar à valorização das políticas públicas sanitárias pela condução dos poderes políticos, à participação democrática e ao fortalecimento do controle não judicial (interno e externo) da criação e execução de metas (ações e serviços) planejadas.

Para Pivetta, pensar no controle judicial como último mecanismo a ser utilizado para se dar concretude ao direito à saúde é lidar com o fato de que “a atuação jurisdicional, em regra, soluciona casos pontuais, muitas vezes privilegiando os cidadãos que dispõem de maior instrução e capacidade econômica para acessar o Poder Judiciário”. Ainda que haja amparo normativo e potencial para o enfrentamento judicial de demandas sanitárias, seja no controle de políticas públicas ou no julgamento de casos individuais, é fundamental que sejam desenvolvidos outros instrumentos que permitam efetivar o direito à saúde em níveis satisfatórios e de maneira efetivamente universal.¹⁹⁷

Tushnet indica a via judicial, em matéria de pleitos sociais, como último recurso, a ser usado somente em face de perspectivas negativas no campo da política. Segundo o autor, a revisão judicial se dá devido a um movimento social e político que não tem poder político, e as pessoas raramente iriam ao Poder Judiciário se não estivessem pessimistas quanto ao que pudessem obter através da ação política.¹⁹⁸

Com esse argumento, quer se fortalecer a ideia de que a concretização de direitos sociais deve acontecer como conquista política da sociedade civil, havendo uma superestimação dos casos de sucesso na efetivação de direitos sociais por meio do Poder Judiciário. Assim como a conquista de direitos civis e políticos foi uma conquista da sociedade civil, efetivada por meios políticos, da mesma forma deve ocorrer com a implementação de direitos sociais e econômicos.¹⁹⁹

Isso valoriza a necessidade do redimensionamento da noção de acesso à justiça, o que não significa uma substituição do sistema judicial, mas pensar em alternativas de ampliação das arenas de discussão de direitos, com base em uma mudança na cultura de litígio ainda vigente na sociedade brasileira. Dessa forma, o crescente fomento a meios alternativos de solução,

¹⁹⁷ PIVETTA, op. cit., p. 244.

¹⁹⁸ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 2000, p. 143, apud CURADO, op. cit., p. 60.

¹⁹⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as políticas públicas: entre a transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*, apud SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coordenadores). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 592.

inclusive no âmbito da administração pública, tem relação direta com um movimento de busca pela cultura de pacificação, reconhecendo que a via judicial é apenas um dos caminhos de viabilização do acesso a uma ordem jurídica justa.²⁰⁰

Fazendo um paralelo com a doutrina de Cappelletti e Garth, essa ampliação de possíveis caminhos para efetivação de direitos tem a ver com a denominada “terceira onda” de acesso à justiça, que, para além da advocacia, judicial ou extrajudicial, tem enfoque muito mais amplo, centrando sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos, utilizados para processar e prevenir disputas nas sociedades modernas.²⁰¹

É um movimento de valorização de meios alternativos e releitura da própria definição de jurisdição, para alcançar outras atividades que tenham equivalente viés declaratório do direito ou que pelo menos contribuía para sua efetividade, permanecendo como exclusivas do Poder Judiciário as funções que extrapolam a mera declaração do direito, a exemplo da execução de títulos executivos, da tutela cautelar e do poder declaratório de inconstitucionalidade de atos normativos.²⁰²

Fala-se inclusive em um processo de “desjudicialização”, que se estabelece a partir de limites ao Poder Judiciário, “que não consegue satisfazer (dar a solução), daí fazendo nascer outras possibilidades mais satisfatórias de solução dos conflitos de interesses”²⁰³, gerando espaços não judiciais de atuação em matéria de direito à saúde.

Surge um fenômeno que, em especial, resulta da insuficiência do Estado-juiz no mundo contemporâneo, pois a sociedade carece de outras possibilidades de soluções eficazes, com olhares não tradicionais sobre os conflitos, para superar os atos estatais que, em grande parte dos casos concretos, não se revelam adequados, corretos e justos no sentido mais extenso da palavra.²⁰⁴

O que se está a postular, de forma preliminar, é que a efetividade do direito fundamental à saúde pode obter amparo a partir do controle não judicial de políticas públicas em que são alocados ações e serviços de saúde, com base em instrumentos/alternativas de espectro mais amplo e coletivo, que supere um controle judicial essencialmente voltado para a microjustiça ou que se arrisque na sindicabilidade dessas políticas por meio de um ativismo não saudável.

²⁰⁰ CURADO, op. cit., p. 71-72.

²⁰¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 67-68.

²⁰² CURADO, op. cit., p. 80-81.

²⁰³ RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. *Judicialização e desjudicialização: entre a deficiência do Legislativo e a insuficiência do Judiciário*. Revista de Informação Legislativa, v. 50, n. 199: 25-33, jul./set. 2013, p. 32-33.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 31.

4.2 Controle social pela participação popular

A participação popular, forma de controle social, é instrumento de controle não judicial, que, traduzindo a essência do Estado Democrático de Direito, deve sempre ser cogitado como ferramenta basilar em um sistema de freios e contrapesos com abertura social, e com viés atuante e necessário onde houver movimento estatal e aplicação de recursos públicos.

Na verdade, o Estado Democrático de Direito é uma simbiose entre a postura estatal e a população, de forma a permitir que as políticas sejam construídas a partir do diálogo entre governantes e governados, tornando-as mais eficientes e, principalmente, possibilitando uma transformação dos distúrbios sociais.²⁰⁵

E, em um Estado de índole essencialmente social que tem dificuldades de diferentes ordens para atender a todas demandas sanitárias, individuais e coletivas, de forma a se consolidar como pretenso garantidor universal e permitir o acesso igualitário a todos os direitos constitucionalmente previstos, é perfeitamente viável propor uma participação mais ativa e resolutiva da cidadania no controle e construção de políticas públicas, para que ao menos o mínimo não descambe para um nada ou algo desafinado com o contexto social.

Com o fortalecimento da cidadania, para que não seja passiva e acrítica, quer se difundir uma cultura de responsabilidade pelos rumos sociais e pelo trato da coisa pública, desestimulando a cultura de idealizar o Poder Judiciário como alternativa soberana e absoluta no enfrentamento de demandas e transformações sociais emergentes quanto ao direito à saúde.

Rosenberg define ser uma esperança vazia e uma crença radical de que o litígio possa produzir mudança social significativa e de que direitos possam triunfar sobre a política, havendo que se invocar uma necessária participação e reivindicação da população, de modo que a afirmação judicial de direitos somente se sustenta quando amparada em ação política. Não significa que o direito seja irrelevante ou as cortes nunca possam estender os objetivos dos relativamente desfavorecidos, mas que não há substituto para a ação política, a exemplo do movimento político que deu suporte ao movimento dos direitos civis e efetividade ao papel das cortes.²⁰⁶

É nesse movimento mais político e social que se invoca uma maior valorização da participação democrática, a permitir uma interlocução com a população interessada de forma

²⁰⁵ CAPPELLETTI, Priscilla; ANDRADE, Marilene. *A questão da judicialização da saúde na realidade jurídica brasileira: um reflexo da omissão do Estado em seu dever de garantir este direito fundamental*. Revista Thesis Juris – RTJ, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 391-419, mai./ago. 2016. Disponível em <<https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/9046>>. Acesso em 03/09/2021.

²⁰⁶ ROSENBERG, Gerald. “*The hollow hope: can courts bring about social change?*”, apud CURADO, op. cit., p. 59-60.

mais direta, sem apego a procedimentos rigorosos, reforçando ainda mais a democracia, que não se resume à possibilidade de eleição de representantes.

Häberle entende que democracia não ocorre apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do povo para os órgãos estatais, ou seja, legitimação mediante eleições, pois, “numa sociedade aberta ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana, especialmente mediante a realização dos direitos fundamentais”.²⁰⁷

Tal fundamento tem direção no sentido de fortalecer a democracia participativa, diminuindo a distância entre os que governam e os que são governados, concebendo-se um projeto essencialmente democrático, com amparo constitucional, a partir da possibilidade de a sociedade participar das decisões políticas estatais e do debate público que estabelece ações coletivas.

Na doutrina de Bonavides, a democracia participativa é direito constitucional positivado (art. 1º, parágrafo único), e, por isso, reconhecida como norma jurídica, impedindo o Estado que em sua atuação a contrarie ou busque afirmar a superioridade ou exclusividade da democracia representativa.²⁰⁸

O direito de participação popular marca verdadeiro avanço no modo de se gerir a administração pública, pois, mais próximas da comunidade, as decisões dos administradores podem ser aprimoradas, permitindo-se a compatibilização da atuação estatal com as demandas populares e que a participação social seja determinante para a identificação do interesse público.²⁰⁹

Isso representa um redimensionamento do papel da cidadania na própria sociedade, voltada à uma postura mais ativa, de forma a impactar diretamente o ritmo e a extensão da efetivação de direitos sociais pelo Poder Público, além de propiciar maior legitimidade das ações implementadas.

Conforme Cittadino, “quando os cidadãos veem a si próprios não apenas como os destinatários, mas também como os autores do seu direito, eles se reconhecem como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica”, de onde se extrai uma estreita conexão entre a

²⁰⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 36.

²⁰⁸ BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 18-24.

²⁰⁹ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em evolução*. 2ª. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 230-233.

plena autonomia do cidadão, pública e privada, e a legitimidade do direito.²¹⁰

Resulta em uma cidadania mais ativa que por certo impacta de forma considerável a atuação da administração pública no trato das políticas públicas de saúde, que são fomentadas no sentido de manterem permanente contato com os influxos e manifestações da sociedade.

A contribuição dessa cidadania para a implementação de políticas públicas que envolvam o direito à saúde pode ter fundamento na teoria da ação comunicativa protagonizada por Habermas, que defende a ação compreendida como a capacidade de interação coletiva racional entre os grupos sociais, que leva a uma espécie de consenso.

Representa uma ideia de racionalidade que visa a “propor o diálogo e a comunicação que buscam o consenso, no lugar do sujeito cartesiano solitário que não se constitui a partir de interações sociais”²¹¹, o que pode dar maior efetividade e incitar discussões sobre temáticas que relacionam a sociedade e a administração pública.

Na doutrina de Habermas, esse agir comunicativo pode ser compreendido como um processo circular no qual o ator é, ao mesmo tempo, iniciador, dominando as situações por meio de ações imputáveis, e produto das tradições nas quais se encontra, dos grupos solidários aos quais pertence e dos processos de socialização nos quais se cria.²¹²

Na prática, cabe projetar instrumentos de participação popular ou de uma cidadania mais ativa, frente à necessidade de concretização social das ações e serviços previstas em políticas estatais de saúde, que traduzam interações cotidianas que formem um pano de fundo que ao mesmo tempo reproduz o conhecimento e o possibilita.²¹³

No aspecto da busca por um consenso a partir de um agir comunicativo, a efetiva participação dos cidadãos tende a permitir uma discussão permanente sobre o conteúdo das políticas públicas, perfilando-se essencial frente ao número limitado de recursos financeiros e à necessidade de um planejamento racional para que as metas e objetivos sejam alcançados de forma eficiente.

²¹⁰ CITTADINO, Gisele. *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de Poderes*. In: VIANNA, Luiz Werneck (organizador). *A democracia e os três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro (IUPERJ, FAPERJ), 2003, p. 39.

²¹¹ ROSSETTI, Regina. *Verdade e racionalidade comunicativa em Habermas*, apud STURZA, Janaína Machado; RODRIGUES, Bruna dos Passos. *Diálogos entre políticas públicas e direito à saúde: as audiências públicas enquanto instrumento de participação popular sob a perspectiva da teoria da ação comunicativa de Habermas*. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas, vol. 7, n. 2, 2019, p. 387. Disponível em <<https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/402>>. Acesso em 19/02/2022.

²¹² HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 166.

²¹³ HABERMAS, Jürgen. *Teoria de La Acción Comunicativa*, apud ROSSETTI, Regina. *Verdade e racionalidade comunicativa em Habermas*, op. cit., p. 390.

Configura-se um movimento que faz a burocracia estatal mais responsável pelas bases sociais que lhe dá legitimidade, fortalecendo novos rumos e possibilidades de lutas locais das comunidades, por meio do fomento à participação de atores que têm a oportunidade de serem multiplicadores da cidadania e responsáveis pela história no contexto em que vivem e labutam.

A participação direta dos indivíduos na gestão e no controle da administração oportuniza caminhos de correção das imperfeições do modelo burocrático, evitando sua autonomização, e instrumentaliza normativamente a intervenção nos processos decisórios da administração pública.

Essa participação popular, configurando uma atuação extrajudicial, se legitima principalmente pelo potencial modificador da racionalidade discursiva do debate jurídico, que, segundo Mendes, pode-se dar pela argumentação no diálogo deliberativo de direitos sociais, em que as instituições interagem por meio da “razão pública”, numa cultura política preocupada em discutir justificativas por trás de decisões coletivas.²¹⁴

A partir da inovadora Constituição de 1988, a participação popular é caminho a ser adotado para se valorizar ainda mais a necessária democracia cidadã e para o desenvolvimento mais ativo da sociedade, de forma a propiciar sua atuação no controle ou construção do direito à saúde, direta ou indiretamente.

Essa atuação é amparada em deveres de cooperação, paralelamente ao agir do Estado, de forma a construir uma sociedade solidária, apregoada por um dos objetivos fundamentais do texto constitucional (art. 3º, inciso I).

A própria positivação constitucional do direito à saúde guarda íntima relação com a noção de solidariedade, já que se trata, em última medida, de atribuir a toda a sociedade o custeio do atendimento das necessidades sanitárias daqueles que individualmente não têm condições de as prover.

Percebe-se, então, uma necessária previsão de atuação complementar à do Estado, que sozinho não tem condições de materializar as promessas constitucionais de efetivação do direito à saúde, significando união de esforços em prol de um objetivo comum.

A solidariedade traduz uma cidadania mais ativa que implica não só em controle social, mas também participação direta e efetiva na construção das políticas sociais de saúde, o que demanda um certo redimensionamento.

Nabais indica que a solidariedade é um aspecto ou dimensão nova da cidadania, desde a instauração do Estado constitucional, perfilando-se como um terceiro estágio histórico, a

²¹⁴ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 240.

invocar uma cidadania responsabilmente solidária, “em que o cidadão assume um novo papel, tomando consciência de que o seu protagonismo ativo na vida pública já se não basta com o controle do exercício dos poderes”.²¹⁵

No atual Estado Democrático de Direito, a cidadania ativa surge como mais uma ferramenta para afastar a separação burocrática entre o Estado e a sociedade, evidenciando-se não só a solidariedade como reforço do discurso jurídico, mas também o tão invocado pluralismo jurídico, que supere a ideia clássica de que o Direito se resume somente aos atos do legislador estatal.

Nesse aspecto, a participação mais ativa da sociedade nas políticas públicas de saúde pode redundar, de forma prática, não somente no controle das metas e ações em andamento, mas também na contribuição ao processo de criação, até porque é a comunidade que tem maior potencial e melhores condições de indicar as reais e mais urgentes necessidades sanitárias locais.

Nas considerações de Pivetta, apesar de as disposições constitucionais ou legais outorgarem certa margem de liberdade ao administrador, “as políticas públicas, devidamente planejadas e informadas pelas demandas dos cidadãos, possibilitam a realização dos objetivos constitucionais de maneira mais eficiente, balizando a escolha administrativa ótima”.²¹⁶

Sarlet, ao relacionar a participação ativa dos cidadãos na vida pública com um necessário empenho solidário de todos na transformação das estruturas sociais, evidencia que se trata de um mínimo de responsabilidade social no exercício da liberdade individual, implicando na “existência de deveres jurídicos (e não apenas morais) de respeito pelos valores constitucionais e pelos direitos fundamentais, inclusive na esfera das relações entre privados, justificando, inclusive, limitações ao exercício dos direitos fundamentais”.²¹⁷

No âmbito da normatividade das ações e serviços públicos de saúde, uma das diretrizes constitucionais do sistema único é a participação da comunidade (art. 198, inciso III), que deve ser compreendida a partir do projeto de democratização do país e da esfera administrativa, evidenciando uma necessária cooperação entre a administração pública e os administrados.

A ordem infraconstitucional reforça a participação da comunidade na formulação e execução de ações de serviços de saúde (art. 7º, inciso VIII, Lei 8.080/1990) e na gestão do SUS por meio de conferência e conselho de saúde (art. 1º, Lei 8.142/1990).

²¹⁵ NABAIS, José Casalta. *Solidariedade social, cidadania e direito fiscal*, apud GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 126.

²¹⁶ PIVETTA, op. cit., p. 104.

²¹⁷ SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais (...)*, op. cit. (e-book).

Na estrutura da administração pública municipal, há um potencial imenso a ser melhor explorado quanto à participação popular, de forma a valorizar e contribuir para o implemento eficaz das políticas públicas de saúde, frente à previsão constitucional de autonomia e competência dos municípios para legislar sobre interesses locais da comunidade.

Os mecanismos a serem mais bem aproveitados para proporcionar a cidadania ativa incluem, além dos conselhos municipais de saúde, o orçamento participativo, o controle social a partir da exposição das contas dos municípios, as audiências públicas, a prerrogativa constitucional para denúncia aos tribunais de contas e as ouvidorias municipais.

Com previsão legal (art. 1º, § 2º, Lei 8.142/1990), o conselho municipal de saúde, órgão colegiado com atuação em caráter permanente e poder deliberativo junto à administração municipal, é instrumento valioso que permite a participação popular de forma democrática, pois sua composição inclui não somente representantes do governo, mas prestadores de serviços, profissionais de saúde e os usuários municipais das ações e serviços estabelecidos em políticas públicas, permitindo uma atuação cooperativa dos seus membros na formulação de estratégias e no controle da execução das políticas de saúde, inclusive quanto aos aspectos econômicos e financeiros.

Com os conselhos municipais de saúde, as políticas sanitárias podem ser mais bem informadas, de modo a garantir que as ações da administração pública sejam direcionadas para as reais demandas da comunidade local.

A participação popular em procedimentos decisórios no âmbito desses conselhos, como forma de se viabilizar um contato direto com as decisões administrativas, a partir do modelo estabelecido constitucionalmente, é contributo para que o direito fundamental à saúde seja concretizado em patamares mais aceitáveis e próximos da realidade dos municípios.

Todavia, para que tal cenário se concretize deve-se se prezar pela necessidade de maturidade e atuação efetiva do cidadão, com intuito de compreender o sistema no qual está inserido, posicionar-se adequadamente e dialogar nesse contexto. Para isso, o ente federativo municipal deve estreitar os canais de comunicação e fomentar a capacitação dos municípios, dando vez a instrumentos de transparência, ouvidoria e acesso a informações.

Em relação ao orçamento na ordem constitucional vigente, é instrumento fundamental para uma administração pública que se queira alicerçada em planejamento efetivo e gerencial, por ser nele que se refletem os objetivos e prioridades estatais com base nas necessidades identificadas, o planejamento das políticas públicas e as fontes de recursos para implementação.

Permitir a participação popular na construção e controle social do instrumento orçamentário, de periodicidade anual e necessário direcionamento à administração local, é

prioridade a ser mais bem valorizada.

Conforme a referencial Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF), aplicada em todos os entes federativos, a participação popular nos processos de elaboração e discussão do orçamento público anual deve ocorrer por meio das audiências públicas, de forma a contribuir para a transparência da gestão fiscal (art. 48, § 1º, inciso III).

Na definição de Curado, a audiência pública é instrumento de atuação tipicamente extrajudicial, valioso e poderoso no processo decisório de construção democrática de políticas públicas, prestando-se à busca da efetivação de direitos sociais por meio da abertura para um controle social mais próximo e incisivo, servindo também como ferramenta de órgãos de controle junto ao gestor público e ao próprio legislador.²¹⁸

Na ordem legal, o Estatuto das Cidades (Lei 10.257/2001) fortalece a gestão orçamentária participativa no âmbito municipal, por meio de debates, audiências e consultas públicas sobre a proposta do orçamento anual, inclusive como condição obrigatória para sua aprovação (art. 44).

O orçamento participativo, segundo Sánchez, caracteriza-se pelos princípios da decisão e soberania popular, com uma atuação estatal que assessora e promove de forma ativa a execução da política participativa; da decisão sobre o conjunto do orçamento da prefeitura; do *accountability* ou prestação de contas e transparência para a efetivação do controle social das decisões; e da delimitação de um processo de decisão, por parte da sociedade e do Estado.²¹⁹

Apesar do consistente reconhecimento normativo e doutrinário, há de se reconhecer que a efetiva implementação de um orçamento participativo ainda é um desafio, por demandar fatores como o conhecimento técnico para o processo de elaboração; o maior envolvimento e compromisso governamental; o enfrentamento responsável da inefetividade participativa da comunidade; o corporativismo entre os poderes políticos; a descontinuidade de políticas públicas; e o embate entre a democracia representativa e a democracia deliberativa.

Para além dos instrumentos aqui indicados como forma de controle social de políticas públicas de saúde pela participação popular, destaquem-se, ainda: a) a fiscalização das contas públicas apresentadas pelo chefe do Poder Executivo, colocadas à disposição no Poder Legislativo e no órgão técnico responsável pela elaboração, o que permite consulta e apreciação por qualquer cidadão e instituições da sociedade (art. 49, LRF); b) a prerrogativa constitucional do cidadão para denunciar irregularidades ou ilegalidades ao tribunal de contas (art. 74, § 2º, CF/1988), o que pode facilitar a abertura de processo específico de contas que viabilize a

²¹⁸ CURADO, op. cit., p. 181.

²¹⁹ SANCHÉZ, Feliz. *Orçamento Participativo: teoria e prática*. São Paulo: Cortez, 2002, p. 44.

correção de política pública sanitária específica; c) o acesso a ouvidorias municipais, como instrumento democrático a intermediar a administração pública e os cidadãos administrados, possibilitando que demandas sanitárias ou mesmo denúncias sejam ouvidas e formalizadas em órgão próprio (art. 9º a 17, Lei 13.460/2017).

4.3 Controle por meio de soluções consensuais: mediação e conciliação sanitárias na administração pública

A partir do debate doutrinário sobre a terceira onda de acesso à justiça, que pretende dar vez a novos mecanismos para processar e prevenir disputas em tempos mais atuais, há um evidente fortalecimento da utilização de instrumentos extrajudiciais, e, nisso, a autocomposição por meio de métodos como a mediação e a conciliação, no âmbito da área sanitária, se apresenta como instrumento de solução consensual, para além da desgastada judicialização da saúde no panorama nacional.

Para Cappelletti e Garth, defensores desse novo estágio do acesso à justiça, são muitas as características que podem distinguir um litígio de outro, e, conforme o caso, diferentes barreiras ao acesso podem ser mais evidentes, o que demanda diferentes soluções eficientes, evidenciando a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio. Nisso, as partes envolvidas devem ser levadas em consideração, sendo “a mediação ou outros mecanismos de interferência apaziguadora os métodos mais apropriados para preservar os relacionamentos”.²²⁰

São métodos baseados essencialmente em um processo de atribuição de responsabilidade e mais dialógico, a partir de uma atuação essencialmente conjunta e mais ativa, com foco em pactos e acordos entre as partes interessadas, o que pode alcançar os gestores públicos e os demandantes de ações e serviços de saúde, em substituição e sem prejuízo à atividade judicante.

Vale a ênfase e a ponderação de que as cortes não são as únicas instituições que educam sobre os direitos fundamentais, pois é possível receber lições decentes mesmo que as cortes judiciais tivessem um papel bem mais reduzido.²²¹

A percepção de uma nova leitura constitucional do acesso à justiça, a partir de instrumentos extrajudiciais autocompositivos, traduz, nas palavras de Bobbio, que não se trata mais de saber quais e quantos são os direitos, qual sua natureza e fundamento, mas, sim, “qual

²²⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, op. cit., p. 71-72.

²²¹ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution away from the Courts*. New Jersey: Princeton University Press, 2000 apud CURADO, op. cit., p. 168.

é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”.²²²

Assim, exige-se um Estado que atue com base em medidas mais urgentes e eficazes para controlar a crise sistêmica que ainda assola a jurisdição brasileira, no intuito de assegurar o cumprimento da garantia constitucional de acesso à justiça.

Nas percepções de Morais e Spengler, trata-se de crise judiciária a ser vista sob as perspectivas estrutural, relacionada com os valores despendidos e custo diferido; pragmática, pelo acúmulo de feitos judiciais, decorrentes de ritos e trabalhos forenses burocráticos e lentos; tecnológica, devido à incapacidade de os operadores do Direito tradicionais enfrentarem novas realidades fáticas, o que demanda instrumentos legais mais modernos e mentalidades capazes de solucionar os conflitos contemporâneos que envolvem interesses transindividuais; e paradigmática, que suscita métodos e conteúdos utilizados pelo Direito para a pacificação dos conflitos no caso concreto, frente à necessária adequação do modelo jurisdicional para atender às necessidades sociais contemporâneas.²²³

Ao iminente colapso do Poder Judiciário acrescenta-se a intensa perda de confiança legítima do cidadão no Estado-administração, e vice-versa, aflorando-se como imprescindível a necessidade de se assumir premissas científicas do Direito Público não adversarial, com foco na negociação.²²⁴

Revela-se um cenário propício à autocomposição, que se apresenta como oportunidade alternativa para se estabelecer o diálogo na lida de conflitos, que são intrínsecos à convivência humana, enaltecendo métodos substitutivos da jurisdição em crise.

No âmbito dos métodos autocompositivos, para o enfrentamento dos conflitos de convivência, é possível, inclusive, uma aplicação da teoria dos jogos, pois há uma notória competição que permeia tais conflitos.

Em sua essência, a teoria dos jogos é uma forma de dimensionar problemas que envolvem mais de um ator com capacidade para tomar decisões, invocando estratégias de jogador como mecanismo de análise de conflito e implemento de soluções. Mas há de se atentar para uma outra face dessa teoria, a qual induz à possibilidade de, em situação de conflito, alcançar-se um resultado favorável às partes, de forma que todos ganhem.

²²² BOBBIO, *A era dos direitos*, op. cit., p. 17.

²²³ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição!* 3ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 78-79.

²²⁴ FREITAS, Juarez. *Direito Administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos*. Revista de Direito Administrativo - RDA, ano 16, n. 276, p. 25-46, set./ dez. 2017, p. 25. Disponível em <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/72991>>. Acesso em 26/02/2022.

Nisso, referencia-se a teoria do equilíbrio de Nash, ou teoria dos jogos não competitivos, em que são demonstradas situações que nem sempre um jogador tenha que derrotar o outro para sair vitorioso, pois, muitas vezes um depende do outro para obter o melhor resultado. Trata-se de viés equilibrante que complementa a teoria dos jogos competitivos, em que há no mínimo um perdedor e um ganhador.²²⁵

No aspecto histórico-conceitual, a autocomposição é a mais remota e usual forma de resolução de conflitos, conhecida por contrapor os envolvidos na pendência, que, com base em um mútuo entendimento, deverão chegar a um resultado, sem violência, mediante ajuste de vontades e sem a intervenção de um terceiro. É instrumento diferente da autotutela, pois a construção de uma solução para o conflito não será imposta, mas composta e dialogada sem violência entre os envolvidos.²²⁶

Assim, pela autocomposição a resolução dos conflitos é atrelada imediatamente aos próprios interessados, relegando um papel substitutivo à função judicial, em que haverá a intervenção do Estado-juiz, quando convocado pelo interessado, apenas na hipótese de a controvérsia não ter sido auto ou heterocomposta.²²⁷

No âmbito do próprio Poder Judiciário há um reconhecimento da necessidade de adoção da autocomposição como instrumento efetivo de pacificação e de redução da judicialização excessiva²²⁸, com inspiração no sistema americano de múltiplas portas (*multidoor courthouse*).²²⁹

²²⁵ NASH, John Forbes. *Two-person cooperative games: Econometrica*, apud D'ANTONIO, Suzete de Souza. *Mediação Sanitária: diálogo e consenso possível*. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, Brasília, 5 (2), p. 8-22, abr./jun, 2016.

²²⁶ PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *Novo processo civil brasileiro: métodos adequados de resolução de conflitos (função judicial, negociação, conciliação, mediação, arbitragem)*. 2ª edição (revista e atualizada de acordo com o Novo Código de Processo Civil). Curitiba: Juruá, 2018, p. 445-446.

²²⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 192.

²²⁸ O CNJ, por meio da Resolução 125/2010, instituiu a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, para assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade (art. 2º), suscitando premissas como a busca de eficiência operacional no sistema jurisdicional; o direito de acesso ao sistema de justiça; o estabelecimento de uma política pública nacional com o objetivo de difundir a utilização de mecanismos consensuais de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação; o reconhecimento da conciliação e da mediação como instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios; e a capacidade de reduzir a excessiva judicialização de conflitos de interesses.

²²⁹ O sistema americano de múltiplas portas (*multidoor courthouse*) propõe a ideia de que nem todas as causas devem passar pelo processo jurisdicional tradicional e o juiz atua como um *manager* processual, dando solução à demanda pleiteada pelo procedimento que mais se adapta às particularidades do caso concreto. Nas palavras de Frank Sander e E. Donald Elliott, cunhadores do conceito durante a Pound Conference (Minnesota, 1976), o programa multiportas pretende um poder judiciário como centro de resoluções de disputas, com distintos processos, baseado na premissa de que há vantagens e desvantagens de cada processo que devem ser consideradas em função das características específicas de cada conflito. Ao invés de se adotar apenas uma porta para o processo judicial, com o sistema multiportas disponibiliza-se distintos tipos de processos a formarem um centro de justiça, organizado pelo Estado, possibilitando às partes um processo adequado em cada disputa. In: AZEVEDO, Andre Gomma; CARVALHO E SILVA, Cyntia Cristina. *Autocomposição, processos construtivos e a advocacia: breves*

Em regra, pela autocomposição as partes celebram acordo de vontades, dando resposta consensual ao conflito de interesses, adotando-se, como opção, a participação de terceiro não interessado para auxiliar na obtenção de solução para o litígio, que não recebe o poder de decidir o conflito, no que se insere o uso de métodos como a conciliação e a mediação.

É diferente da heterocomposição, que ocorre basicamente pela jurisdição e pela arbitragem, em que o conflito entre as partes é solucionado por intermédio de um terceiro não interessado que faz a emissão de juízo de valor acerca da situação, decidindo definitivamente a questão, a partir de uma decisão impositiva que substitui a vontade das partes, concretizando os anseios do Direito objetivo.²³⁰

Diante de tal referencial conceitual, é plenamente possível projetar a autocomposição, por meio de métodos conciliatórios e mediatórios, como instrumento de celeridade e eficiência da pacificação social, significando um controle mais efetivo da atuação estatal, quando em cena demandas sociais frente às políticas públicas de saúde, que supere a judicialização de toda e qualquer demanda, inclusive as que tenham menor complexidade, reforçada pela cultura do enfrentamento.

A possibilidade de a administração pública implementar melhor avaliação e controle interno de suas políticas sociais, a partir das evidências identificadas e soluções concretizadas na autocomposição, é algo a se valorizar em um Estado Democrático de Direito que deve prezar e buscar incessantemente a eficiência administrativa.

Valoriza-se a autocomposição pelo Estado como forma de concretizar o princípio da eficiência, no sentido de maximizar os recursos disponíveis para alcançar ou reconduzir satisfatoriamente as metas estabelecidas em suas políticas de saúde, prezando, acima de tudo, pela supremacia do interesse público.

Com a autocomposição, não só o controle interno das políticas públicas ganha reforço de qualidade, mas o controle social pela participação popular é também instigado a produzir contribuição significativa no rearranjo das metas planejadas ou até implemento daquelas inexistentes.

A participação da sociedade, quando da autocomposição para resolução de demandas sociais, é importante instrumento que, além de conferir maior legitimidade à atuação estatal, representa uma forma para melhor atender às expectativas da comunidade-alvo das políticas

comentários sobre a atuação de advogados em processos autocompositivos. Revista do Advogado, n. 87, set. 2006, p. 118.

²³⁰ No Direito pátrio, a arbitragem é disposta pela Lei 9.307/1996, permitindo que pessoas capazes de contratar, o que inclui a administração pública e direta, possam dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º, § 1º), por meio de terceiro imparcial ou juízo arbitral (artigos 3º e 13).

públicas.

Viável, então, estabelecer que os resultados da consensualidade no âmbito da administração pública, influenciados por valores constitucionais como a cidadania e a participação popular, tendem a favorecer, no âmbito do Estado Democrático de Direito, o desenho de um Estado garantista em substituição à arbitrariedade ou uso indiscriminado da discricionariedade administrativa.

Trata-se de evidenciar o garantismo como um novo paradigma teórico geral, em que as garantias constitucionais representam “o conjunto dos limites e dos vínculos impostos a quaisquer poderes, idôneos a garantir a máxima efetividade de todos os direitos e de todas as promessas constitucionais”.²³¹

E a participação popular ativa, seja como instrumento de controle da administração, seja na forma de participação ativa nos processos de tomadas de decisão, uma vez interpretada pelo viés da teoria garantista, deve ser vista como importante instrumento constitucionalmente positivado, que permite aos poderes públicos examinar, sob diversos ângulos, “desde a opinião da maioria até a da minoria, dos mais favorecidos e dos menos favorecidos, dos mais esclarecidos e dos menos esclarecidos”, o que pode representar um ganho significativo na definição de políticas públicas ou mesmo nos processos de normatização, tendo sempre presentes os princípios e direitos fundamentais assegurados.²³²

Assim, a participação popular ativa para o alcance de soluções consensuais autocompositivas por certo tende a produzir maior chance de comprometimento com resultados eficientes em políticas públicas sociais e substituição efetiva de demandas judiciais desnecessárias.

Na ordem jurídica pátria, a adoção da autocomposição, por meio da conciliação e mediação, para dirimir controvérsias, inclusive sanitárias, que permeiem políticas públicas, não afronta ou encontra óbice no princípio da inafastabilidade jurisdicional, pois a Constituição de 1988 ao estabelecer a jurisdição una não vedou formas alternativas à solução dos conflitos na esfera judicial.

O que se pleiteia é que a adoção consistente de resoluções consensuais de conflitos no âmbito da seara administrativa tende a resguardar a tutela judicial para questões privativas e

²³¹ FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Tradução Alexandre Araújo de Souza et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 31.

²³² CAMPOS, Luciana Oliveira de; OHLWEILER, Leonel Pires. *Estado Democrático de Direito e a participação popular no Brasil: uma análise a partir do conceito de Luigi Ferrajoli*. Revista Direitos Humanos e Democracia, Editora Unijuí, ano 8, nº 15, jan./jun. 2020, p. 265-267. Disponível em <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/7068>>. Acesso em 31/07/2021.

complexas, permitindo às demais temáticas o caminho preferencial dos compromissos administrativos negociados.

Fato é que a resolução de conflitos via modelos alternativos significa adesão à cultura da pacificação, em oposição à necessidade de uma decisão judicial, propiciando um cenário com menos desgaste, mais econômico e com maior conscientização política e participação popular, com amparo, inclusive, na legislação infraconstitucional.

Segundo o Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), o Estado deve promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos por métodos como a conciliação e a mediação, a serem estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público (art. 3º, §§ 2º e 3º), informados pelos princípios da independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada (art. 166).

Trata-se de política pública, atribuindo ao Estado o encargo de promover uma prática pacificadora, não significando desacreditar a Justiça estatal, mas combater “o excesso de litigiosidade que domina a sociedade contemporânea, que crê na jurisdição como a única via pacificadora de conflitos”, o que na prática tem elevado o número de processos aforados, frente a uma capacidade insatisfatória de vazão dos órgãos e estruturas do serviço judiciário disponível.²³³

No âmbito administrativo, segundo o código de processualística nacional, os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) devem (art. 174): a) criar câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos, para dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; b) avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; e c) promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Decorre de tal disposição um ambiente normativo que surge no Direito brasileiro como um esforço para implantação de uma cultura de pacificação também no âmbito administrativo, com o estímulo de mecanismos de solução não judicial de conflitos, ou solução consensual de litígios já judicializados.

Assim, a conciliação e a mediação não são instrumentos exclusivos de órgãos judiciais, mas a própria administração pública tem prerrogativa legal para criar instâncias consensuais,

²³³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do Direito Processual Civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I.* 57ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 76.

regulamentando e disponibilizando atividades para enfrentamento de falhas e demandas sanitárias no âmbito de políticas públicas específicas.

Representa um controle não judicial de políticas sociais de saúde, a permitir uma mesa dialógica e consensual entre os próprios gestores das políticas, e estes com a sociedade civil, incluindo os particulares contratados para prestarem serviços ou fornecerem bens e insumos, fortalecendo a abertura democrática para a participação popular e uma avaliação administrativa oportuna e contínua de ações e serviços planejados.

A mesa dialógica e consensual, que permite uma aproximação maior ao interesse público e às necessidades mais prementes, é instrumento permissivo para a superação de um Estado burocrático e hermético que atua por meio de decisões imperativas e unilaterais que dão base à boa parte da tradicional estruturação administrativa, e o alcance de uma administração pública que busque um consenso e uma atuação mais pluralista.

É o surgimento de uma administração “concertada”, que não se restringe a se posicionar perante o administrado como entidade eminentemente autoritária, mas que se transforma em uma grande entidade de composição de interesses (públicos e privados), frente à escassez de recursos públicos, focada na eficiência administrativa a longo prazo, que conforma o Estado Democrático de Direito (eficiente, pluralista e participativo), e atenta à coexistência de valores individualistas e atinentes à solidariedade social.²³⁴

Deve-se enfatizar a não concordância com inoportunas alegações no sentido de que os basilares princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público impossibilitariam qualquer tentativa de utilização de meios alternativos de resolução de conflitos no âmbito administrativo, pois, ao contrário, são estratégias inovadoras que “obrigam o Estado a pesar os princípios da legalidade, a boa-fé e a eficiência à luz da juridicidade administrativa para que o melhor interesse público seja atingido no caso concreto”²³⁵.

Cabe lembrar que o próprio Direito Administrativo proporciona certo grau de discricionariedade para que a administração pública possa valorar os interesses quando identifica demandas e conflitos sanitários, de forma a buscar melhores soluções e/ou correções para suas políticas públicas. Em muitas situações, será muito melhor que Estado ceda às necessidades fáticas adversariais da sociedade por meio de acordos administrativos do que se

²³⁴ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 51-52.

²³⁵ MESQUITA, Daniel Augusto. *A Participação do Advogado Público em Mediações: parâmetros para a celebração de acordo que atenda ao interesse público*. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, Brasília, v. 41 (2) / 09-32, jul./dez. 2016, p. 19.

ater de forma absoluta à indisponibilidade do interesse público.

Da mesma forma, a consensualidade não traduz incompatibilidade com o interesse público, vez que, na verdade, vai ao encontro do seu intento, concretizando-o em sua integralidade. É assim, porque a resolução por meio de instrumentos consensuais, quando analisada como vantajosa diante do custo-benefício, permite externalidades positivas como o atendimento à legitimidade da decisão administrativa; a desburocratização de procedimentos decisórios; a efetividade com base em resultados qualificados, diante da aceitação dos agentes envolvidos; e o enfrentamento prático da crise do Poder Judiciário.²³⁶

Diante de animadoras perspectivas doutrinárias, na prática a pacificação social por meio de métodos autocompositivos ainda não é uma realidade de grande alcance no cenário nacional da administração pública, a ponto de descongestionar o Poder Judiciário.

Isso ainda é percebido utilizando-se como referência a alta taxa de congestionamento no âmbito do Poder Judiciário, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça.²³⁷

Segundo dados do CNJ, a taxa de congestionamento, que é o indicador para medir o percentual de casos que permaneceram pendentes de solução ao final do ano-base, em relação ao que tramitou (soma dos pendentes e dos baixados tendo como referência a maior parte dos tribunais pesquisados)²³⁸, o que inclui demandas que envolvem a administração pública como geradora de conflitos, é de 82% na fase de execução e 58% na fase de conhecimento, e, para receber uma sentença, o processo leva, desde a data de ingresso, quase o triplo de tempo na fase de execução (4 anos e 3 meses) comparada à fase de conhecimento (1 ano e 7 meses).²³⁹

Evidencia-se, então, a necessidade de uma maior discussão e aprofundamento sobre o uso de métodos autocompositivos, como a conciliação e a mediação, inclusive na administração pública, apesar de se tratar de matéria que possui reconhecimento normativo recente no cenário jurídico brasileiro.

Em termos conceituais, na seara internacional, conforme a Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, a mediação é um “processo estruturado, independentemente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre a resolução do seu litígio”, utilizando-se para isso a assistência de um mediador (art. 3º, item “a”).

²³⁶ NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. *Contrapesos de uma administração pública consensual: legalidade versus eficiência*. Revista Interesse Público – IP. Belo Horizonte, ano 19, n. 103, p. 49-77, maio/jun. 2017, p. 60.

²³⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2020: ano-base 2019*. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em 01/07/2021.

²³⁸ Ibidem, p. 92.

²³⁹ Ibidem, p. 184.

Conforme a Directiva 2008/52/CE, a mediação não deve ser considerada uma alternativa inferior ao processo judicial pelo fato de o cumprimento dos acordos resultantes depender da boa vontade e voluntariedade das partes, e, além disso, tem como objetivo assegurar um melhor acesso à justiça e pode proporcionar uma solução extrajudicial rápida e pouco onerosa (itens 5, 6, 13 e 19 dos “Considerandos”).

A voluntariedade das partes envolvidas, a atuação assistencial de um mediador, a solução extrajudicial adaptada às necessidades envolvidas e a menor onerosidade são caracteres destacáveis a serem valorizados em tal conceito.

Na legislação ordinária, fortalecendo a aplicação de métodos consensuais indicada no Código Processual Civil, a Lei 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos na administração pública, define a mediação como atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que auxilia as partes, estimulando-as a identificar ou desenvolver soluções para as controvérsias, inclusive para autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública (art. 1º).

Trata-se de permissivo para que os entes federativos possam criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, com maiores especificidades detalhadas em regulamento próprio (art. 32, § 1º), o que pode se dar inclusive na seara das políticas públicas de saúde, para dirimir conflitos entre órgãos e entidades da própria administração ou com particulares, traduzindo um método pacífico de gestão de conflitos, de forma a evitar a abertura de processos judiciais de caráter contencioso e pôr fim àqueles iniciados ou reduzir o seu alcance.

Da mesma forma que a mediação, a conciliação é técnica autocompositiva, com amparo no Código de Processo Civil, a ser estimulado não só por agentes judiciais, mas também no ambiente administrativo. É instrumento a propiciar maior satisfação entre as partes envolvidas, por possibilitar uma participação mais ativa, permitindo a proposição de soluções por parte de um conciliador, terceiro imparcial, agente tecnicamente habilitado e dotado de expertise, possuindo *status* para melhor encontrar resposta consensual e condizente para dar fim a conflitos estabelecidos.

O conciliador, diferentemente do mediador, tem poder decisório, interferindo diretamente na gestão e solução do conflito, sendo dotado de competência e habilitação para tal atribuição.

A conciliação, além de ocorrer em um processo judicial (endoprocessual), em que o juiz detém o poder decisório, pode ser implementado de forma extraprocessual, em que o

conciliador atua na seara extrajudicial, a exemplo de conflitos afetos à administração pública, em que se realiza a autocomposição no âmbito de seus órgãos e entidades ou junto a seus administrados.

Dessa forma, apresenta-se como um instrumento apto a controlar e implementar ações e serviços planejados por meio de políticas públicas, a partir de ajustes de conduta e de demandas sociais, propiciando um melhor acompanhamento de questões técnicas e orçamentárias, haja vista permitir a participação ativa de agentes técnicos especializados, como médicos, bioquímicos, farmacêuticos e gestores de políticas, além do próprio autor da demanda.

Em um município, antes mesmo de se instaurar um processo judicial afeto a uma demanda por ação, insumo ou serviço de saúde, seja ele individual ou de caráter coletivo, a opção pela conciliação sanitária tende a permitir a atuação de profissionais especialistas em saúde (médico, gestor de políticas, cientista, farmacêutico, nutricionista, terapeuta etc.), com expertise técnica suficiente para tomar decisões em um conflito decorrente de falhas no implemento de uma política pública (nacional ou local) ou oriundo da ausência de política que atenda à demanda pleiteada.

A título de caso prático, a busca por uma conciliação sanitária em uma demanda por medicamentos, que tenha como referência a política nacional específica adotada pelo município, pode ocorrer não apenas por um único conciliador, mas por intermédio de uma equipe multidisciplinar formada por agentes técnicos, agentes políticos da secretaria de saúde e agentes jurídicos (da administração e representante do autor da demanda), com objetivo de analisar requisições médicas, laudos, receitas e histórico clínico do paciente, para, se possível, determinar a substituição de remédio não padronizado requerido por outro que já esteja incorporado às listas oficiais do SUS.

Representa um contexto fático para a constituição de um ambiente mais benéfico ao paciente/demandante (ou grupo vulnerável) e à administração pública, por instigar maior celeridade e almejar um atendimento satisfatório, além de valorizar a técnica terapêutica e preservar o orçamento público, na medida que objetiva não acarretar despesas elevadas não previstas.

A utilização da conciliação ou mediação no trato de demandas sociais, afetas a políticas públicas de saúde no âmbito municipal, tem força não somente para desestimular a formação de processo judicial, mas para criar uma cultura que pode fazer prosperar um efeito pedagógico na administração pública local e em outros municípios.

Permite-se, assim, dar maior valorização ao sistema de justiça multiportas (*multi-door courthouses*) no âmbito local, encaminhando os munícipes, os parceiros, o terceirizados e a

administração pública para um caminho alternativo no desfecho de conflitos sanitários, estabelecendo uma postura de encarar a via judicial como último recurso, após o esgotamento de tentativas de abordagem consensual.

Inclusive, a administração pública local tem a prerrogativa de normatizar, em regulamento específico (lei e decretos), procedimentos e responsabilidades que envolvam a possibilidade de adoção dos métodos autocompositivos da conciliação e mediação sanitárias, com os objetivos de prevenção e resolução de conflitos, propiciando controle interno e avaliação e a correção das políticas públicas vigentes e a identificação de necessidades não atendidas por essas políticas.

Nesse sentido, já é possível identificar exemplos práticos e referenciais, tanto no aspecto normativo quanto de boas práticas já alcançadas em alguns entes federativos.

No Estado de Goiás, a Lei Complementar 144/2018 instituiu a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Administração Estadual (CCMA), vinculada à Procuradoria-Geral do Estado, intentando objetivos como (art. 1º): a) promover e estimular a autocomposição de controvérsias administrativas; b) propiciar eficiência e celeridade na condução e resolução de conflitos extrajudiciais; c) reduzir o dispêndio de recursos públicos na instauração, condução e no acompanhamento de processos administrativos e judiciais; e d) ampliar o diálogo institucional, para fomentar a cultura de uma Administração Pública consensual, participativa e transparente na busca por soluções negociadas.

No Distrito Federal, importante referencial na experiência de efetivação da saúde é o Comitê Distrital de Saúde, em Brasília, criado com base em diretriz do CNJ, que estabeleceu a necessidade de monitoramento das demandas judiciais em saúde pelas unidades da federação e proposição de medidas concretas de aperfeiçoamento do Poder Judiciário na efetivação desse direito. O Comitê fomentou e organizou a criação da Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde (Camedis)²⁴⁰ em 2013, para promoção da conciliação e mediação pré-processual (extrajudicial) entre os cidadãos e os gestores do SUS, acerca de demandas que envolvam insumos, produtos e serviços de saúde.²⁴¹

²⁴⁰ A Camedis foi instituída por meio da Portaria Conjunta 01/2013, emitida pela Defensoria Pública e Secretaria de Saúde, com a missão institucional de buscar solução às demandas por serviços e produtos de saúde, com o intuito de evitar ações judiciais ou propor soluções para aquelas em trâmite (art. 2º). Disponível em <http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/74163/Portaria_Conjunta_1_26_02_2013.html>. Acesso em 31/07/2021.

²⁴¹ ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (coordenadores). *Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência*. - Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015, p. 108-109. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>>. Acesso em 22/05/2021.

Com o principal objetivo de constituir um espaço institucional para a mediação extrajudicial de conflitos em matéria de saúde, são fatores destacáveis da experiência inovadora em Brasília, como: a) o empoderamento e satisfação por parte dos usuários que participam das sessões de mediação no trato direto com os gestores; b) a redução do número de ações judiciais relacionadas aos casos apreciados; c) o fortalecimento do diálogo e a cooperação entre a Defensoria e a Secretaria de Saúde; d) a resolução extrajudicial de conflitos baseada na autonomia; e) o atendimento não só às demandas por serviços e produtos já incorporados pelo SUS (padronizados), mas àqueles não incorporados e necessários pela condição peculiar de cada usuário; e f) o melhor conhecimento das rotinas, dificuldades e desafios de cada instituição, além de melhor interação e colaboração entre si.²⁴²

No âmbito municipal, métodos autocompositivos para atender demandas sanitárias locais são fundamentais para o acompanhamento, controle e avaliação de políticas públicas, sejam elas de índole nacional, estadual ou municipal, o que pode implicar em correções, mudanças de rumos e até a implementação de ações ou políticas não existentes.

A proximidade dos gestores públicos com a sociedade deve ser muito bem explorada pela administração local, adotando-se, inclusive em regulamentos específicos, estratégias de solução consensual, de forma a desestimular a adoção de pleitos judiciais.

A título de exemplo e boa prática, o município de Lages/SC criou um Núcleo de Conciliação de Demandas em Saúde, composto por equipe multidisciplinar, com a junção entre órgãos da saúde, Defensoria Pública, Advocacia Pública, Ministério Público, Poder Judiciário e o paciente.

Da experiência de relação institucional, foram identificadas a) estratégias extrajudiciais de promoção, prevenção e recuperação da saúde; b) maior diálogo do Poder Judiciário com os gestores de saúde, beneficiando projetos institucionais; c) redução dos conflitos em decorrência da dificuldade de acesso à saúde pública; d) verificação da real condição do paciente e sua integração aos programas e medicamentos que são oferecidos pelo SUS; e) maior agilidade nos procedimentos administrativos e nos processos judiciais referentes a diversas demandas de insumos, produtos e serviços de saúde; e f) conscientização dos agentes políticos quanto às políticas públicas de saúde e a mudança de mentalidade para a construção do diálogo institucional entre Executivo e Judiciário.²⁴³

O município de Canoas/RS instituiu, pela Lei 6.292/2019, o Centro de Conciliação e Mediação, para a solução de controvérsias administrativas ou judiciais que envolva a

²⁴² ASENSI e PINHEIRO (coordenadores), op. cit., p. 128-129.

²⁴³ Ibidem, p. 107-108.

administração municipal (art. 1º), com base em diretrizes como a prevenção, garantia de eficácia e estabilidade das relações jurídicas e administrativas, agilização e efetividade de procedimentos de prevenção e solução de controvérsias e racionalização da judicialização de litígios (art. 5º), sendo objeto de autocomposição o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou indisponíveis (art. 9º).

Com as mesmas pretensões, o município de Porto Alegre/RS criou a Central de Conciliação por meio da Lei 12.003/2016, visando a estabelecer a conciliação e a mediação como meios para a solução de controvérsias administrativas ou judiciais que envolvam a Administração Municipal (art. 1º), com processos submetidos à homologação pelo procurador-geral do município (art. 4º).

Naquele município, a Central de Conciliação é composta pela Câmara de Indenizações Administrativas, Câmara de Conciliação de Precatórios e Câmara de Mediação e Conciliação (art. 6º), competindo a esta prevenir e solucionar, de forma consensual, os conflitos no âmbito administrativo; dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da Administração Municipal; avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Administração Municipal; e promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta (art. 10).

Regulamentando a lei municipal, o Decreto 19.519/2016 estabeleceu a competência, a composição e a organização funcional da Câmara de Mediação e Conciliação da Central de Conciliação.

Entre suas competências, a Câmara deve prevenir e solucionar consensualmente os conflitos em processos administrativos, resolver os conflitos entre órgãos e entidades da administração municipal, avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação e promover, quando couber, a celebração de termo de entendimento, que é o documento formal contendo a identificação do mediador ou conciliador, os nomes das partes, do advogado, do procurador municipal e o teor acordado (artigos 3º e 15).

No bojo dessa competência para soluções consensuais estão abarcados os conflitos envolvendo ações e serviços de saúde vinculados a políticas públicas em execução ou inexistentes.

As experiências regulamentares e de boas práticas desses entes federativos traduzem uma busca pela eficiência administrativa e supremacia do interesse público no implemento e correções de ações e serviços que inclusive alcancem políticas públicas sanitárias.

Dessa forma, vê-se que a autocomposição pela mediação e conciliação é instrumento com potencial para não somente beneficiar maior aproximação social dos verdadeiros

necessitados pelos resultados das políticas com o Estado, mas também alternativa extrajudicial valorosa para avaliação e controle qualitativos das metas e ações estabelecidas ou para prospecção daquelas políticas ainda não existentes.

No trato das políticas públicas de saúde, a mediação e a conciliação, a partir de regulamentação local pelos municípios, podem se configurar como alternativas mais céleres e eficazes para as demandas sociais e para as correções de ações e serviços planejados.

Na medida em que os municípios são os entes federativos mais próximos da realidade social da comunidade, a pacificação por meio desses métodos autocompositivos, mediados por agentes capacitados e conhecedores das mazelas sanitárias, é caminho alternativo que se instala de forma definitiva em um Estado que se queira, na prática, democrático e social de direito.

Em tempos de se buscar uma administração pública mais célere, eficiente, transparente e com governança, os gestores políticos e agentes públicos envolvidos no implemento de medidas administrativas consensuais devem atuar, alertas e atentos, no sentido de não instigarem mais burocracia e menos gerencialismo com tal inovação, em resultados que poderiam ocasionar efeitos contrários aos almejados e aqui defendidos.

Alinhando-se à doutrina de Freitas, a filosofia cooperativa e não adversarial da negociação na administração pública, pelo desafio que impõe, somente funcionará caso certas habilidades cognitivas e motivacionais forem cultivadas como verdadeiros hábitos de agentes públicos e particulares, de forma a compor uma atmosfera de racional predominância do ajustamento público-privado de condutas.²⁴⁴

Para o autor, o agente público do futuro deve ter habilidades essenciais à negociação como a postura não adversarial; a impessoalidade e o autocontrole; a superação de predisposições ao confronto e ao revide; a capacidade de escuta ativa e de indagação aberta; o dom de reenquadramento e empatia racional; a aptidão para construir saídas honrosas; o preparo para oferecer motivação explícita, clara e congruente; e a atitude amistosa à transparência radical e ao trabalho integrado e sistêmico.²⁴⁵

Além disso, há premissas que tendem a promover uma reconfiguração do Estado-administração, em face da litigiosidade, para alcançar soluções efetivas e probas em métodos consensuais, o que inclui: a) a prática de uma cultura menos hostil entre o Estado-administração e a sociedade, prezando por princípios como a impessoalidade, a confiança recíproca, a eficiência e a moralidade; b) o comportamento do agente público baseado no dever ético-jurídico; c) a duração razoável e a processualização administrativa mínima; d) o foco em

²⁴⁴ FREITAS, 2017, op. cit., p. 26.

²⁴⁵ Ibidem, p. 34.

negociações que viabilizem a implementação de políticas públicas em tempo útil; e e) os acordos que promovam a probidade e não invadam a esfera do (material e processualmente) irrenunciável.²⁴⁶

Suscita-se, então, que a solução negociada nas relações da administração pública, que envolvam demandas na prática de políticas públicas de saúde, merece ser vista como estratégia preferencial de pacificação, frente a uma banalização ou “boom da litigação sanitária” que impõe limites, não raro, intransponíveis.

A administração pública aparece como polo ativo ou passivo de boa parte dos processos em trâmite perante o Poder Judiciário, o que lhe exige de imediato a adoção de uma postura mais proativa na busca de instrumentos alternativos à desburocratização para solução de litígios, dando vez à uma consensualidade que assuma papel de relevância em face do conceito de administração gerencial e da efetivação do princípio constitucional da eficiência.

Mediar e conciliar estão na ordem do dia na pretensão de dar efetividade ao controle administrativo extrajudicial das políticas sociais de saúde, podendo implicar em correções, redirecionamentos e até reformas, desde que funcionem como atividades bem estruturadas e amparadas por uma cultura valorativa e de controle inovador que não sirvam apenas como uma extensão burocrática e desmedida da sindicabilidade judicial.

Trata-se de mudança de paradigmas para a administração pública e para os particulares, incluindo a advocacia pública e os representantes judiciais privados, a permitir uma inovação que traz desafios, mas também perspectivas na busca da redução de litigiosidade e da solução mais adequada dos conflitos sanitários, na busca pela eficácia social do direito à saúde.

4.4 Controle externo de políticas públicas de saúde

No Estado Democrático de Direito, em que vigora um sistema de freios e contrapesos, a permitir um controle recíproco em diferentes níveis, incluindo os Poderes, órgãos e entidades da administração Pública, a figura do controle externo é fundamental para que nenhuma instituição pública, dotada apenas de controle no ambiente interno, exerça suas prerrogativas sem balizamento e limitações externa *corporis*, de forma a compatibilizar suas ações à supremacia do interesse público e aos ditames constitucionais e legais.

O controle externo por outras instâncias administrativas, autônomas e independentes, que não a própria unidade gestora de recursos públicos, é instrumento de eficiência que se soma ao controle social (também de índole externa) para fiscalizar e contribuir para o melhor norte

²⁴⁶ FREITAS, 2017, op. cit., p. 27-28.

do implemento principalmente das atividades finalísticas do fiscalizado.

De modo geral, o controle externo existe para ter natureza colaborativa e até pedagógico-orientativa, para além de aspectos processualísticos punitivos, em complemento a todas outras formas de controle dos atos administrativos, materializado por procedimentos de acompanhamento, fiscalização, auditorias, inspeções e meta-avaliações, com intuito de analisar a qualidade, a completude, a tempestividade e a confiabilidade de informações, bens e serviços estatais, verificar o desempenho do portfólio de políticas públicas, bem como examinar aspectos qualitativos como a relevância, a utilidade e a coerência das intervenções para o tratamento dos problemas públicos.

A partir da ordem jurídica constitucional, o controle externo de políticas públicas inclui a atuação dos tribunais de contas, aos quais, em auxílio ao Poder Legislativo (que também realiza controle externo da Administração), compete a realização da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos entes federativos, órgãos e entidades públicas, com base em parâmetros de legalidade, legitimidade e economicidade (art. 70); do Ministério Público, como instituição permanente que deve defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127), além de ter a função institucional de zelar pelo efetivo respeito dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo medidas necessárias de garantia (art. 129); e do Poder Judiciário, que tem a prerrogativa de inafastabilidade jurisdicional para apreciar qualquer lesão ou ameaça a direito, incluso o direito fundamental social à saúde (art. 5º, inciso XXXV).

Frente ao *status* constitucional do controle externo, pretende-se destacar aqui, como instrumentos extrajudiciais de controle das políticas públicas, que podem impactar positivamente na efetividade do direito fundamental à saúde, as auditorias operacionais e os termos de gestão implementados pelos tribunais de contas, e os termos de ajuste de conduta firmados pelo Ministério Público.

Assim como o controle social pela participação popular, são ferramentas com amparo estabelecido no ordenamento jurídico, que, aplicados no controle de políticas públicas, como forma de complemento e reforço do controle jurisdicional, podem conduzir o direito à saúde aos trilhos da eficácia social, adotando-se como referencial a maximização prestacional pelo Estado.

É explícita a relação de proporcionalidade direta entre o controle externo de políticas públicas de saúde e a efetividade de suas metas e objetivos.

Controle que por certo pode permear subsídios de alcance efetivo como a fixação de metas e prioridades pela administração pública; o resultado esperado das políticas públicas em

setores específicos; a quantidade de recursos a ser investida; o atingimento de metas fixadas; e a eficiência mínima na aplicação de recursos públicos.²⁴⁷

4.4.1 Tribunais de contas: auditorias operacionais e termos de ajuste de gestão

Prestigiar os tribunais de contas e sua atuação é invocar o próprio contexto evolutivo do Estado, que, de uma fase Patrimonial, em que o príncipe detinha o poder sobre os bens e não se submetia à ordem legal, avança qualitativamente para alcançar o Estado Democrático de Direito, em que, além da submissão às leis, ocorre a vinculação à vontade popular, de forma a aproximar o Estado do povo, para juntos, adotarem políticas públicas de interesse da sociedade.

E é no Estado Democrático de Direito, vivenciado pelo Brasil, ainda que em ocasiões às avessas da essência democrática, com fundamento no princípio da separação dos poderes e no sistema de freios e contrapesos, que o controle da administração pública se materializa, para o cumprimento de princípios como legalidade e eficiência administrativa, por meio de formas de controle externo.

Evidencia-se, então, “a necessidade de que os atos de índole financeira da Administração sejam controlados por um órgão externo à própria administração e dotado de autonomia e de garantia para o desempenho de suas funções”²⁴⁸.

Isso é ainda mais reforçado pela complexidade e dinamicidade dos novos tempos, em que a administração pública precisa diversificar suas ações, com abrangência em atividades de planejar, organizar, dirigir e controlar.

Diante de tal ambiente, Baldo revisa que novas formas de controle foram desenvolvidas, visando a medir o desempenho do Estado e corrigir os desvios apurados, colocando-se em evidência procedimentos de controle mais ajustáveis aos novos contornos da democracia participativa e do controle material de resultados, haja vista que as definições clássicas de controle, baseadas em um juízo de conformidade meramente formal, são criticadas e estão superadas.²⁴⁹

Nesse contexto, surge a figura do tribunal de contas brasileiro, inspirado pelo modelo europeu de cortes de contas, para dar azo a um controle específico e mais abrangente, principalmente dos atos de natureza administrativo-financeira praticados pela Administração,

²⁴⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 240, abr./jun. 2005, p. 83-103.

²⁴⁸ CITADINI, Antonio Roque. *O controle externo da administração pública*. São Paulo: Max Limonad, 1995, p. 12.

²⁴⁹ BALDO, Rafael Antônio. *A contribuição das auditorias operacionais para o controle externo das políticas públicas*. *Revista de Ciências do Estado*, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p. 53-90, jan./jul. 2018, p. 67. Disponível em <<https://periodicos.ufmg.br/index.php/revce/article/view/5087/3146>>. Acesso em 26/10/2021.

perfilando-se como um órgão técnico especializado e externo, dotado de autonomia e independência.

Ainda que com inspiração europeia, no Brasil o tribunal de contas possui nuances que o diferencia de outros tribunais, porque além de assumir funções fiscalizadoras típicas de controladorias (pertinentes ao outro modelo de controle externo financeiro da administração), realiza papel de ouvidoria e órgão consultivo, sendo que seus processos decisórios são um misto de decidir do Legislativo e Judiciário, caracterizando um certo hibridismo ou sistema misto.²⁵⁰

Conforme previsão constitucional, o tribunal de contas brasileiro (da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios)²⁵¹ é órgão autônomo e independente, que auxilia o Poder Legislativo no controle externo da Administração Pública, realizando a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos Poderes, órgãos e entidades públicas (art. 70, *caput*), com competências que inclui a apreciação das contas de governo do chefe do Poder Executivo com respectiva emissão de parecer prévio (art. 71, inciso I) e julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores (art. 71, inciso II), o que lhe proporciona uma jurisdição especial ou *sui generis*.²⁵²

Tratando da natureza jurídica do tribunal de contas, Scliar o define como instituição do Estado Democrático, com competências constitucionais exercidas com independência e autonomia, representando um tribunal *sui generis*, que exerce dever-poder sem ser Poder e a nenhum deles vinculado. É “órgão de colaboração com os Poderes e Ministério Público, republicano, indisponível e indelegável, cercado de garantias que o assimilam ao Tribunal Judicial”, prestando auxílio ao Poder Legislativo sem ser seu auxiliar e exercendo outras

²⁵⁰ RIBEIRO, Renato Jorge Brown. *Controle externo da Administração Pública Federal no Brasil*, apud COSTA, Luiz Bernardo Dias. *O Tribunal de Contas no Estado contemporâneo*. Dissertação de mestrado, 2005: PUC-PR. Disponível em <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp007979.pdf>>. Acesso em 26/10/2021.

²⁵¹ Conforme a Constituição Federal de 1988, a previsão do Tribunal de Contas da União, suas competências e normas, nos artigos 70 a 73, se estendem aos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Dessa forma, além de um tribunal de contas de jurisdição nacional, há cortes de contas com atuação mais regionalizada e local.

²⁵² São comumente denominadas de “contas de governo”, as contas prestadas anualmente pelo chefe do Poder Executivo e apreciadas pelo Poder Legislativo no âmbito do controle externo, com auxílio do tribunal de contas, que emite parecer prévio, que subsidiará o julgamento que é de competência do parlamento. Nessas contas, são avaliadas pelo tribunal de contas elementos como: resultados das operações com base nos princípios contábeis; observância aos limites constitucionais e legais na execução dos orçamentos; cumprimento dos programas previstos na LOA, LDO e PPA; resultado das políticas públicas; e observância ao princípio da transparência. Por sua vez, as contas de gestão de administradores e responsáveis são julgadas pelo próprio tribunal de contas, em que são apreciados atos de administração que resultem em receitas e despesas, realização de licitações, contratações, empenhos, liquidações e pagamentos de despesas, controle e guarda do patrimônio, aperfeiçoamento dos resultados de políticas públicas, entre outros. (In: Resolução 14/2007 – Regimento Interno do TCE-MT, artigos 82, § 2º, e 165, parágrafo único. Disponível em <<https://www.tce.mt.gov.br/arquivos/downloads/00102673/REGIMENTO%20INTERNO%20-%20ATUALIZADO%20AT%C3%89%20-%20Res.%20Normativa%20n.%2007-2021.pdf>>. Acesso em 23/10/2021).

competências terminativas no seu âmbito constitucional.²⁵³

Tem-se que o tribunal de contas brasileiro é órgão independente e autônomo, pois não integra nenhum dos Poderes, vez que inclusive realiza controle externo das contas públicas de cada um deles. Presta auxílio ao Poder Legislativo no sentido de realizar cooperação funcional, mas não como órgão auxiliar com vinculação e subordinação hierárquica.²⁵⁴

Apesar de vigorar a jurisdição una no Brasil, por julgar contas públicas de administradores e responsáveis por recursos públicos, o tribunal de contas exerce uma função jurisdicional atípica ou anômala, com amparo na própria Constituição, pronunciando decisões com natureza de controle.

Não se igualam às decisões jurisdicionais, porque também estão sujeitas ao controle constitucional exercido pelo Poder Judiciário, mas também não se identificam com a função puramente administrativa. São decisões que se colocam a meio caminho entre uma e outra, com fundamento constitucional, que se sobrepõem às decisões das autoridades administrativas qualquer que seja o nível em que se insiram na hierarquia da administração pública.²⁵⁵

Para Pardini, no modelo brasileiro o tribunal de contas é órgão híbrido, de fiscalização e controle externo, de jurisdição especializada de contas, que goza de garantia de absoluta independência hierárquica, completa autonomia funcional e administrativa e qualificação científica e profissional de seus membros.²⁵⁶

Disso, pode-se justificar a classificação como “tribunal híbrido” porque, apesar de exercer a fiscalização e controle externo, tem funções administrativas, quando administra sua estrutura organizacional e pessoal; funções legislativas, quando emite instruções e resoluções para orientação de seus servidores e fiscalizados; e funções jurisdicionais, em decorrência de sua competência constitucional para o julgamento de contas públicas.

Com a competência constitucional para apreciar as contas de governo do chefe do Poder Executivo (art. 71, inciso I), aos tribunais de contas cabe a atribuição de realizar a fiscalização

²⁵³ SCLIAR, Wremyr. *Coisa julgada e decisões de controle externo terminativas*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, a. 49, n. 194, abr./jun. 2012. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496586/000952700.pdf>>. Acesso em 23/10/2021.

²⁵⁴ Segundo Medauar, a Constituição em nenhum artigo utiliza a expressão “órgão auxiliar”, mas que o controle externo do Congresso Nacional será exercido com auxílio do Tribunal de Contas. É auxílio que não significa subordinação ou subalternidade, sendo que a Corte de Contas não integra o Legislativo e nem é subordinado a ele. (In: MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas* (1990). Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175815/000451494.pdf?sequence=1>>. Acesso em 23/10/2021).

²⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 703.

²⁵⁶ PARDINI, Frederico. *Tribunal de Contas da União: órgão de destaque constitucional*, apud LIMA, Luiz Henrique. *Controle externo: teoria e jurisprudência para os tribunais de contas*. 6ª ed. São Paulo: Método, 2015, p. 104.

de políticas públicas de saúde, para verificar, por exemplo, o cumprimento da aplicação mínima de recursos públicos em ações e serviços de saúde, o resultado qualitativo do implemento dessas políticas por meio de indicadores especializados, as demandas sociais e a necessidade de correções ou novas políticas.

No julgamento constitucional de contas de gestão dos administradores e demais responsáveis (art. 71, inciso II), o tribunal de contas irá apreciar, por exemplo, a finalidade, legalidade e economicidade das despesas em ações e serviços de saúde, o trato com as receitas orçamentárias decorrentes de impostos e transferências, os registros contábeis, a administração patrimonial (hospitais, policlínicas, móveis, equipamentos etc.) e o nível operacional atinente a recursos humanos, materiais e qualidade de serviços prestados.

A partir do julgamento das contas públicas que alcancem o direito social à saúde, o tribunal de contas tem a prerrogativa de aplicar sanções, recomendações, determinações e até medidas cautelares destinadas a tutelas de urgências para enfrentar situações eventualmente com perigo de dano ou riscos ao interesse público.

Vale a ressalva de que, no exercício do controle externo de políticas públicas de saúde, a atuação dos tribunais de contas tem índole essencialmente técnica, complementada pelo aspecto jurídico, pois além de voltada para temáticas contábeis, patrimoniais, orçamentárias etc., é apoiada no trabalho e expertise de profissionais especialistas e capacitados, o que, em regra, é um ganho de relevo se comparado com o controle judicial de políticas públicas, que é criticado justamente pela ausência de conhecimentos especializados para avaliação dos aspectos mais técnicos pertinentes a essas políticas.

Segundo Rodrigues, os tribunais de contas, como órgãos técnicos por excelência, cuja expertise recai justamente sobre o controle da administração pública, são dotados de instrumentos e profissionais capacitados para demonstrar “a existência ou não de um consenso técnico e indicar se determinada política pública escolhida era tecnicamente inviável para atingir determinada finalidade ou manifestamente ineficiente”.²⁵⁷

Nesse mesmo fundamento, tendo como alcance as políticas públicas, Pivetta afirma que os tribunais de contas possuem “competência e estrutura adequada, dispondo de servidores qualificados e instrumentos jurídicos para identificar os equívocos e acertos da gestão administrativa dos entes federados”, e, quando propõem e cobram a implementação de mudanças necessárias para a adequação das políticas públicas ao ordenamento jurídico,

²⁵⁷ RODRIGUES, Ricardo Schneider. *O controle de políticas públicas pelos tribunais de contas*. Revista do Ministério Público de Contas – PR, v. 1, n. 1, novembro/maio 2014, p. 112. Disponível em <<https://revista.mpc.pr.gov.br/index.php/RMPCPR/article/view/60/59>>. Acesso em 21/05/2021.

“contribuem de maneira preventiva, de modo a evitar que direitos dos cidadãos sejam lesados em razão de atuação ineficiente, ilegal ou imoral da Administração”.²⁵⁸

Além disso, os tribunais de contas possuem, em relação ao Poder Judiciário, maiores condições de realizar a macrojustiça, com fundamento em uma atuação que se pauta pelo controle geral da administração pública e não apenas de demandas individuais ou de grupos específicos.

Trata-se da possibilidade de um controle mais efetivo e amplo sobre as políticas públicas de saúde, para além de um mero reconhecimento individual do direito subjetivo público do beneficiário à saúde.

Quanto à promoção da macrojustiça por meio do exercício do controle externo pelos tribunais de contas, Baldo destaca as auditorias direcionadas e realizadas em áreas relevantes como saúde, educação, meio ambiente, saneamento e resíduos sólidos, que, diferentemente de ações individuais, são instrumentos capazes de detectar todas as externalidades envolvidas, diagnosticando os problemas e as soluções viáveis, com a “possibilidade de desenvolver uma análise intersetorial para corrigir as assimetrias informacionais”.²⁵⁹

Por esse perfil de atuação, torna-se possível realizar uma avaliação global de uma política pública de saúde, de forma a identificar se a atividade performativa do Estado tem resultado na produção de serviços e bens de forma eficaz e coletiva.

Com base em um direcionamento mais voltado para a macrojustiça, a missão constitucional do tribunal de contas encontra relevante papel na esfera da necessidade de proteção da dignidade em sua dimensão dúplice (condição humana de cada indivíduo e dimensão social mais abrangente), principalmente para verificar o gerenciamento dos recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas, ainda mais quando se trata de despesas com ações e serviços de saúde.

É de se constatar que, em face das muitas críticas propostas ao controle jurisdicional das políticas públicas de saúde, e de um cenário ainda não resolutivo para a celeuma envolvida, há de se pensar em maior valorização do controle externo das ações e serviços de saúde exercido pelos tribunais de contas.

Fundamento importante para tal pretensão é que os tribunais de contas não atuam somente para observar se a administração pública atendeu à legalidade em seus atos, mas observa, ainda, a legitimidade e a economicidade, abrangendo, de forma ampla, aspectos contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial (art. 70, *caput*, CF/1988), o que

²⁵⁸ PIVETTA, op. cit., p. 247.

²⁵⁹ BALDO, op. cit., p. 84.

revela o exercício de um controle multifacetado e uma atuação que pode alcançar os resultados de políticas públicas, no âmbito de uma pretensa e necessária busca por uma administração menos burocrática e mais gerencial.

Segundo Moreira, o controle de resultados complementa o controle de juridicidade e o controle de legitimidade, de forma a contribuir para resolver o problema da irresponsabilidade político-administrativa na formulação e na execução das políticas públicas, o que significa uma “luta contra as imunidades do poder”, havendo um desdobramento em duas frentes: controle dos meios (legalidade formal) e controle dos resultados (legalidade substantiva). Pela legalidade substantiva, a eficiência estimula o dever de resposta adequada do gestor público às demandas do cidadão (*responsiveness*), com a ampliação do controle finalístico das políticas públicas.²⁶⁰

A partir do perfil constitucional para uma atuação legal substantiva, complementar à legalidade formal, é fundamento válido afirmar que os tribunais de contas adotam um olhar mais amplo e contextualizado da administração pública, enquanto tradicionalmente ao Poder Judiciário é reservado um enfoque a partir da pretensão deduzida em juízo, na maioria das vezes de cunho individual e com argumentos baseados na existência (ou não) do direito subjetivo.²⁶¹

Dentre outras vantagens do controle externo exercido pelos tribunais de contas sobre as políticas públicas de saúde, em relação ao controle jurisdicional, cabe destaque à competência para assinar prazo para o cumprimento da lei (art. 71, inciso IX, CF/1988); ao controle da aplicação mínima de recursos públicos em ações e serviços de saúde; à possibilidade de adotar parâmetros de prioridade, quando comparados gastos com saúde e em outras áreas menos urgentes; à determinação para que o gestor público aplique no exercício seguinte os valores não destinados à saúde no exercício devido; e à competência para avaliar a relação de eficiência mínima entre o valor investido e o resultado específico a partir das aquisições de bens e serviços por meio de contratos administrativos.

Tratar sobre resultado de políticas públicas de saúde é justamente prospectar um controle externo que tenha como finalidade basilar o interesse público e a concretização de um direito humano, fundamental e social como a saúde.

Na relação entre a atuação dos tribunais de contas e os direitos fundamentais, invocando-se o comando constitucional da aplicação imediata explicitado no § 1º, do art. 5º, é de se propor

²⁶⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novo referencial no Direito Administrativo: do controle da vontade ao do resultado. A juridicização dos resultados na Administração Pública*. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, a. 6, n. 67, set./2006, p. 67.

²⁶¹ RODRIGUES, Ricardo Schneider, op. cit., p. 111.

que ficou imposto aos órgãos estatais, incluindo-se os tribunais de contas, a missão de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais, restando inquestionável que esses órgãos de controle estão investidos na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos.²⁶²

É nesse sentido a percepção de Sarlet, relacionando atuação estatal e eficácia dos direitos fundamentais, defendendo que a melhor interpretação para a norma contida no art. 5º, § 1º da Constituição é a que tem como premissa de que se trata de norma de caráter principiológico, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais.²⁶³

E, para fazer valer essa missão constitucional de reconhecimento de máxima eficácia dos direitos fundamentais, além de uma atuação que seja voltada à legalidade substantiva, em complemento à legalidade formal, prezando por princípios outros como a eficiência, celeridade, economicidade e proporcionalidade, indispensáveis à boa administração pública, os tribunais de contas devem se utilizar de modernos mecanismos, o que inclui as auditorias operacionais, os termos de ajustamento de gestão, a valorização do diálogo interinstitucional, as ouvidorias, a orientação e capacitação dos fiscalizados, a partir de um controle externo voltado para diagnósticos e resultados que supere um mero controle detector de falhas e destinado a aplicar sanções.

Para a obtenção de resultados qualitativos no trato de ações e serviços de saúde, que alcancem efetivamente a comunidade local, dá-se destaque às auditorias operacionais²⁶⁴, realizadas pelos tribunais de contas e que podem abarcar as políticas públicas de saúde, sem paralelo no Poder Judiciário, com evidente impacto para a administração e os serviços públicos prestados, por se tratar de instrumento de fiscalização e controle destinado a alcançar procedimentos, recursos humanos, logística, compras e atendimento à comunidade.

A auditoria operacional, como é constitucionalmente denominada no Brasil, com diversas outras nomenclaturas em diferentes países, a exemplo de auditoria de desempenho, administrativa, de gestão, de rendimento e de resultados, foi padronizada em 2004 como *performance audit* pela INTOSAI (International Organization of Supreme Audit Institutions),

²⁶² CUNDA, Daniela Zago Gonçalves. *Controle de políticas públicas pelos tribunais de contas: tutela da efetividade dos direitos e deveres fundamentais*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 1, n. 2, p. 111-147, jul./dez. 2011. Disponível em <<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/1270>>. Acesso em 23/10/2021.

²⁶³ SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais* (...), op. cit. (e-book).

²⁶⁴ Segundo a Constituição Federal (art. 71, inciso IV), é competência dos tribunais de contas realizar inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, **operacional** e patrimonial nas unidades administrativas, o que inclui os Poderes, órgãos e entidades. (grifou-se)

ou Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores.

Segundo a INTOSAI, *performance audit* é o exame independente, objetivo e confiável que analisa se empreendimentos, sistemas, operações, programas, atividades ou organizações do governo estão funcionando de acordo com os princípios de economicidade, eficiência, eficácia e efetividade e se há espaço para aperfeiçoamento (ISSAI²⁶⁵ 3000/17).²⁶⁶

Ao definir auditoria operacional, a ISSAI 3000/17 utiliza o termo em inglês “*effectiveness*”, que abrange os conceitos de eficácia, relacionado ao grau de alcance das metas programadas em termos de produtos, e efetividade, relacionado aos impactos.

Alinhando-se à INTOSAI, o TCU prevê que as auditorias operacionais na modalidade “desempenho operacional” podem examinar, em um mesmo trabalho, uma ou mais das principais dimensões de desempenho (economicidade, eficiência, eficácia e efetividade – os quatro Es), reforçadas por aquelas na modalidade “avaliação de programa”, que verifica a efetividade dos programas e projetos governamentais.²⁶⁷

Conforme o órgão de controle externo federal, pela economicidade, objetiva-se a minimização dos custos dos recursos utilizados na consecução de uma atividade, sem comprometer os padrões de qualidade; a eficiência é a relação entre os produtos (bens e serviços) gerados por uma atividade e os custos dos insumos empregados para produzi-los, mantidos os padrões de qualidade; a eficácia é definida como o grau de alcance das metas programadas (bens e serviços), independentemente dos custos implicados, revelando a capacidade da gestão de cumprir objetivos imediatos; e a efetividade diz respeito ao alcance dos resultados pretendidos, a médio e longo prazo, relacionando os resultados de uma intervenção ou programa, em termos de efeitos sobre a população-alvo (impactos observados), e os objetivos pretendidos (impactos esperados), traduzidos pelos objetivos finalísticos da intervenção.²⁶⁸

Acrescenta-se a dimensão da equidade, derivada da efetividade das políticas públicas, que se baseia no princípio que reconhece a diferença entre os indivíduos e a necessidade de tratamento diferenciado. O exame da equidade, no âmbito de uma auditoria operacional, pode

²⁶⁵ As Normas Internacionais das Entidades Fiscalizadoras Superiores (ISSAI, na sigla em inglês) compõem uma das três categorias de pronunciamentos da INTOSAI e são baseadas em um conjunto de princípios e conceitos que definem a auditoria do setor público.

²⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Manual de auditoria operacional*. 4ª. ed. Brasília: TCU, Secretaria Geral de Controle Externo (Segecex), 2020, p. 16. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/data/files/F2/73/02/68/7335671023455957E18818A8/Manual_auditoria_operacional_4_edicao.pdf>. Acesso em 20/10/2021.

²⁶⁷ BRASIL. TCU. *Manual de auditoria operacional*, 2020, op. cit., p. 16-19.

²⁶⁸ Ibidem, op. cit., p. 16-19.

envolver a investigação dos critérios de alocação de recursos frente à distribuição espacial, ao perfil socioeconômico ou ao gênero da população-alvo; e das estratégias adotadas pelo gestor público para adequar a oferta de serviços ou benefícios às diferentes necessidades do público-alvo.²⁶⁹

Assim, é de se prospectar considerável importância e utilidade das auditorias operacionais no trato das políticas públicas de saúde, tendo como referencial as dimensões da economicidade, eficiência, eficácia, efetividade e equidade.

Com base em definições propostas pelo TCU em seu “Manual de auditoria operacional”, algumas dimensões de desempenho podem ser avaliadas em uma auditoria aplicada a uma política pública ou programa de governo na área da saúde: a) as necessidades, que representam os problemas, as dificuldades ou as demandas da sociedade ou de grupos específicos destinatários de bens e serviços públicos sanitários; b) os objetivos da política de saúde; c) os insumos, empregados na produção dos bens e serviços necessários a serem entregues ao público alvo; d) as atividades, que são os procedimentos utilizados para converter recursos em produtos na área da saúde; e) os produtos, como bens ou serviços obtidos por meio da conversão de insumos; f) os resultados, como alterações ou efeitos imediatos experimentados pelos destinatários diretos da intervenção pública; e g) os impactos, que são as consequências socioeconômicas de longo prazo.²⁷⁰

Conforme o TCU, as auditorias operacionais têm características próprias que as diferenciam das auditorias de conformidade e financeiras, que adotam padrões relativamente fixos. Nas operacionais, devido à variedade e complexidade das questões tratadas, há maior flexibilidade na escolha de temas, objetos de auditoria, métodos de trabalho e forma de comunicar as conclusões de auditoria, empregando-se ampla seleção de métodos de avaliação e investigação de diferentes áreas do conhecimento, em especial das ciências sociais, o que requer do auditor maior flexibilidade, imaginação e capacidade analítica.²⁷¹

Nota-se que se trata de uma modalidade de fiscalização que permite um novo paradigma para o controle externo da administração pública, vez que, superando a tradicional elaboração de relatórios de execução, demonstrativos contábeis e documentos fiscais, pode alcançar a essência de ações governamentais em políticas específicas, de forma a identificar os efeitos práticos de políticas públicas de saúde implementadas, não se prendendo prioritariamente a aspectos formais e burocráticos.

²⁶⁹ BRASIL. TCU. *Manual de auditoria operacional*, 2020, op. cit., p. 18.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 15-16.

²⁷¹ *Ibidem*, p. 20.

As eventuais interferências pelas cortes de contas, por meio das auditorias operacionais, em relação aos atos praticados pela administração, “têm uma probabilidade maior de evitar as distorções que podem ser provocadas pelo Judiciário ao atuar em diversas demandas individuais e pulverizadas por diversos juízos”.²⁷²

Com a competência constitucional para realizar as auditorias operacionais, os tribunais de contas podem examinar, durante o andamento de uma política pública de saúde, o cumprimento das pertinentes diretrizes, metas e objetivos orçamentários, além de verificar se o programa está realmente sendo efetivo, ou seja, se a comunidade está sendo beneficiada.

Pleiteia-se que esse controle de natureza operacional, com foco não apenas na legalidade, mas na avaliação de critérios de economia, eficiência, eficácia, efetividade e equidade, se realizado de forma concomitante à ação (ou omissão) governamental, pode assumir um caráter preventivo e pedagógico, permitindo a emissão de atos de recomendação, determinação, correção e interação com o gestor público, sem natureza sancionatória, com a finalidade maior de aumentar o desempenho da administração pública e atender à supremacia do interesse público.

Vê-se, então, que o controle exercido nessas auditorias é consensual, diferente do controle meramente sancionatório das auditorias tradicionais, pois o gestor tem o papel de colaborador essencial para o sucesso da avaliação realizada. É controle que serve não apenas como instrumento punitivo, mas como norte para orientação, atuação pedagógica e colaborativa, ficando a sanção para um segundo plano. Ocorre no âmbito de auditorias mais longas, que ao final geram uma espécie de termo de compromisso, em que as entidades fiscalizadora e fiscalizada ajustam um cronograma para definir os responsáveis, as ações e os prazos para implementar as recomendações.²⁷³

No campo das boas práticas, o TCU é referência exitosa na realização de auditorias operacionais de políticas públicas de saúde. Em relatório sistêmico de fiscalização²⁷⁴, o órgão de controle externo nacional apresentou alguns casos paradigmáticos, que são referenciais para fundamentar os argumentos aqui postulados.

Em 2009, a partir de auditoria operacional realizada com o objetivo de avaliar a gestão dos recursos federais repassados aos municípios para a execução das principais estratégias da

²⁷² RODRIGUES, Ricardo Schneider, op. cit., p. 114-115.

²⁷³ LIMA, Gustavo Massa Ferreira. *O princípio constitucional da economicidade e o controle de desempenho pelos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 78-82 e 117-119.

²⁷⁴ BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Relatório Sistêmico de Fiscalização – Saúde*. Brasília: TCU, 2014. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/data/files/B1/20/29/03/75A1F6107AD96FE6F18818A8/Fisc_Saude_2013.PDF>. Acesso em 06/11/2021.

Atenção Básica, o TCU apontou irregularidades como deficiências nos sistemas de planejamento dos municípios; falhas na disponibilização aos usuários da “Estratégia Saúde da Família” de serviços especializados; deficiências no processo de capacitação continuada dos profissionais da saúde; falta de equipamentos e insumos necessários para a realização dos trabalhos das equipes de Atenção Básica; descumprimento da jornada semanal de quarenta horas; e falhas no desenvolvimento das atividades de promoção da saúde (Acórdão 1.188/2010 – Plenário).

Conforme o TCU, ainda que a Atenção Básica ainda não cumpra plenamente sua função de ordenadora do sistema de saúde brasileiro, depois da auditoria e respectivas recomendações houve melhorias como o aumento no número de Equipes de Saúde da Família; aumento no percentual da população brasileira coberta por Equipes da Saúde da Família – ESF; incremento na execução orçamentária quanto aos pisos de atenção básica; avanços no processo de avaliação dos trabalhos das equipes da ESF a partir do Programa Nacional de Melhoria do Acesso e da Qualidade da Atenção Básica (PMAQ-AB) e do Incentivo Financeiro do PMAQ-AB; e criação do Contrato Organizativo de Ação Pública de Saúde (COAP), como instrumento de colaboração entre os entes federativos.

Por meio de uma auditoria operacional na Política Nacional de Regulação do SUS, ainda em 2009, foram evidenciadas falhas que propiciaram um norte para correções à administração pública, incluindo a ineficiência devido à integração precária na gestão dos diversos complexos reguladores; a ausência de compartilhamento de informações quanto à disponibilidade de leitos; a ausência de grade resolutiva que oriente as internações hospitalares; o desconhecimento do processo de Tratamento Fora de Domicílio (TFD); a insuficiente divulgação da política de regulação assistencial do SUS para os usuários e os profissionais de saúde; e a indisponibilidade ou disponibilidade parcial de funcionalidades requeridas nos sistemas informatizados de regulação (Acórdão 1.189/2010 – Plenário).

Em 2010, em auditoria operacional para avaliar em que medida o quantitativo de equipamentos, insumos e profissionais disponíveis para realizar mamografias eram adequados ao atendimento da população e quais os principais aspectos que afetavam a quantidade de mamografias realizadas, o TCU concluiu que a limitação da oferta de exames de mamografia resultava da combinação de fatores como a manutenção deficiente dos mamógrafos e dos equipamentos de revelação e a falta de pessoal. Além disso, restou evidenciada a dissociação entre o planejamento dos investimentos na aquisição de novos mamógrafos e o posterior financiamento de seu custeio, e falhas na emissão, pelo Ministério da Saúde, de pareceres relativos à aquisição de mamógrafos, o que acarretava a aquisição de equipamentos

inadequados à estrutura do estabelecimento onde eles seriam usados ou às reais necessidades da localidade beneficiada (Acórdão nº 247/2010 – Plenário).

O monitoramento das providências adotadas a partir da decisão do TCU verificou melhorias na prestação dos serviços de mamografia; instituição do Programa Nacional de Qualidade em Mamografia; aumento no número de mamógrafos disponíveis para o SUS e na realização de exames nas regiões do país; melhoria na média de exames realizados por aparelho; e realização de cursos de formação de técnicos de radiologia.

São destaques, ainda, a realização de auditoria operacional com o objetivo de analisar a implantação e operacionalização da assistência farmacêutica básica (Acórdão 130/2013 – Plenário)²⁷⁵; auditoria operacional na Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos (CMED), órgão responsável pela definição do preço-fábrica dos medicamentos, que é o valor máximo pelo qual os laboratórios podem comercializar seus fármacos no Brasil (Acórdão 3.016/2012 – Plenário)²⁷⁶; e auditoria operacional para avaliar a implementação da Política Nacional de Atenção Oncológica no que concerne à economicidade, eficiência, eficácia, efetividade e equidade (Acórdão nº 2.843/2011 – Plenário)²⁷⁷.

²⁷⁵ O TCU avaliou a eficiência da gestão dos recursos pelos entes estaduais e municipais e os controles realizados pelo Ministério da Saúde, constatando problemas de gestão inadequada de medicamentos, desperdício de recursos públicos com expiração de prazos de validade, armazenamento inapropriado e precário, ausência de planejamento sistematizado e não contemplação da assistência farmacêutica em planos de saúde. Depois da auditoria operacional, o Ministério da Saúde adotou medidas como utilização do Sistema de Apoio à Construção do Relatório de Gestão (SARGSUS); avaliação da Política Nacional de Suplementação de Ferro e descentralização de recursos para a aquisição dos suplementos, para ampliar o acesso e promover o uso racional do sulfato ferroso na prevenção da anemia; e negociações com os entes federados para estabelecer uma norma que defina o rol de informações mínimas sobre a gestão da Assistência Farmacêutica Básica.

²⁷⁶ O TCU realizou auditoria operacional com o objetivo de avaliar se a atuação regulatória do órgão efetivamente reduzia os efeitos das falhas de mercado, evitando a prática de preços abusivos. A partir de comparação dos preços registrados em compras governamentais no Brasil e em outros países que também realizam algum tipo de controle dos preços, foi recomendado ao Ministério da Saúde a revisão do modelo regulatório e determinado à CMED que implantasse uma nova metodologia de cálculo do fator de preços relativos intrasector e elaborasse uma nova tabela de divulgação dos preços-fábrica isenta das distorções identificadas. Dessa auditoria, são resultados: instituição de Grupo Técnico no âmbito da CMED, com vistas à criação da nova metodologia de cálculo do Fator de Preços Relativos Intrasector; implantação do Sistema de Acompanhamento do Mercado de Medicamentos (Sammed); qualificação da base de dados; e melhorias na publicação da lista de preços.

²⁷⁷ Em auditoria operacional, o TCU evidenciou insuficiência na estrutura da rede de atenção oncológica para possibilitar um acesso tempestivo e equitativo ao diagnóstico e ao tratamento de câncer, identificando carências como realização ineficaz dos tratamentos; estrutura precária para realização tempestiva de cirurgias e tratamentos; não custeio pelo SUS de exames diagnósticos e condutas terapêuticas; quantidade insuficiente de médicos especialistas; limitações da Atenção Básica na identificação precoce de casos suspeitos de câncer; prevenção deficiente do câncer; e despreparo da atenção primária para rastrear precocemente os casos de câncer e encaminhá-los para a atenção especializada. Após a auditoria, as medidas adotadas incluem a edição da Lei 12.732/2012, prevendo o prazo máximo de sessenta dias para o início do primeiro tratamento de paciente com neoplasia maligna comprovada; a revisão, pelo Ministério da Saúde, da Política Nacional de Prevenção e Controle do Câncer na Rede de Atenção à Saúde das Pessoas com Doenças Crônicas no âmbito do SUS; o aumento no número de estabelecimentos habilitados em oncologia; a ampliação dos investimentos na área oncológica; a proposição de metas nacionais relacionadas ao câncer; medidas para fortalecimento do Programa Nacional de Controle do Câncer do Colo do Útero e de Mama; e a elaboração, pelo Ministério da Saúde, do Plano de Expansão da Radioterapia no Sistema Único de Saúde.

No âmbito dos tribunais de contas regionais, destaque para o Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso (TCE/MT), que, amparado em normativa específica (Resolução Normativa 5/2017), em que define auditoria operacional como instrumento que visa a “contribuir para o aperfeiçoamento da administração pública, mediante a produção de informações que propiciem a melhoria da gestão e dos resultados das políticas públicas, em benefício da sociedade”, realizou com êxito auditorias voltadas às seguintes políticas: a) Assistência Farmacêutica no SUS – 2014, no âmbito do Estado de Mato Grosso e seus municípios²⁷⁸; b) Regulação Assistencial no SUS – 2014, em 56 unidades de saúde, localizadas em 14 municípios do Estado²⁷⁹; e c) Atenção Básica de Saúde no SUS – 2014, em 31 unidades básicas de saúde, localizadas em 12 municípios²⁸⁰.

²⁷⁸ Conforme Relatório de Auditoria Operacional, foram identificadas falhas a serem corrigida pela gestão municipal de saúde, incluindo: a) deficiências nos processos de seleção e programação de medicamentos; b) carência de responsável técnico nos estabelecimentos farmacêuticos; c) inadequação da infraestrutura das farmácias públicas e das centrais de abastecimento; d) fragilidades nos processos de aquisição; e e) descumprimento dos repasses de contrapartida estadual. Na gestão estadual, foram apontadas deficiências como: a) inexistência de Relação de Medicamentos Essenciais; b) desatualização do elenco de medicamentos padronizados; c) ausência de diagnóstico da judicialização; d) planejamento inadequado; e) dificuldades no setor de aquisições; f) problemas na infraestrutura da Farmácia de Alto Custo; e g) ineficiência na resolução de demandas. Disponível em <https://www.tce.mt.gov.br/arquivos/downloads/00063705/TCEMT%20%20Relatorio%20sobre%20Assistencia%20Farmaceutica%20-%202014.pdf>. Acesso em 08/11/2021.

²⁷⁹ O objetivo da fiscalização foi identificar os principais problemas que afetam o Sistema de Regulação Assistencial em Mato Grosso. Conforme conclusão do Relatório de Auditoria Operacional, evidenciou-se um panorama em que a estrutura em Mato Grosso não permite aos usuários do SUS o acesso universal, integral e tempestivo às ações e serviços de saúde, suscitando recomendações às secretarias estadual e municipais de saúde para o aprimoramento das respectivas políticas públicas. Entre as falhas identificou-se: a) insuficiência de cobertura de Equipes de Saúde da Família; b) repasses estaduais inconstantes e intempestivos; c) insuficiência e má distribuição de leitos; d) carência de infraestrutura adequada nas unidades básicas; e) carência de resolutividade nos níveis de atenção, resultando no aumento do risco de morte e agravo de saúde da população e no crescimento da judicialização; f) insuficiência e morosidade na oferta de serviços pelo SUS; g) frequentes interrupções de atendimento; h) reduzida proporção de médicos por habitantes; i) deficiências na qualificação dos servidores das Centrais de Regulação; e j) deficiência dos controles internos nas centrais de regulação. Disponível em <https://www.tce.mt.gov.br/arquivos/downloads/00068455/TCE-MT%20-%20Relat%C3%B3rio%20de%20Auditoria%20Operacional%20da%20Regulacao%20Assistencial.pdf>. Acesso em 08/11/2021.

²⁸⁰ A auditoria operacional teve como objetivo analisar se o processo de planejamento da Atenção Básica reflete as necessidades da população e considera a articulação com os demais níveis de atenção à saúde, além de avaliar a qualidade dos atendimentos prestados pelas Unidades Básicas de Saúde (UBS) dos municípios do Estado de Mato Grosso e identificar oportunidades de melhoria no acesso da população às ações e aos serviços nessa linha de atenção. Foram identificadas falhas que suscitaram recomendações às secretarias estadual e municipais para o aprimoramento das políticas públicas voltadas à Atenção Básica, entre elas: a) dificuldades gerenciais para apurar necessidades sanitárias da população e para planejar serviços de Atenção Básica; b) inexistência de metodologia e estudos consistentes e atualizados que especifiquem necessidades locais e regionais; c) ausência de instrumentos hábeis para indicar a distribuição da oferta de serviços de média e alta complexidade; d) não destinação à Atenção Básica de recursos estaduais compatíveis com as obrigações previstas no Plano Estadual de Saúde, além de não realização dos repasses aos municípios de forma constante e tempestiva; e) capacitação insuficiente dos profissionais da Saúde da Família em Mato Grosso; f) deficiências na estrutura física das unidades de saúde; e g) fragilidade no processo de monitoramento e avaliação da Atenção Básica. Disponível em <https://www.tce.mt.gov.br/arquivos/downloads/00071466/TCEMT%20%20Auditoria%20Aten%C3%A7%C3%A3o%20B%C3%A1sica%20de%20Sa%C3%BAde%20-%20%20digital.pdf>. Acesso em 08/11/2021.

Enfim, é de se enaltecer que a realização de auditorias operacionais pelos tribunais de contas em políticas sociais voltadas para áreas específicas da saúde constitui instrumento notável a viabilizar a eficácia social.

Fiscalizar a operacionalidade de programas governamentais sanitários, seja de alcance nacional ou de espectro mais regionalizado e próximo às comunidades municipais, apontando irregularidades e distorções a serem corrigidas pelos administradores públicos, com respectivas recomendações/determinações de melhorias e até medidas cautelares e sancionatórias, representa atividade de controle extrajudicial que, como demonstrado, se mostra apta a proporcionar fatores de efetividade ao direito fundamental social à saúde.

Ainda no âmbito dos tribunais de contas, há de se colocar em evidência a possibilidade da efetivação de termos de ajustamento de gestão, denominados TAGs, firmados entre esses órgãos de controle externo e os gestores públicos condutores das políticas públicas de saúde.

A adoção pelos tribunais de contas do denominado TAG, como instrumento de controle consensual da administração, evidencia a necessidade de lançar mão de instrumentos que possibilitem a negociação e a colaboração entre controlador e controlado, de forma a implementar um acordo de vontades, em que há um compromisso de se cumprir a lei, princípios e procedimentos e alcançar o objetivo da política pública.²⁸¹

Com a efetivação de um termo de ajustamento de gestão entre o tribunal de contas e o gestor público, quer-se viabilizar uma reparação mais célere de possíveis danos causados ao erário e de fatores impeditivos do interesse público coletivo no âmbito de ações e serviços de saúde, possibilitando correções de irregularidades praticadas na gestão pública, de maneira a valorizar o princípio constitucional da eficiência administrativa e o direito fundamental à duração razoável do processo e à boa administração pública.

Na percepção de Ferraz, a iniciativa do TAG pelos tribunais de contas, inclusive com base em regulamentação normativa própria, tem amparo constitucional, a partir de uma interpretação sistemática de seu preâmbulo; no art. 4º, inciso VII, que estabelece como princípio da República Federativa brasileira a solução pacífica dos conflitos; e no art. 71, inciso IX, em que o controle externo pelo parlamento é auxiliado pelos tribunais de contas que podem assinar prazo para que órgão ou entidade pública adote providências ao cumprimento da lei. Tem, ainda, fundamento legal, o que se percebe pela Lei de Responsabilidade Fiscal, art. 59, § 1º, em que

²⁸¹ BARROSO FILHO, Angerico Alves. *Avaliação do termo de ajuste de gestão como instrumento do controle consensual da administração pública*. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, 2014, v. 6, n. 11, julho/dezembro. Disponível em <<https://abdconstojs.com.br/index.php/revista/article/view/94>>. Acesso em 15/10/2021.

os tribunais de contas devem alertar os Poderes e órgãos quanto aos fatos que comprometem os resultados de programas governamentais; e pela Lei de Ação Civil Pública, art. 5º, § 6º, que permite aos órgãos públicos legitimados tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta com eficácia de título executivo extrajudicial.²⁸²

É instrumento que se fortalece em uma administração pública que as decisões são tomadas a partir do consenso formado entre as partes envolvidas, visto que o tradicional agir estatal, unilateral e impositivo deve dar lugar à concertação administrativa e porque as soluções para a implementação das políticas públicas e para a gestão estatal demandam a participação de outros atores, vistos não mais com desconfiança, mas como aliados na consecução da finalidade pública.²⁸³

Pode-se cogitar que é atuação consensual da administração pública, que não se submete exclusivamente a um controle clássico de aderência da atuação administrativa ao cumprimento da lei, em que prevalece a dualidade aprovação/reprovação e implica invariavelmente na aplicação de uma sanção (controle-sanção).

Significa substituir, no âmbito de uma composição de interesses, a imperatividade pela consensualidade²⁸⁴, ocorrendo a denominada administração pública dialógica, em contraposição à monológica, que é refratária à instituição e ao desenvolvimento de processos comunicacionais com a sociedade.²⁸⁵

Impõe-se um novo paradigma de controle, que decorre da necessidade de se aproximar os fatos, as normas, os procedimentos e as demandas sociais no âmbito da administração pública, em que há a substituição do controle-sanção, que se destina a verificar o cumprimento das normas ou procedimentos nos seus estritos termos, pelo controle-consenso, que se dá pela assinatura de ajuste de compromisso de gestão.²⁸⁶

Tendo como referência a essencialidade das políticas públicas de saúde, há de se pensar em instrumentos modernos e gerenciais como o TAG, para que os entes federativos melhorem

²⁸² FERRAZ, Luciano. *Termo de Ajustamento de Gestão (TAG): do sonho à realidade*. Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte, ano 8, n. 31, out/dez. 2010, p. 3-4.

²⁸³ BARROSO FILHO, op. cit.

²⁸⁴ NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *A contratualização da função pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 66-67.

²⁸⁵ OLIVEIRA, Gustavo Justino de et al. *Administração consensual como a nova face da Administração Pública no Séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação*. Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 8, n. 32, abr./jun. 2008, p. 131. Disponível em <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/504>>. Acesso em 08/11/2021.

²⁸⁶ FERRAZ, Luciano. *Controle consensual da administração pública e suspensão do processo administrativo disciplinar (SUSPAD) – a experiência do município de Belo Horizonte*. Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais, 2008. ed. mar./2008, p. 2. Disponível em <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/eventos/anos-anteriores/2007/arquivos/seminario-nacional-de-direito-administrativo-disciplinar/painel-vi-luciano-ferraz.pdf>>. Acesso em 06/11/2021.

sua performance e os resultados voltados ao interesse coletivo, em um cenário que não é mais admissível a proliferação de uma atuação administrativa ineficiente e um controle externo ineficaz por parte de órgãos de controle como os tribunais de contas.

Em relação aos principais aspectos que fundamentam o TAG entre controlador e controlado, é de se destacar: a) a voluntariedade, permitindo às partes uma atuação livre, de acordo com sua autonomia e sem afetar a discricionariedade dos administradores; b) o reconhecimento da boa-fé dos gestores, pois em casos de indícios de má-fé ou lesão aos cofres públicos nem caberia celebrar o ajustamento; e c) a consensualidade, como aspecto norteador que evidencia um novo paradigma do Direito Administrativo, que se afasta da rigidez autoritária e vai em direção à flexibilidade democrática.²⁸⁷

No mundo prático, incluindo normatividade e execução no âmbito da gestão pública, diversos tribunais de contas já implementaram o TAG como alternativa à resolução de conflitos sob a sua jurisdição.

O Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCE/PR), a partir da previsão inicial em sua Lei Orgânica e Regimento Interno, regulamentou o TAG, definindo-o como “instrumento de controle vocacionado à adequação e regularização voluntária de atos e procedimentos administrativos sujeitos à fiscalização do Tribunal”, com base na fixação de prazo razoável para que o responsável adote providências ao cumprimento da lei, dos princípios que regem a administração pública e das decisões não definitivas emitidas pelo Tribunal (Resolução nº 59/2017).

Conforme tal regulamento, aquele Tribunal de Contas deve monitorar o TAG firmado, com base em um plano de ação que gera obrigações tanto para o gestor que firmou o Termo quanto para os seus substitutos e sucessores e, no caso de descumprimento, o gestor responsável fica sujeito à multa, rescisão do ajuste e prosseguimento de eventual processo ou procedimento de fiscalização.

Para o TCE/PR, não cabe a celebração do TAG nos casos em que houver indícios de desvio de recursos públicos e em situações que possam levar à redução dos percentuais constitucionais de investimento mínimo em áreas como educação e saúde; à renúncia de receita; ou ao descumprimento de disposição constitucional e legal.

Na implementação de sua normativa em caso concreto, o TCE/PR firmou TAG com o Município de Saudade do Iguaçu (no âmbito do Acórdão 3078/2017), em que o gestor público

²⁸⁷ ARAÚJO, Cláudia Costa. *Termo de Ajustamento de Gestão: resgate do pensamento tópico pelo Direito Administrativo pós-moderno*. Revista do TCE/MG, Belo Horizonte, v. 84, n. 3 p. 81-92, 2012, p. 87. Disponível em <<https://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1606.pdf>>. Acesso em 06/11/2021.

se comprometeu a realizar, nos exercícios financeiros subsequentes, os investimentos nas áreas de educação e saúde que não atingiram os percentuais mínimos da receita nos exercícios de 2015 e 2016, conforme estabelecido pela Constituição Federal.²⁸⁸

Firmou, ainda, TAG para que o município de Cianorte aprimorasse a gestão municipal de saúde mediante adequação da Política Nacional de Atenção Hospitalar, especialmente em relação à contratualização e ao controle das ações e serviços de saúde de média e alta complexidade prestados por hospitais privados.²⁸⁹

Nota-se a explícita relação do TAG com a possibilidade de se buscar medidas de efetividade do direito à saúde, o que pode permitir, de forma ampla, o alcance de diferentes fatores das respectivas políticas públicas.

No âmbito do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso (TCE/MT), o TAG é previsto como instrumento para desfazimento ou saneamento de ato ou negócio jurídico impugnado, podendo ser utilizado de forma alternativa ou cumulada a outras providências, exigindo a participação obrigatória do Ministério Público de Contas em todas as fases procedimentais e documento formal que identifique a obrigação ajustada e a autoridade responsável pelo seu cumprimento, além da fixação de prazo, a expressa adesão de todos os signatários e as sanções cabíveis no caso de descumprimento do ajustamento (Lei Orgânica do TCE/MT, artigos 42-A e 42-B).

Visando à correção de ações e serviços de saúde, no âmbito do implemento de políticas públicas, o TCE/MT tem produzido boas práticas, vez que tem firmado TAGs com importantes direcionamentos pedagógicos na gestão pública exercida pelo ente federativo signatário.

Exemplo referencial, como paradigma de consensualidade entre controlador e controlado, é o ajustamento firmado com o Governo do Estado e Secretaria Estadual de Saúde visando à adequação das Políticas Públicas de Saúde relacionadas à Atenção Básica, à Assistência Farmacêutica e à Regulação Assistencial no Estado (Acórdão 1.198/2015 – Tribunal Pleno).

Quanto aos compromissos firmados entre o órgão estadual de controle e o ente federativo, dá-se destaque, no âmbito da Política de Atenção Básica, às melhorias quanto ao financiamento, planejamento, monitoramento e avaliação; na Política de Assistência Farmacêutica, aos mecanismos de gerenciamento, contrapartidas financeiras, processos de

²⁸⁸ ZELINSKI, Renata. *O termo de ajustamento de gestão e o controle externo: a novel experiência no âmbito do tribunal de contas do estado do Paraná*. Revista Controle, Fortaleza, v. 17, n. 1, p. 356-383, jan./jun., 2019.

²⁸⁹ Detalhes da decisão disponíveis em <<https://www1.tce.pr.gov.br/noticias/tce-pr-celebra-tag-com-cianorte-para-aprimorar-gestao-de-servicos-de-saude/7169/N>>. Acesso em 06/11/2021.

aquisição, combate ao crescimento da judicialização e fortalecimento da resolução de litígios na via administrativa, atualização do elenco de medicamentos e abastecimento, atendimento aos usuários; e na Regulação Assistencial, ao diagnóstico de necessidades de saúde da população, melhorias nos Escritórios Regionais de Saúde, financiamento tripartite das ações e serviços de saúde, adequação dos contratos e monitoramento do desempenho dos prestadores de serviços, informatização do sistema de regulação, captação, fixação e qualificação de profissionais de saúde.

A partir do ambiente doutrinário, legislativo e jurisprudencial favorável, é perfeitamente plausível propor que, como instrumento extrajudicial de controle externo de políticas públicas de saúde, o TAG tende a se fortalecer pela implementação efetiva dos ajustamentos acordados pelo administrador público e pelo reconhecimento da sociedade, ávida por esforços da gestão pública que signifiquem, no mundo prático, uma eficácia palpável das ações e serviços de saúde planejados.

4.4.2 Ministério Público e o ajustamento de conduta

O Ministério Público é instituição constitucional autônoma e independente de controle externo, também vocacionada à tutela extrajudicial do direito à saúde junto à esfera pública, tendo como referencial demandas individuais ou coletivas associadas a políticas públicas.

A importância do órgão constitucional na ordem jurídica vigente e para a efetividade das políticas sociais é marcante por ser detentor do potencial de identificar e vocalizar demandas sociais, constituindo-se como um médium entre a sociedade civil e o Estado.²⁹⁰

É instituição jurídica estatal basilar na efetivação de direitos sociais, que não pode ser idealizada para atuar somente sob a mera legitimidade racional-legal que lhe foi atribuída no ordenamento, mas, prospectada como instituição dinâmica que assimila as demandas construídas na interface da sociedade civil.

A Constituição Federal, conforme artigo 127, incumbe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Para cumprir tal mandato constitucional, dá-se ênfase no reconhecimento de uma atuação do Ministério Público fora dos limites do processo judicial, em uma reformulação do seu perfil institucional, de modo a priorizar uma atuação em áreas que permitam um melhor

²⁹⁰ ASENSI, Felipe Dutra. *Indo além da judicialização: o Ministério Público e a saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, p. 148-149. Disponível em <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10313/Indo%20al%c3%a9m%20da%20Judicializa%c3%a7%c3%a3o%20-%20O%20Minist%c3%a9rio%20P%c3%ablico%20e%20a%20sa%c3%bade%20no%20Brasil.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 20/05/2021.

atingimento das suas finalidades.

Tal desiderato representa alternativa à contínua demanda pelo Poder Judiciário, traduzida por outros meios de solução de controvérsias, que se perfilam como formas inovadoras de diminuição de litigiosidade, por meio de caminhos simplificados e de pacificação social, para evitar a judicialização ou a processualização dos litígios, a serem resolvidos em uma solução mais negociada e não imposta.²⁹¹

Nesse trilha, almeja-se uma atuação ministerial dotada de uma função mediadora para resolver conflitos na ordem política, que evidencie uma postura resolutivo-negocial, perfilando-se como intermediadora entre Estado e sociedade para dar azo a um melhor mérito administrativo quanto ao saneamento de problemas afetos aos interesses sociais.

Na percepção de Goulart, é o papel do Ministério Público como articulador de políticas públicas, para intervir nos antigos e novos espaços de negociação política, “como mediador, regulador e corretor de desigualdades sociais e das práticas antiambientais”, o que não o caracteriza como tutor da sociedade, mas “como aliado dos demais sujeitos políticos coletivos que, na guerra de posição, também atuam no sentido de garantir a democratização das relações sociais, afirmando, validando e concretizando direitos fundamentais”.²⁹²

Fomenta-se, então, no campo extrajudicial, com vigente amparo normativo, uma atuação mais autocompositiva do Ministério Público, por meio de mecanismos como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais (art. 1º, parágrafo único, Resolução CNMP 118/2014); e mais resolutiva, por meio de medidas normativas e administrativas que previnam ou solucionem, de modo efetivo, célere e econômico o conflito, problema ou controvérsia envolvendo a concretização de direitos ou interesses, assegurando a máxima efetividade possível (art. 1º, §§ 1º e 2º, Resolução CNMP 54/2017).

Pelo ordenamento jurídico posto, é de se cogitar uma atuação ministerial que, pela autocomposição e resolução, proporcione resultados de eficácia social ao direito fundamental social à saúde, exercendo sua missão institucional constitucional de defender a ordem jurídica, o Estado Democrático de Direito e a supremacia do interesse público, tendo como fomento uma maior consensualidade e uma melhor participação popular democrática.

Na afirmação de Casagrande, o órgão ministerial é mais do que uma porta de entrada ao sistema judicial, pois “se transformou em uma porta de acesso à participação política da

²⁹¹ CARNAES, Mariana. *O compromisso de ajustamento de conduta e o princípio constitucional da eficiência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 62.

²⁹² GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 203.

cidadania organizada”, que pode encaminhar suas demandas sociais para solução pelo sistema político.²⁹³

Pelo sistema judicial estabelecido, o Ministério Público tem legitimidade material e formal garantida pela autonomia constitucional para implementar a representação político-funcional pela defesa das demandas sociais, e, para isso, pode viabilizar diálogo institucional com os Poderes no processo de concretização do direito à saúde quando do implemento das políticas públicas.

Nessa seara, pode implementar estratégias extrajudiciais a contribuírem na efetivação dessas políticas, a exemplo das recomendações, do termo de ajustamento de conduta e até mesmo da intervenção verbal junto ao Poder Executivo e órgãos públicos especializados na temática sanitária.

Destaque oportuno confere-se ao termo de ajustamento de conduta, denominado TAC, como instrumento de formalização das condições do ajuste ou compromisso assumido entre o Ministério Público e a parte interessada, influenciado pela “terceira onda” de acesso à justiça, para solucionar conflitos sanitários com base em procedimentos mais simplificados e céleres, de forma a evitar a tradicional judicialização.

A aplicação do TAC pelo Ministério Público tem fundamento no art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública), em que há a previsão de os órgãos públicos legitimados para propositura de ação civil pública, o que inclui o órgão ministerial, poderem tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Concebe-se o compromisso de ajustamento de conduta com a natureza de negócio jurídico bilateral, de caráter nitidamente transacional, denominado de “acordo”, a permitir que as partes façam concessões e se obriguem mutuamente, ainda que em graus diferentes, não havendo que falar em afronta ao princípio da indisponibilidade do direito público.²⁹⁴

Em uma inconcebível teoria da indisponibilidade absoluta dos direitos, individuais ou coletivos, de modo que nenhum direito é absoluto e tampouco a própria colisão de princípios jurídicos faz com que eles percam a validade ou sejam derogados, é de se utilizar o princípio da proporcionalidade para rebater argumentos contrários à disponibilidade do interesse público, abrindo-se espaço para a prevalência da autocomposição consensual e da busca pela pacificação

²⁹³ CASAGRANDE, Cássio. *Ministério Público e a judicialização da política: estudos de casos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 272.

²⁹⁴ CARNAES, op. cit., p. 229.

social.²⁹⁵

Nesse ambiente de maior consensualismo e pacificação social, com flexibilização proporcional e ponderada da disponibilidade do direito público, há que se fortalecer a autocomposição em direitos coletivos como atitude de conformação do acesso à justiça ligado à efetivação dos direitos, o que inclui a eficácia social do direito à saúde no âmbito das políticas públicas.

Em um movimento de resistência a pretensões contrárias, pode-se até invocar como inconstitucional toda vedação definitiva à possibilidade de se firmar TAC em direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, principalmente naqueles casos em que a transação consensual tenda a propiciar mais efetividade do que a indisponibilidade do direito por meio de uma postura rígida do operador do ordenamento jurídico.

A ideia da proporcionalidade pelo ajustamento ministerial de conduta serve justamente para otimizar o tempo, permitindo maior equilíbrio que fundamente uma solução extrajudicial adequada e efetiva, em vez de se optar pelo adiamento ou não apresentação de soluções.

Tem fundamento no princípio constitucional da proporcionalidade, que se traduz como critério legitimador da escolha ou da decisão jurídica, inclusive aquela que se relacione com a transação entre direitos aparentemente indisponíveis.

Nesse conceito, plausível invocar a teoria de Dworkin, quando identifica os princípios como uma dimensão de peso, o que contribui para a solução de colisões, permitindo a identificação daquele que irá preponderar.²⁹⁶ Desse modo, no caso em que vários princípios incidam sobre determinado contexto fático, o responsável pela solução do conflito deverá medir, calcular e valorar o “peso” relativo de cada um deles de acordo com a situação sob análise.

Quanto à eficácia de título executivo extrajudicial, permitida no âmbito do ajustamento de conduta, representa a desnecessidade de assinatura por testemunhas, implicando em procedimento simplificado para dar maior eficiência no alcance do objetivo pactuado e celeridade, vez que o ajuste pode ser levado a juízo para exigibilidade de seus termos sem a necessidade de ação de conhecimento voltada a debater os limites dos deveres de cada parte.²⁹⁷

Pode-se dizer que o ajuste faz as vezes de uma sentença condenatória em ação civil pública, no sentido de tornar certas e exigíveis as obrigações assumidas, permitindo um alcance

²⁹⁵ FERREIRA, Diogo Ribeiro. *Manual do Termo de Ajustamento de Conduta: doutrina, jurisprudência e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2018, p. 104.

²⁹⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, op. cit.

²⁹⁷ CURADO, op. cit., p. 170.

mais rápido da solução formalizada.

Nesse particular, o impacto do termo de compromisso no sistema político é tão ou mais eficaz do que a ação civil pública, “uma vez que elimina a incerteza jurídica e pode uniformizar a abordagem da questão”.²⁹⁸

Viável também pleitear o ajuste de conduta como uma nova forma de gerenciamento e controle de determinados conflitos sociais, com vistas a propiciar maior eficácia a normas jurídicas, integrando uma nova engenharia jurídica que se dedica à formulação normativa negocial.²⁹⁹

Em relação ao descumprimento de um TAC firmado no âmbito do órgão ministerial com a administração pública, a não execução da medida de saúde pactuada pode implicar em multa pecuniária, que, em regra será revertida a um fundo de direitos difusos (art. 13, Lei 7.347/1985), com a possibilidade de se utilizar o valor arrecadado para o custeio da prestação específica protetiva do direito à saúde, o que evidencia a finalidade do ajustamento que é a reparação ou prevenção de lesões a direito transindividual coletivo.

O TAC pode ser firmado com intuito corretivo, mas também com o viés preventivo, situação em que se priorizará obrigações de não-fazer de trato sucessivo. No aspecto corretivo, pode ser formalizado, inclusive, no curso de uma ação judicial, o que não lhe retira a natureza de título executivo extrajudicial.

Também é possível o ajustamento pelas partes de uma ação civil pública que busque preservar o direito à saúde, com a pretensão paralela de uma tratativa extrajudicial para firmar compromisso com eficácia de título executivo extrajudicial.

Destaque ao caráter essencialmente de tutela coletiva de direitos do TAC, que viabiliza uma solução autocompositiva de natureza resolutiva, com assunção voluntária de compromisso, independentemente de intermediação judicial, na busca por resultados práticos mais imediatos.

Disso concluir que o TAC firmado no âmbito do Ministério Público pelo Poder Executivo, órgão político construtor e executor de políticas, é instrumento de alcance coletivo com forte possibilidade corretiva ou preventiva quanto às falhas ou desvios nas políticas públicas de saúde.

No ambiente normativo, há regulamento específico por meio da Resolução CNMP 179/2017, definindo-se o ajustamento de conduta implementado pelo Ministério Público como

²⁹⁸ CASAGRANDE, op. cit., p. 275.

²⁹⁹ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Anotações sobre a negociação de medidas compensativas em termo de ajustamento de conduta*. In: GABBAY, Daniela Monteiro. TAKAHASHI, Bruno (coordenadores). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014, p. 627.

negócio jurídico com a finalidade de adequação de dada conduta às exigências legais e constitucionais, com eficácia de título executivo extrajudicial a partir de sua celebração, voltado à garantia de interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, bem como de outros direitos afetos à esfera de atribuições do órgão proponente (art. 1º).

Com amparo em tal normativa, pode o Ministério Público firmar compromisso com pessoas físicas e jurídicas, públicas ou privadas, afetas à prestação de ações e serviços públicos de saúde, valendo-se oportunamente de reuniões ou audiências públicas com a participação dos titulares dos direitos, entidades que os representem ou demais interessados, podendo adotar medidas provisórias ou definitivas, parciais ou totais.

Ponto relevante é que o ajustamento de conduta pode ser firmado mesmo em hipóteses de improbidade administrativa, desde que não afete a necessidade de ressarcimento ao erário, de aplicação de sanções previstas em lei e de eventual responsabilidade administrativa ou penal pelo mesmo fato.

Por certo que se trata de instrumento destinado a proporcionar eficiência administrativa e viabilizar o interesse público na efetivação do direito à saúde por meio de ações e serviços estabelecidos em políticas públicas.

Nesse aspecto, ao se prospectar o princípio da eficiência como fundamento do acesso à justiça em uma administração pública mais gerencial, ou seja, voltada para resultados mais coletivos, não se deve restringir o ajustamento de conduta à reparação do direito, mas projetá-lo com a intenção de prevenção efetiva de novas condutas irregulares ou ilegais.

Conforme doutrina de Gavronski, o compromisso de ajustamento de conduta permite ampliar a discussão para além da irregularidade motivadora da negociação diante da lei, pois enseja a previsão de mecanismos eficazes na repressão ou prevenção de condutas futuras.³⁰⁰

Por esse viés, uma prefeitura municipal ao firmar um TAC com o Ministério Público quanto a irregularidades no implemento de ações da Política de Medicamentos, pode assumir o compromisso de não repetir a conduta desajustada e apresentar medidas em prazo determinado que demonstrem, não só a correção, mas também a prevenção.

Isso traduz uma eficiência do TAC que pode ser avaliada também sob a premissa de que, “ao invés de adotar uma mera sanção imposta em relação a esta ou aquela infração, serão acometidas obrigações de fazer e não fazer que poderão atingir e beneficiar interesses outros, paralelamente relacionados com a conduta que se pretenda ajustar”³⁰¹.

³⁰⁰ GAVRONSKY, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais da tutela coletiva*. São Paulo: RT, 2010, p. 414.

³⁰¹ CARNAES, op. cit., p. 173.

No campo das boas práticas, a refletirem a importância do ajustamento de conduta entre o órgão ministerial e o interessado no âmbito da prática de ações e serviços de saúde, há casos concretos referenciais, muitos deles com objeto relevante e executado com nível satisfatório.

Das atividades de ajustamento de conduta no Ministério Público Federal há instrumentos firmados que materializam o controle extrajudicial de políticas públicas, com claro intuito de subsidiar eficácia social ao direito à saúde, em situações como a finalidade de restabelecimento de atendimento à saúde por equipe multidisciplinar em polo base municipal (TAC 7/2013 PRM-STSP-00005724/2013); e estruturação da rede de atendimento às urgências e emergências no âmbito de sistema único de saúde municipal (TAC 1/2012 PRM-Petrópolis-010985/2012).

Nas esferas estadual e municipal, indica-se instrumentos de ajustamento de conduta firmados para garantir o fornecimento de oxigênio para hospital municipal (TAC – Inquérito Civil n.º 0352.21.000114-0 – MP-MG); instalar sistema de registro de ponto para controle de frequência de servidores públicos que atuam na rede própria municipal de ações e serviços públicos de saúde (TAC 01/2021 – IC 18/2019 – MP-RJ); regularizar serviços de saúde prestados por hospital estadual que atua na urgência e emergência (Termo de Compromisso – Procedimento Preparatório MP-ES-2021.0006.5764-06); implementar política de regularização do serviço de saúde pública municipal que abarque cadastros atualizados, ajustamento ao Programa Saúde da Família e Saúde Bucal, manutenção de estrutura física dos postos de saúde, farmácia básica e hospital e aquisição de ambulância em benefício da população (TAC 02/2019 – MP-MA).

Diante dos fundamentos jurídicos e das situações práticas indicadas, invocam-se vantagens decorrentes do controle extrajudicial das políticas sociais de saúde por meio do TAC, que podem ser aventadas em aspectos de eficácia preventiva, otimização dos meios e resultados.

Segundo Lima, o compromisso de ajustamento de conduta é instituto jurídico de prevenção no plano normativo, que tende a possibilitar o controle extrajudicial de constitucionalidade das leis e dos atos normativos; estimular o comprometimento dos poderes políticos na melhoria das leis e atos normativos insuficientes; equacionar situações em que interesses transindividuais estejam sendo desatendidos ou violados; e favorecer o planejamento estratégico e a fixação de prioridades, metas e indicadores pelos poderes públicos.³⁰²

³⁰² LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. *Compromisso de ajustamento de conduta e implementação de políticas públicas*. *Revistas de Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar*, v. 17, n. 2, p. 205-226, jul./dez. 2014, p. 217-222. Disponível em <<https://revistas.unipar.br/index.php/juridica/article/view/5401>>. Acesso em 05/03/2022.

Embora o compromisso de ajustamento de conduta possa ser formalizado no decurso de ações judiciais, tem em sua essência o papel de tutela jurídica preventiva, vez que o Ministério Público deve representar uma instituição que se antecipe aos problemas sociais, buscando identificar suas causas, agindo de modo preventivo, e não meramente reativo, adequando-se à resolução dos complexos problemas sociais atuais.³⁰³

Sob a perspectiva da otimização dos meios, o ajustamento de conduta no âmbito ministerial visa a dar maior celeridade para a tutela dos interesses supraindividuais e efetivação de políticas públicas, com vistas a solucionar de forma mais rápida e efetiva oportunas irregularidades, pressupondo uma boa vontade para cumprimento espontâneo da obrigação assumida por parte daquele que está em situação irregular.³⁰⁴

Eis, então, um caminho a ser invocado para minimamente mitigar a necessidade de atuação do Poder Judiciário nesses casos, além de permitir uma menor onerosidade, por evitar custas judiciais e dispêndios para os entes públicos, assim como propiciar oportunas devoluções de gastos pelo administrador público ímprobo.

Como instrumento essencialmente voltado a resultados, o compromisso de ajustamento de conduta, a partir de sua feição consensual, que pressupõe mútuo entendimento e assunção voluntária de obrigações, enseja maiores proveitos que os concedidos por uma sentença em sede de processo judicial contencioso.³⁰⁵

Para Lima, há circunstâncias marcantes que favorecem o uso do compromisso de ajustamento de conduta, em busca de resultados mais satisfatórios e adequados à tutela dos interesses metaindividuais, como a complexidade jurídica e específica das questões envolvidas; a dificuldade de se visualizar claramente a forma de corrigir a lesão transindividual; a presença de vários sujeitos com interesses conflitantes e de difícil coordenação em um processo judicial; e a dificuldade de garantir o correto cumprimento da lei ou da decisão judicial devido à ausência de mecanismos eficazes de fiscalização ou sanção, que podem ser acordados no compromisso.³⁰⁶

São circunstâncias que comumente são percebidas na implementação de políticas públicas de saúde, a demandarem estudos mais aprofundados e multidisciplinares,

³⁰³ PIRES, Gabriel Lino de Paula; ALCÂNTARA, Guilherme Gonçalves. *Ministério (e interesse) público: aproximações entre o perfil constitucional da instituição e o princípio da supremacia do interesse público no controle da função administrativa*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 111, p. 469-486, jun. 2017, p. 478. Disponível em <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/133525/129533>>. Acesso em 08/11/2021.

³⁰⁴ LIMA, 2014, op. cit.

³⁰⁵ Idem.

³⁰⁶ Idem.

principalmente quanto aos meios de suprimento, impactos orçamentários, custos-benefícios e definição de classes de pessoas ou grupos vulneráveis alcançados.

Em seus efetivos elementos no campo prático de implemento e resultados, o TAC deve ser muito bem ponderado a partir da identificação de possíveis limitações e reservas.

Na seara jurisprudencial, há caminho no sentido de perceber a autocomposição, levada a efeito pelos órgãos públicos legitimados na via administrativa do compromisso de ajustamento de conduta, não como uma renúncia a direitos, mas simples reconhecimento de direitos mínimos (princípio da garantia mínima) em proveito dos reais detentores do direito material controvertido (STJ, REsp 1309948/SP).

Trata-se de concepção razoável e coerente aplicável ao TAC ministerial, para que não se preste, ao invés de proteger direitos transindividuais, a tornar mecanismo de restrição de direitos, o que revelaria um caminho contrário ao seu propósito e afrontaria ao inestimável princípio constitucional do acesso à justiça (art. 5º, XXXV).

Como importante instituto para a concreção de objetivos e metas de políticas sanitárias no âmbito do Estado Democrático de Direito, o ajustamento de conduta ao propiciar maior participação na esfera estatal, favorecer o acesso à justiça e percorrer caminhos que vão além da tutela jurisdicional, deve ser pautado pela maturidade e controle a ponto de prezar pelo rigor com o princípio democrático.

Democratizar não é permitir acesso absoluto e ilimitado, devendo-se de manter a premissa de que uma autocomposição ou consensualismo por meio do ajuste de conduta deve ser motivada, pública, transparente e efetivamente participativa, por configurar instrumento de eficiência para tomada de decisões políticas que estão sujeitas a controle de diferentes incidências.

Há de se estabelecer um controle efetivo para que não se incorra na utilização indevida do órgão ministerial por meio de interesses escusos ou da politicagem, de forma a prejudicar sua autonomia, independência e estatura de zelador da lei e do interesse público.

Além disso, há de se instalar um cuidado permanente para que não se adote ajustamentos sanitários que descambem para os interesses pessoais ou de grupos restritos, se afastando das suas finalidades públicas e coletivas.

Conforme tal instituto de controle extrajudicial evolui, da mesma forma um necessário amadurecimento institucional quanto ao seu uso pelo Ministério Público deve ser muito bem ponderado e avaliado, com razoabilidade e profissionalismo.

O TAC merece maior atenção para sua afirmação como meio legítimo de forma de solução prévia de conflitos nos casos de risco e danos ao direito fundamental à saúde e como

ferramenta moderna e eficaz no Estado Democrático de Direito, mas carece de controle sério e constante correção de rumos para que não se vulgarize como instrumento de arbitrariedade.

4.5 Controle interno e *compliance* na administração pública

Em um caminho pretendido de valorização das políticas públicas, de forma a viabilizar a eficácia social do direito fundamental à saúde, é impensável abdicar do necessário fortalecimento do controle interno na administração pública, instrumento de índole constitucional, intrínseco ao próprio conceito, estrutura e fases das políticas sociais.

Representa a ênfase em uma estratégia já amparada pela ordem jurídica pátria, como parâmetro extrajudicial, que atende ao necessário processo de fortalecimento da “desjudicialização”, e, se implementado de forma eficaz no trato de políticas públicas, tende a subsidiar melhorias na efetividade do direito fundamental à saúde, principalmente no viés da macrojustiça.

Importante reafirmar que, conforme o art. 74, incisos I e II, da Constituição Federal, o controle interno, mantido no Poder Executivo de todos os entes federativos, tem a finalidade de avaliar o cumprimento de metas, o que inclui o conteúdo de programas e políticas públicas, e os resultados quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária e financeira que envolva essas políticas.

De acordo com o art. 70, *caput*, da Constituição Federal, reforçado pelo art. 31, *caput*, no caso dos municípios, entes federativos mais próximos à realidade da comunidade, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da administração pública, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, é exercida pelo parlamento, mediante auxílio dos tribunais de contas e outros órgãos de controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Trata-se de complementariedade e interdependência entre ações de controle interno e externo dos atos da administração, não somente quanto à vinculação às normas constitucionais e legais, mas com alcance gerencial e operacional, para identificar falhas no intuito de buscar resultados que satisfaçam ao interesse coletivo.

Vê-se que o cenário normativo constitucional é paradigma referencial que propicia estrutura e atividades de controle interno no âmbito da gestão pública dos entes federativos para avaliar e propor correções nas metas de políticas públicas de saúde, com apoio substancial dos órgãos de controle externo.

O que se deve, na prática, é melhor compreender tal estratégia extrajudicial e suas nuances para propor uma aplicação voltada a medidas de concretude do direito social à saúde.

Ao se utilizar a nomenclatura “controle interno”, pretende-se, de forma dúplice, abarcar uma unidade física específica, equipada com mínima estrutura administrativa, equipamentos e recursos humanos para realização das atividades de auditoria e inspeção, mas também a atividade em si de “realizar controle” de atos administrativos, o que inclui a proposição de normas instrucionais e procedimentais específicas e atribuições de auditoria vinculadas a agentes públicos especializados e voltadas à fiscalização de gastos, receitas, patrimônio, contratações, registros contábeis, admissão de pessoal, publicação oficial de atos, criação e implemento de políticas públicas etc.

Como atividade, o controle interno pode ser conceituado como um processo integrado efetuado pela direção e corpo de funcionários, estruturado para enfrentar os riscos e fornecer razoável segurança de que, na consecução da missão da entidade, objetivos gerais serão alcançados, entre eles a execução ordenada, ética, econômica, eficiente e eficaz das operações; o cumprimento das obrigações de *accountability*; o cumprimento das leis e regulamentos aplicáveis; e a salvaguarda dos recursos para evitar perdas, mau uso e dano.³⁰⁷

Aplicada no âmbito administrativo estatal, a atividade de controle interno representa um conjunto de ações, métodos, procedimentos e rotinas que uma organização exerce sobre seus próprios atos, com intuito de “garantir a integridade do patrimônio público e de examinar a compatibilidade entre a operações desenvolvidas, os parâmetros preestabelecidos e os princípios e objetivos pactuados”.³⁰⁸

Significa controle realizado pelos próprios entes públicos ante suas específicas atividades, para realizar autotutela e zelar pela regularidade e conformidade de suas ações, “decorrente da capacidade de comando e da superioridade hierárquica detida pelo dirigente ou por ele delegada a unidade criada para desempenhar tarefas de monitoramento, fiscalização, auditoria, apuração e responsabilização”.³⁰⁹

Do aspecto conceitual depreende-se o controle interno, enquanto atividade, como instrumento integrador, amplo e multidirecional, que pode e deve ser aperfeiçoado em tempos diferentes, de forma a propiciar resultados mais eficazes e oportunos. Assim, deve-se dar antes da existência ou eficácia de uma atuação (controle prévio), simultaneamente à realização do ato

³⁰⁷ Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI). *Diretrizes para as normas de controle interno do setor público*. Tradução de Cristina Maria Cunha Guerreiro, Delanise Costa e Soraia de Oliveira Ruther. Salvador: Tribunal de Contas do Estado da Bahia, 2007, p. 19. Disponível em <https://www.tce.ba.gov.br/images/intosai_diretrizes_p_controle_interno.pdf>. Acesso em 15/11/2021.

³⁰⁸ SPINELLI, Mario Vinicius Claussen. *Brasil e Estado Unidos: o sistema de controle interno do Poder Executivo Federal em perspectiva comparada*. Revista da CGU. Ano IV, nº 6, setembro/2009. Brasília: CGU, 2009, p. 32. Disponível em <https://revista.cgu.gov.br/Revista_da_CGU/article/view/260>. Acesso em 01/03/2022.

³⁰⁹ UNGARO, Gustavo. *Controle interno e controle social da administração pública*. In: MACHADO, Eloisa (org.). *Controle da Administração pública*. São Paulo: FGV Direito, 2014, p. 64-65.

(controle concomitante) ou após a atividade (controle sucessivo ou *a posteriori*). Pode ser acionado de ofício ou por provocação do interessado no âmbito da administração pública.

Em sintonia com as lições de Medauar, há diferentes critérios relativos ao aspecto da atuação controlada, incluindo controle de legalidade, controle de mérito, controle de gestão, controle de eficiência, controle de eficácia, controle de economicidade, controle contábil-financeiro e controle de ética.³¹⁰

São critérios que se adequam perfeitamente às atividades de criação e implementação de políticas públicas de saúde, pois, a unidade física do controle interno ao auditá-las e/ou inspecioná-las deve lidar com: a interpretação e aplicação da lei (em sentido lato); a análise do mérito pelo alcance social dessas políticas; a identificação e correção de falhas de gestão; a necessidade de obtenção de resultados que comprovem a eficiência e a eficácia administrativas; a economicidade no trato dos recursos públicos financeiros ou orçamentários; a conformidade dos registros contábeis e dos procedimentos financeiros; e a valorização da ética no ambiente administrativo.

Quanto à estrutura administrativa da unidade de controle interno, recomenda-se que seja composta por equipe técnica com formação acadêmica e/ou profissional, dotada de conhecimento e capacitada para as atividades de fiscalização, com autonomia e independência para realizar suas atribuições de auditoria, ainda que hierarquicamente subordinada à autoridade competente.

Isso faz sentido, pois o trato com ações e serviços públicos de saúde demanda dos auditores ou controladores uma capacitação técnica e jurídica, que permita expertise suficiente para interpretar instrumentos como a legislação, o planejamento de metas estratégicas e os controles operacionais em unidades de saúde, hospitais, secretarias de saúde etc.

Na avaliação do cumprimento de metas das políticas implementadas pelo ente federativo na área da saúde, as atividades de controle interno são autônomas e independem das atividades próprias do órgão responsável pela condução dessas políticas. Na verdade, o órgão especializado (secretaria de saúde, por exemplo) é controlado pela unidade de controle, sob aspectos de legalidade, mas também quanto à legitimidade, eficiência, economicidade e moralidade.

Aqui é importante ressaltar que, atrelado à visão de administração gerencial estabelecida com natureza constitucional, a unidade administrativa de controle interno tem atuação voltada para resultados das políticas públicas, atento não somente ao cumprimento das normas, mas

³¹⁰ MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 4ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 67-79.

direcionado à identificação de falhas que dificultem a eficiência e a eficácia das ações e serviços planejados.

Assim como no âmbito dos tribunais de contas, as atividades de controle interno na administração pública podem ser materializadas por auditorias operacionais voltadas à análise do desempenho.

Auditorias operacionais internas podem ser realizadas, periodicamente, conforme planejamento anual de controle, nas unidades de pronto atendimento da saúde básica, para verificar qualidade do atendimento, tempo de espera, resultados obtidos, satisfação da comunidade e cumprimento a diretrizes básicas estabelecidas na respectiva política pública condutora.

No âmbito da saúde da família, em municípios essencialmente rurais, as atividades de controle por meio de auditorias operacionais podem incluir visitas às famílias juntamente com equipe multidisciplinar, para verificação *in loco* da qualidade do serviço prestado e resultados alcançados, tendo como referência parâmetros constitucionais como a eficiência e a eficácia.

Além disso, o controle interno é competente para identificar as necessidades sanitárias da comunidade, de forma a verificar a compatibilidade com as políticas públicas em execução, além de avaliar a gestão orçamentária e financeira, como forma de indicar deficiências que estejam prejudicando o interesse público e causando a malversação de recursos públicos.

Com uma atuação que deve ser menos legalista e mais gerencial, o controle interno não pode se prender a meros atos burocráticos, se revelando uma extensão dos procedimentos meramente formais da administração pública. Por isso a importância da valorização de sua independência em relação à alta cúpula da administração.

Os órgãos de controle externo, principalmente tribunais de contas, precisam estar atentos à escolha de auditores e técnicos, que irão atuar na unidade de controle interno, principalmente quanto à possibilidade de direcionamento voltado a atender anseios pessoais ou políticos do administrador público, condutor das políticas públicas de saúde. Ainda que o controle interno seja subordinado à gestão e atue de forma a auxiliar a administração em seus atos, deve ser composto de forma a ter sua autonomia para recomendar correções e indicar medidas de prevenção preservada.

Para isso, a adoção de ferramentas, como o *compliance*, que permitam um maior protagonismo do controle interno na administração pública é fundamental para o implemento de ações preventivas e corretivas, que alcancem irregularidades e ilegalidades relacionadas com mazelas como a corrupção, a atecnia, o desvio de finalidade das políticas, a ausência ou má qualidade do planejamento, a má gestão etc.

Esse protagonismo e fortalecimento do controle interno da administração pública deve ser enaltecido principalmente em se tratando de efetivar políticas públicas de saúde no âmbito regional ou local. Assim, aparelhar e valorizar o controle interno no âmbito dos Poder Executivo municipal e estadual é medida hábil e apta a subsidiar resultados de efetividade no implemento do direito à saúde.

Diante da diretriz de descentralização estabelecida para o SUS, atrelada ao equilíbrio de responsabilidades e reconhecimento das dificuldades de gestão, principalmente por parte dos municípios menos estruturados, é vital pensar no fortalecimento das atividades de monitoramento, avaliação e controle interno das políticas públicas implementadas em nível local, em complementaridade ao controle externo exercido pelo parlamento, pelos tribunais de contas, pelo Ministério Público e pela participação social.

O controle interno eficaz, eficiente e efetivo torna-se instrumento, inclusive, para contribuir na moderação judicial, pois tem amparo constitucional destinado a prevenir e corrigir atos da administração, no sentido de preservar as políticas públicas de saúde em um patamar que otimize as ações e serviços destinados ao interesse público.

Quanto mais se alcance um controle interno efetivo, capaz de bem monitorar e avaliar as ações e serviços de saúde previstos em políticas públicas, menos será demandado o controle judicial, revelando-se um ambiente em que a administração pública terá maiores condições de atender aos direcionamentos constitucionais de promoção, proteção e recuperação da saúde.

Mesmo depois que o controle jurisdicional for chamado a agir em situações que a administração pública se mostrou descumpridora dos ditames constitucionais e legais, atuando de forma ineficiente e ineficaz na condução de ações e serviços de saúde, o controle interno ainda continua sendo importante na condução de uma boa administração pública, pois terá o papel de monitorar e avaliar os rumos determinados na decisão judicial, para comprovar se de fato o interesse público e os ditames legais serão cumpridos.

Isso solidifica o papel do controle interno no sentido de prestigiar o direito fundamental à boa administração no trato de políticas públicas, para que sejam eficientes e se previna o desgoverno.

Direito fundamental à boa administração que incute, para além de uma avaliação formal, um conjunto de atributos de carga valorativa. A textura aberta de alguns dos elementos do Estado exige, na sua aplicação concreta, um mínimo de objetivação, sem o que restará seriamente prejudicado, não só a efetividade daquele direito que se enuncia como fundamental,

mas também o controle.³¹¹

A atuação do controle interno, visando ao direito fundamental à boa administração no trato de políticas públicas de saúde, deve almejar “o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem”³¹².

Traduz, então, uma dependência do direito fundamental à boa administração em relação à observância do princípio constitucional da eficiência, encontrando, nas políticas públicas de saúde adequadamente construídas e enunciadas, critérios de densificação e objetivação.³¹³

Diante dessa evidente e necessária interdependência, as atividades de controle interno das políticas públicas de saúde configuram um processo dinâmico que deve guardar permanente capacidade de adaptação ou recondução aos fins a que se destina.

Ou seja, o controle interno deve se adaptar à realidade fática do implemento das políticas públicas. Serão frequentes as situações em que os resultados alcançados não traduzem o que foi planejado ou a realidade evidenciada na comunidade demonstrará que as metas traçadas foram insuficientes. As percepções e evidências constatadas no controle devem absorver tal cenário, de forma a orientar uma atuação mais eficaz da administração pública.

Nesse mesmo aspecto, o controle interno configura-se como “um processo integrado e dinâmico que se adapta continuamente às mudanças enfrentadas pela organização”, em que a direção e o corpo de servidores, de todos os níveis, devem se envolver de forma a enfrentar os riscos e oferecer razoável segurança do alcance da missão institucional e dos objetivos gerais.³¹⁴

Sobre a atuação do controle interno voltada a prevenir o desgoverno, trata-se de coibir a tendência de os novos gestores interromperem as ações de seu predecessor, o que comumente traz prejuízos aos princípios da continuidade administrativa e da supremacia do interesse público.³¹⁵

A atuação do controle interno frente ao implemento de políticas públicas de saúde não pode se limitar às gestões segmentadas ou aos planos de governo oportunos, mas prestigiar a

³¹¹ VALLE, Vanice Lirio. *Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno*. Revista Interesse Público, n. 48, mar/abr de 2007, p. 102.

³¹² FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 20.

³¹³ VALLE, *Direito fundamental à boa administração (...)*, op. cit., p. 104.

³¹⁴ Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI). *Diretrizes para as normas de controle interno do setor público*, op. cit., p. 19.

³¹⁵ Na percepção de Gasparini, a continuidade administrativa pressupõe que “os serviços públicos não podem parar, porque não param os anseios da coletividade”; os desejos dos administrados são contínuos, o que implica dizer que a atividade da Administração Pública é ininterrupta, dessa forma, é inaceitável admitir a paralisação de serviços públicos como a saúde. (In: GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, e-book).

continuidade da administração por meio da manutenção das políticas sociais, independente de quem seja o administrador público de plantão.

Em uma ordem jurídica constitucional, em que o controle interno das políticas públicas de saúde é chamado a ser protagonista, para que tenha um desempenho compatível com uma boa administração pública, preze pela eficiência em complemento à legalidade e seja dinâmico no sentido de prevenir e corrigir medidas de descontinuidade administrativa, o *compliance*, instituto comumente aplicado no setor privado, é ferramenta dotada de elementos para subsidiar tais finalidades do controle interno.

O termo *compliance* tem origem no verbo inglês *to comply*, que significa cumprir, executar, obedecer, satisfazer o que lhe foi imposto. A partir disso, considera-se *compliance* o dever de estar em conformidade e fazer cumprir leis, diretrizes, regulamentos internos e externos, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e o risco legal/regulatório.³¹⁶

A aplicação do *compliance* no âmbito da administração pública ainda passa por um certo ineditismo e desconhecimento, por ser mais reiterada no mundo corporativo, principalmente em empresas de capital aberto, sendo necessárias adaptações.

Na iniciativa privada, compreende elementos e atividades com base na percepção da importância da integridade para estabilidade e lucratividade dos negócios. Essa integridade funciona como fator orientador, a estabelecer metas, interesses e limites de atuação da sociedade empresarial, relacionada explicitamente com a ética corporativa.

Com um programa de *compliance*, em organizações privadas ou públicas, a finalidade é prezar pelo atendimento a leis, regulações, normas internas e às finalidades planejadas, o que implica em uma autovigilância ou autotutela nos mais diversos aspectos do negócio desenvolvido pela sociedade privada e, no caso da administração pública, das competências outorgadas aos entes federativos pelas legislações constitucional e complementar.

É de se destacar que, com o programa de *compliance* valoriza-se a ideia de prevenção como sustentáculo da organização e garantia de sua perenidade em todas as áreas envolvidas na consecução de seus fins, para fortalecimento de seus valores organizacionais e propagação dos princípios fundamentais mais caros ao seu funcionamento. Em suma, propõe-se a minimizar riscos na medida em que também auxilia para a formação de uma nova cultura organizacional.³¹⁷

³¹⁶ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. *Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2018.

³¹⁷ PEREZ FILHO, Augusto Martinez. *O Compliance na Administração Pública*. São Paulo: JH Mizuno, 2019 (e-book).

No âmbito da administração pública, ao se aplicar o *compliance*, a integridade surge para ultrapassar a mera vinculação às normas vigentes, permitindo que, em cada ato emanado dos entes federativos, órgãos e entidades, mantenha-se também uma conexão com os ditames principiológicos e valorativos, de forma a prezar pelo atendimento integral ao interesse público.

A moderna figura da boa governança na administração pública, com características que permeiam uma gestão transparente, que presta contas efetivamente e que atua com equidade e responsabilidade, tem no *compliance* um importante componente para o alcance de um desempenho satisfatório, em que as metas estratégicas estabelecidas nas suas políticas públicas sejam cumpridas com máxima efetividade.

Tem-se um instrumento que carrega consigo o propósito de contribuir para a eficiência na atuação do gestor público, por meio de procedimentos de controle de gastos, cumprimento às leis, inovação tecnológica, transparência e participação social na gestão pública, o que, de certa forma, é reforço ao implemento do que já está previsto no texto constitucional e tem amparo nas prerrogativas da administração gerencial.

Na administração pública, a utilização complementar e conexa do *compliance* com o sistema de controle interno é fundamental para fortalecer tal propósito.

Cabe a ressalva de que um programa de *compliance* não se confunde com ações de controladoria ou auditorias tradicionais, porque adota técnicas mais inovadoras que traduzem uma mudança de cultura corporativa, principalmente no sentido de prevenir a prática de ilícitos por meio de uma mudança valorativa em cada colaborador (ou agente público).

Com sua adoção, pretende-se tornar o controle interno de políticas públicas de saúde mais preventivo, que promova uma dita “inteligência corporativa” na administração pública, com base na análise de dados aliada a estratégias de gestão que ampliem a efetividade das ações e serviços prestados pela administração pública à sociedade, com intuito de subsidiar a eficácia social do direito fundamental à saúde.

Com uma fusão entre as atividades de controle interno e de *compliance*, o gestor público poderá contar com informações e ideias (*data room*) que lhe auxiliarão na tomada de uma decisão qualificada, lidando com direitos e princípios aparentemente em conflito, cuja ponderação carece de lógica argumentativa.³¹⁸

Quando se pensa em um controle interno mais preventivo da criação e implemento de políticas públicas de saúde, é perfeitamente viável cogitar o *compliance* como ferramenta fortalecedora no combate a práticas de corrupção.

³¹⁸ PEREZ FILHO, op. cit.

Perez Filho indica que, com o *compliance* adota-se a ideia de controle de gestão de recursos públicos para além de se auferir a mera legalidade dos atos emanados pela administração pública, ganhando espaço o controle de gestão ou de eficiência focado em resultados, o que permite medidas preventivas como atividades educativas e de combate à corrupção, ao desvio de finalidade ou desperdício de recursos públicos, além de instalar um cenário de mudança cultural nos agentes públicos.³¹⁹

A partir do fundamento de que o controle extrajudicial de políticas públicas de saúde deve ter maior protagonismo principalmente nos municípios, a implantação do programa de *compliance* para fortalecer o controle interno tem como grande desafio o combate frontal à corrupção.

A pretensão é o enfrentamento de mazelas históricas como o pagamento de valores superfaturados na aquisição de bens e serviços de saúde, desperdício de medicamentos comprados para beneficiar propinas, fraudes em licitações e contratações, pagamentos de horas-extras indevidas a agentes de saúde, concessão de suprimentos de fundos com desvio de finalidade e outras formas de desvio do interesse público que evidenciam a corrupção.

No cenário de paradigmas e boas práticas, há instrumentos de *compliance* no âmbito normativo, que caminham no sentido de prevenir e responsabilizar atos de corrupção, o que deve ser valorizado pelos entes federativos, principalmente os municípios, na aproximação entre o controle interno prévio e as medidas de integridade, como forma de mitigar obstáculos na efetivação de ações e serviços de saúde.

A Lei 12.846/2013, conhecida como “lei anticorrupção”, inova no sentido de possibilitar a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública (art. 1º), não excluindo a responsabilidade individual dos dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito (art. 3º).

Cogita-se um cenário preventivo, a partir do instituto da responsabilização e da coibição da corrupção, a ser valorizado na complementariedade entre o controle interno e o programa de *compliance*.

Os relatórios e apontamentos realizados no âmbito de atividades de controle interno, tendo como base a “lei anticorrupção”, são instrumentos valiosos para que a gestão pública possa adotar caminhos de responsabilização dos contratados que atuem à esteira da corrupção, e, oportunamente, determinar ressarcimento de valores financeiros ao erário.

³¹⁹ PEREZ FILHO, op. cit.

No trato das aquisições públicas, para fazer frente às demandas na área da saúde que envolvam bens e serviços comuns, os entes federativos têm a competência para melhor regulamentar a realização de pregões, presenciais ou eletrônicos, com referencial na Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), com a finalidade de alcançar maior economia, em que o processo licitatório se dá com base nos critérios de julgamento por menor preço ou maior desconto e as contratações podem se dar com maior qualidade.

Pode-se dizer que representa instrumento normativo de *compliance* para prevenir erros no trato dos recursos públicos, tendo como base compras mais transparentes, com maior competitividade e preços mais atrativos, o que tende a mitigar o excesso de atividades de controle interno e prestigia o interesse público.

A Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais) é também importante paradigma, por exaltar a concepção do *compliance* no Brasil na estatura legal, prescrevendo a elaboração e divulgação de um código de conduta e integridade, contendo elementos como princípios e valores da empresa estatal; orientações para prevenção de conflito de interesses e atos de corrupção e fraude; canal de denúncias; mecanismos de proteção quanto à retaliação a pessoas; sanções; e treinamento periódico (art. 9º, § 1º).

Perfila-se como Estatuto Jurídico das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, com aplicação no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que podem adotar regulamentos, de forma a especificar as regras abarcando suas peculiaridades, aproximando o controle interno do programa de *compliance*, por meio de medidas de integridade que por óbvio podem se voltar às políticas de saúde.

Com a Lei 13.019/2014, que dispõe sobre o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, para, em mútua cooperação, realizarem finalidades de interesse público e recíproco que alcance políticas como as de saúde, tem-se importante instrumento de *compliance* que moderniza a relação com o terceiro setor, no sentido de se dar maior ênfase à objetividade necessária para selecionar organizações não governamentais aptas a tornar mais eficaz a execução do objeto pactuado.

Tem-se, a partir desse conjunto de legislativo nacional, uma experiência referencial destinada à implementação de valores como prevenção, integridade, ética, cumprimento a normas, cultura organizacional de eficiência e prevenção da corrupção, atinentes a um programa de *compliance*, que os Estados e Municípios podem utilizar como paradigma para aplicação efetiva no enfrentamento de suas particularidades locais.

A título de exemplo prático, o Estado de São Paulo editou programa de estímulo à regularização tributária, denominado “Nos conformes”, por meio da Lei Complementar

1.320/2018, almejando a construção contínua de um ambiente de confiança mútua entre contribuintes e administração tributária, utilizando-se de vários princípios atrelados à ideia de *compliance* público, tais como boa-fé, simplificação das condutas, transparência e segurança jurídica.

Viável defender que, o implemento de medidas de *compliance* no trato com a administração tributária, o que inclui ações de cobrança e arrecadação de impostos, tende a impactar positivamente na prestação material de ações e serviços de saúde, que demandam gastos públicos.

Quanto à exigência de *compliance* nas relações contratuais com a administração pública, alcançando aquisições na área da saúde, o Rio de Janeiro, pela Lei 7.753/2017, determinou a exigência de implementação de sistemas de *compliance* nas empresas que mantêm relação com o Estado, com valor de contratação superior aos valores na modalidade concorrência (art. 1º).

No mesmo sentido, o Distrito Federal publicou a Lei 6.112/2018, dispondo sobre a obrigatoriedade de implementação de sistemas de integridade nas pessoas jurídicas que mantenham pactuações contratuais com a administração pública local, cujos valores superem 5 milhões de reais e o prazo seja superior ou igual a 180 dias (art. 1º).

Em complemento ao cenário normativo favorável, se afiguram como instrumentos propícios a apoiar o desenvolvimento de programas de integridade e o próprio controle interno, os canais de comunicação e denúncia instalados nos entes federativos, com amparo constitucional, de forma a possibilitar a detecção e remediação de irregularidades no implemento de políticas de saúde. São canais por meio dos quais se instala uma mudança de cultura no órgão ou entidade, fortalecendo a integridade e a atuação preventiva.

Nesse quesito, as ouvidorias do SUS, unidades administrativas dos órgãos e entidades integrantes do sistema de saúde no âmbito dos governos federal, estadual e municipal, têm a função de intermediar as relações entre os cidadãos e os gestores públicos, “promovendo a qualidade da comunicação entre eles e a formação de laços de confiança e colaboração mútua, com fortalecimento da cidadania”³²⁰.

As ouvidorias representam ferramentas com índole constitucional (art. 37, § 3º), em que se demanda dos gestores do SUS a promoção e a estruturação de canais abertos e acessíveis de comunicação com a população, voltados à inserção nos processos de formulação, de acompanhamento, de avaliação e de controle das políticas públicas de saúde.

³²⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Ouvidoria-Geral do SUS. *Manual das Ouvidorias do SUS*. Brasília: Ministério da Saúde, 2014, p. 9. Disponível em <https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual_ouvidoria_sus.pdf>. Acesso em 02/04/2022.

Além do fomento à democracia participativa, as ouvidorias são instrumentos que subsidiam as atividades de controle interno de políticas públicas de saúde, em um processo que se inicia com as manifestações recebidas nas ouvidorias do SUS, passa pelas atividades de percepção quanto à satisfação da população em relação ao acesso e qualidade do sistema de saúde, até o implemento de ações de monitoramento e avaliação dessas políticas.

Com a efetivação do papel de comunicação e participação ativa das ouvidorias, tem-se importante instrumento de controle e *compliance* que propicia caminhos de integridade, ética e cultura benéfica no entorno das políticas de saúde.

Ademais, é de se ponderar que a adoção de uma cultura de *compliance* pela administração pública, reforçando a importante atuação constitucional de controle interno de seus próprios atos, configura a possibilidade de um resgate de sua credibilidade, tornando o ambiente negocial mais ético, transparente e isonômico para todos³²¹, principalmente quando se tem na pauta a criação e implemento de políticas públicas destinadas a efetivar o direito fundamental social à saúde.

³²¹ ARAÚJO, Valter Shuenquener de; SANTOS, Bruna de Brito André dos; XAVIER, Leonardo Vieira. *Compliance na administração pública*. Revista de Direito Administrativo Constitucional. Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. 247-272, jul./set. 2019, p. 269.

5 CONCLUSÃO

Pela ordem jurídica constitucional vigente, alinhada ao plano normativo internacional, o direito à saúde é direito humano, fundamental e social, positivado como direito de todos e dever do Estado, a ser garantido por intermédio de políticas públicas sociais, instrumento basilar de materialização, que lhe promova, proteja e recupere.

As políticas públicas sociais são, em sua essência, meios norteadores de prestações fáticas no âmbito da atuação estatal, tendentes a assegurar a efetividade do direito à saúde, que, como direito de subsistência, impõe, além de deveres estatais negativos, prestações fáticas de promoção efetiva, o que suscita aspectos permanentes de controle.

No nível conceitual, a “efetividade” do direito à saúde lhe atribui o sentido de “eficácia social”, que significa a concretização dos efeitos jurídicos de suas normas no plano fático, em um espectro de realização social ou concretização do Direito.

É a necessária complementação da fundamentalidade formal pela fundamentalidade material, em uma ordem jurídica vigente que estabelece o direito à saúde com natureza voltada à promoção do bem comum e à realização da justiça social, atrelado aos princípios da equidade e da universalidade de acesso, exigindo estratégias qualitativas e com visão ampla e coletiva para o efetivo enfrentamento dos problemas de concretização, no que enquadram as políticas públicas.

Na prática, projetar a eficácia social do direito à saúde significa identificar impactos positivos e materiais no âmbito individual, prestigiando a microjustiça por meio de demandas atinentes a bens e serviços, incluindo medicamentos, atendimentos médicos, tratamentos e cirurgias, e, no plano coletivo, dando luz à macrojustiça, por meio das políticas públicas, tendentes a propiciarem o atendimento às carências sanitárias coletivas, alcançando grupos mais vulneráveis e a sociedade como um todo.

Ainda que com um ambiente constitucional interno favorável, o problema da efetividade do direito à saúde é real e notório, o que demanda um enfrentamento maduro de argumentos de limitação como a indeterminabilidade de seu conteúdo normativo, o possível caráter de norma programática, a pouca priorização frente a outros direitos como os civis e políticos e o alto custo de prestações materiais, além de oportunas medidas de caráter retrocesso no âmbito dos Poderes.

Para superar tais argumentos e medidas, as políticas públicas (*policies*), como um terceiro padrão normativo (padrão-política), com o caráter duplo de política e de norma jurídica, que vincula o Estado por meio de objetivos públicos destinados a prestações sociais, são

invocadas para o fortalecimento da eficácia social do direito à saúde, principalmente por possuírem natureza ampla e coletiva e terem amparo explícito na ordem jurídica vigente.

No plano normativo interno, as políticas públicas sociais de saúde são instrumentos que mais se compatibilizam com o Estado Democrático de Direito, pois alocadas em uma ordem social primada por um texto constitucional que tem como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Propor a efetividade do direito fundamental social à saúde traz de imediato à cena a necessária priorização de políticas públicas que materialize tal pretensão no contexto fático.

E quando se pretende a eficácia social do direito à saúde por intermédio de políticas públicas, há de se cogitar a existência e qualidade de instrumentos de controle, não só de ordem interna, denominados como de autocontenção voluntária, mas também externa, o que inclui os controles formal (órgãos estatais especializados) e informal (social).

O controle é essencial para fazer valer a aproximação do “dever-ser normativo” do “ser social”, pois há problemas limitadores de efetividade a serem enfrentados, o que inclui a ineficiência ou insuficiência de políticas frente ao arcabouço normativo/constitucional, a precarização do sistema nacional de saúde, a reserva do financeiramente possível e elementos limitantes no ambiente da administração pública como a fragilidade do diálogo institucional, a desconexão entre planejamento e orçamento, a corrupção e o controle interno deficitário.

Com a evidente necessidade de se valorizar a importância do controle de políticas públicas, como forma de beneficiar a efetividade do direito fundamental à saúde, é que se propôs perfilar instrumentos ou estratégias de índole extrajudicial, já previstos no ordenamento jurídico, tendentes a oferecer resultados de eficiência e com potencial a ser mais bem explorado.

São meios alternativos que compõem um movimento de valorização de uma releitura da própria definição de jurisdição, para alcançar outras atividades que também possam contribuir para a efetividade do direito à saúde por meio de políticas sociais, sem afetar a atuação do Poder Judiciário em suas funções exclusivas.

A sociedade não pode esperar por tanto tempo frente à insuficiência por parte dos poderes políticos e do Estado-juiz, carecendo de outras possibilidades com soluções eficazes, com olhares não tradicionais sobre os conflitos sanitários, de forma a superar os atos estatais que, em grande parte dos casos concretos, não se revelam adequados, corretos e justos.

O que se mostrou neste estudo é que a efetividade do direito fundamental à saúde pode obter amparo a partir do controle não judicial de políticas públicas, em que são alocadas ações e serviços de saúde, com base em instrumentos/alternativas de alcance mais amplo e coletivo, que supere um controle judicial sobrecarregado e essencialmente voltado para a microjustiça

ou que se arrisque na sindicabilidade dessas políticas por meio de um ativismo não saudável.

Entre esses instrumentos extrajudiciais, holofotes foram posicionados sobre: a) o controle social marcado pela participação popular no âmbito de uma democracia ativa; b) a consensualidade na administração pública com base na autocomposição decorrente das técnicas de mediação e conciliação; c) o controle externo, com base em auditorias operacionais e termos de ajuste de gestão operados pelos tribunais de contas e em ajustamentos de conduta no âmbito do Ministério Público; e d) o controle interno reforçado pelo *compliance* no âmbito da administração pública.

Ficou estabelecido que o controle social pela participação popular representa o fortalecimento de uma cidadania menos passiva e mais crítica, com base em uma cultura de responsabilidade pelo social e pela coisa pública, dando intensidade à democracia participativa entre os que governam e os que são governados.

É instrumento que pode impactar de forma considerável as políticas públicas de saúde, no que tange ao controle das metas e ações em andamento, mas também contribuir no processo de criação, perfilado por meio de alternativas como atuação em conselhos municipais de saúde, construção de orçamentos participativos, controle social a partir da exposição das contas dos municípios, audiências públicas e denúncias aos tribunais de contas e às ouvidorias municipais.

Pela mediação e conciliação sanitárias no âmbito da administração pública, tem-se controle extrajudicial autocompositivo e consensual, que possibilita o implemento de melhor avaliação e controle interno de políticas públicas, a partir das evidências identificadas e soluções concretizadas, o que é algo a se valorizar em um Estado Democrático de Direito que deve prezar e buscar incessantemente a eficiência administrativa.

Quando a sociedade ou terceiros contratados participam de uma autocomposição com a administração pública atribui-se maior legitimidade à atuação estatal, o que representa uma forma para melhor atender às expectativas da comunidade-alvo das políticas públicas de saúde.

Com a participação popular ativa nas soluções consensuais autocompositivas, é muito maior a chance de comprometimento com resultados eficientes em políticas públicas sociais, além da possibilidade de uma substituição gradativa do avanço nas demandas judiciais.

No âmbito municipal, métodos autocompositivos para atender demandas sanitárias locais são fundamentais para o acompanhamento, controle e avaliação de políticas públicas, sejam elas de índole nacional, estadual ou municipal, o que pode implicar em correções, mudanças de rumos e até a implementação de ações ou políticas não existentes.

No âmbito do controle externo por órgãos constitucionais autônomos e independentes, as auditorias operacionais realizadas pelos tribunais de contas, no trato das políticas públicas de saúde, amparam-se essencialmente nas dimensões da economicidade, eficiência, eficácia, efetividade e equidade, permitindo o exame do cumprimento a diretrizes, metas e objetivos planejados e o prestígio ao interesse público.

Representa um controle consensual, diferente do controle meramente sancionatório das auditorias tradicionais, pois o gestor público colabora para o sucesso da avaliação realizada.

Da mesma forma, o TAG firmado entre o tribunal de contas e a administração pública fortalece a adoção de decisões a partir do consensualismo, superando o tradicional agir estatal, unilateral e impositivo, dando lugar à uma concertação administrativa, obtendo-se soluções para a implementação de políticas públicas.

Por sua vez, o TAC firmado pelo órgão ministerial é estratégia extrajudicial de controle externo que permite também maior consensualismo e pacificação social, fortalecendo uma autocomposição em benefício da eficácia social do direito à saúde no âmbito das políticas públicas.

O instrumento, a ser firmado principalmente com o órgão político construtor e executor de políticas, detém notório alcance coletivo e forte possibilidade corretiva/preventiva quanto às falhas ou desvios nas políticas públicas de saúde.

Quanto ao controle interno das políticas públicas de saúde, tem amparo no cenário normativo constitucional, sendo paradigma referencial a ser mais bem explorado, pois com potencial evidente a propiciar atividades efetivas e eficazes no âmbito da gestão pública voltadas a avaliar e propor correções nas metas dessas políticas.

Para isso, o papel do controle interno deve-se voltar ao prestígio do direito fundamental à boa administração no trato de políticas públicas, para que sejam eficientes e se previna o desgoverno.

Em complemento à atividade de controle interno, o *compliance* se apresenta como ferramenta inovadora para trazer subsídios no sentido de valorizar a integridade, a ética, as regras e os princípios, e coibir práticas de corrupção que prejudiquem o direcionamento efetivo e eficiente de recursos para a saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva (5ª edição alemã). São Paulo: Malheiros, 2008.

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

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ARAÚJO, Cláudia Costa. *Termo de Ajustamento de Gestão: resgate do pensamento tópico pelo Direito Administrativo pós-moderno*. Revista do TCE/MG, Belo Horizonte, v. 84, n. 3 p. 81-92, 2012. Disponível em <<https://revista1.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1606.pdf>>. Acesso em 06/11/2021.

ARAÚJO, Danielle Ferreira Medeiro da Silva de. *Política pública, efetividade e direitos sociais*. Dikè – XVII – Publicação Semestral – 2017.2. Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de; SANTOS, Bruna de Brito André dos; XAVIER, Leonardo Vieira. *Compliance na administração pública*. Revista de Direito Administrativo Constitucional. Belo Horizonte, ano 19, n. 77, p. 247-272, jul./set. 2019.

ASENSI, Felipe Dutra. *Indo além da judicialização: o Ministério Público e a saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade. Disponível em <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10313/Indo%20al%c3%a9m%20da%20Judicializa%c3%a7%c3%a3o%20-%20O%20Minist%c3%a9rio%20P%c3%bablico%20e%20a%20sa%c3%bade%20no%20Brasil.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 20/05/2021.

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (coordenadores). *Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>>. Acesso em 15/08/2021.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível em <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595%3E.%20Acesso%20em%2030%20jan.%202020>>. Acesso em 19/07/2022.

AZEVEDO, Andre Gomma; CARVALHO E SILVA, Cyntia Cristina. *Autocomposição, processos construtivos e a advocacia: breves comentários sobre a atuação de advogados em processos autocompositivos*. Revista do Advogado, n. 87, set. 2006.

AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *A justiciabilidade dos direitos sociais nas cortes internacionais de justiça*. São Paulo: LTr, 2017.

BALDO, Rafael Antônio. *A contribuição das auditorias operacionais para o controle externo das políticas públicas*. *Revice – Revista de Ciências do Estado*, Belo Horizonte, v. 3, n. 1, p. 53-90, jan./jul. 2018. Disponível em <<https://periodicos.ufmg.br/index.php/revice/article/view/5087/3146>>. Acesso em 26/10/2021.

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. *A política das políticas públicas: progresso econômico e social na América Latina – Relatório 2006*. Rio de Janeiro: Elsevier; Washington, DC: BID, 2007.

BANCO MUNDIAL. Banco Interamericano de Desenvolvimento. *Avaliação de impacto na prática*. 2ª edição, 2018. Disponível em <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/25030/9781464808890.pdf>>. Acesso em 12/10/2021.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 240, abr./jun. 2005, p. 83-103.

BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco. *O direito à saúde na ordem constitucional brasileira*. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais (Faculdade de Direito de Vitória – FDV)*, v. 14, n. 2, p. 71-100, jul./dez. 2013. Disponível em <<https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/263/182>>. Acesso em 16/06/2021.

BARROSO FILHO, Angerico Alves. *Avaliação do termo de ajuste de gestão como instrumento do controle consensual da administração pública*. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, 2014, v. 6, n. 11, julho/dezembro. Disponível em <<https://abdconstojs.com.br/index.php/revista/article/view/94>>. Acesso em 15/10/2021.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial*. TJ-MG. *Jurisp. Mineira*, Belo Horizonte, a. 60, n° 188, p. 29-60, jan./mar. 2009. Disponível em <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/516/1/D3v1882009.pdf>>. Acesso em 22/05/2021.

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, n° 1, 2012, p. 23-32. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em 25/05/2021.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. *Revista Quaestio Iuris*, vol. 02, n° 01, Rio de Janeiro, 2006, p. 1-48. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11641/9106>>. Acesso em 19/07/2022.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas: um contributo ao estudo do contrato administrativo como mecanismo de prevenção e terminação de litígios e como alternativa à atuação administrativa autoritária, no contexto de uma administração pública mais democrática*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BITTAR, Eduardo C. B. *O Direito na pós-modernidade*. 3ª ed. modificada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2014.

BITENCOURT, Caroline Müller. *A reserva do possível no contexto da realidade constitucional brasileira e sua aplicabilidade em relação às políticas públicas e aos direitos sociais*. Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Belo Horizonte, ano 14, n. 55, jan./mar, 2014, p. 213-244. Disponível em <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/viewFile/110/313>>. Acesso em 06/03/2021.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BORTOLOTTI, Franciane Woutheres; SCHWARTZ, Germano. *A dimensão prestacional do direito à saúde e o controle judicial de políticas públicas sanitárias*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 45, n. 177, jan./mar. 2008. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160191/Dimens%C3%A3o_prestacional_direito_saude_177.pdf?sequence=7&isAllowed=y>. Acesso em 18/07/2022.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. *Judicialização da saúde no Brasil: dados e experiência*. Coordenadores: Felipe Dutra Asensi e Roseni Pinheiro. Brasília: CNJ, 2015.

_____. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. *Justiça em Números 2020: ano-base 2019*. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em 01/07/2021.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP. *Resolução CNMP 54/2017: dispõe sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro*. Disponível em <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-054.pdf>>. Acesso em 08/11/2021.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP. *Resolução CNMP 118/2014: Dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências*. Disponível em <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-118-1.pdf>>. Acesso em

08/11/2021.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP. *Resolução CNMP 179/2017*. Regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta. Disponível em <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>>. Acesso em 08/11/2021.

_____. *Constituição de 1934*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 07/09/2021.

_____. *Constituição de 1937*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em 07/09/2021.

_____. *Constituição de 1946*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em 07/09/2021.

_____. *Constituição de 1967*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em 07/09/2021.

_____. *Decreto 591/1992*. Promulga o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em 07/08/2021.

_____. *Decreto 6.949/2009*. Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2007. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em 02/10/2021.

_____. *Decreto 7.508/2011*. Regulamenta a Lei 8.080/1990, para dispor sobre a organização do SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm>. Acesso em 15/09/2021.

_____. *Decreto 65.810/1969*. Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial de 1965. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html>. Acesso em 29/08/2021.

_____. *Decreto 99.710/1990*. Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em 29/08/2021.

_____. *Lei 8.080/1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em 07/09/2021.

_____. Ministério Público Federal. *TAC 7/2013 PRM-STSP-00005724/2013 e TAC 1/2012 PRM-Petrópolis-010985/2012*. Disponível em <http://www.transparencia.mpf.mp.br/conteudo/atividade-fim/termos-de-ajustamento-de-conduta>>. Acesso em 08/11/2021.

_____. Ministério da Saúde. *Portaria 2.436/2017*. Aprova a Política Nacional de Atenção Básica, estabelecendo a revisão de diretrizes para a organização da Atenção Básica, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). Disponível em https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prt2436_22_09_2017.html>. Acesso em 23/06/2021.

_____. Ministério da Saúde. *Portaria 2.446/2014*. Redefine a Política Nacional de Promoção da Saúde (PNPS). Disponível em https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2014/prt2446_11_11_2014.html>. Acesso em 25/06/2021.

_____. Ministério da Saúde. *Portaria 3.201/2020*. Instituiu o Comitê Consultivo de Monitoramento e Avaliação do Sistema Único da Saúde (CCMA-SUS), com objetivo de aperfeiçoar as políticas públicas de saúde, programas e ações, e competências como elencar políticas consideradas prioritárias. Disponível em <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-3.201-de-27-de-novembro-de-2020-291816875>>. Acesso em 22/06/2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Ouvidoria-Geral do SUS. *Manual das Ouvidorias do SUS*. Brasília: Ministério da Saúde, 2014, p. 9. Disponível em https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual_ouvidoria_sus.pdf>. Acesso em 02/04/2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.309.948 – SP*. Processo 2012/0034863-7. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201200348637&dt_publicacao=24/02/2015>. Acesso em 05/03/2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Audiência Pública nº 4: judicialização do direito à saúde*. Ocorrida nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/audienciapublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada&pagina=2>>. Acesso em 15/06/2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AI 734487-Agr*. Rel^a. Min^a. Ellen Gracie. Julgamento em 03 ago. 2010. Publicação em 20 ago. 2010. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613652>>. Acesso em 10/03/2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AI 739151 Agr/PI*. Rel^a. Min^a. Rosa Weber. Julgamento em 27 maio 2014. Publicação em 11 jun. 2014. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6113719>>. Acesso em 13/03/2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE-Agr: 642.536/AP*. Rel. Min. Luiz Fux. Julgamento em 05 fev. 2013. Publicação em 27 fev. 2013. Disponível em

<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3442753>>. Acesso em 12/03/2022.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n° 247/2010 – Plenário*. Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A247%2520ANOACORDAO%253A2010%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em 07/11/2021.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n° 1.188/2010 – Plenário*. Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1188%2520ANOACORDAO%253A2010/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em 06/11/2021.

_____. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n° 1.189/2010 – Plenário*. Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1189%2520ANOACORDAO%253A2010/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em 06/11/2021.

_____. Tribunal de Contas da União. *Manual de auditoria operacional*. 4ª. ed. Brasília: TCU, Secretaria Geral de Controle Externo (Segecex), 2020. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/data/files/F2/73/02/68/7335671023455957E18818A8/Manual_auditoria_operacional_4_edicao.pdf>. Acesso em 20/10/2021.

_____. Tribunal de Contas da União. *Política pública em dez passos*. Brasília: Secretaria Geral de Controle Externo. Secretaria de Orientação, Métodos, Informações e Inteligência para o CE e o Combate à Corrupção (Soma), 2021. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/data/files/1E/D0/D4/DF/12F99710D5C6CE87F18818A8/Politica%20Publica%20em%20Dez%20Passos_web.pdf>. Acesso em 12/10/2021.

_____. Tribunal de Contas da União. *Referencial de controle de políticas públicas*. Brasília, 2020. Disponível em <<https://portal.tcu.gov.br/referencial-de-controle-de-politicas-publicas.htm>>. Acesso em 12/10/2021.

_____. Tribunal de Contas da União. *Relatório Sistemático de Fiscalização – Saúde*. Brasília: TCU, 2014. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/data/files/B1/20/29/03/75A1F6107AD96FE6F18818A8/Fisc_Saude_2013.PDF>. Acesso em 06/11/2021.

_____. Tribunal de Contas da União. *Relatório de Políticas e Programas de Governo 2018 (Sumário Executivo - RePP 2018)*. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/data/files/44/F5/ED/99/7ADEF610F5680BF6F18818A8/Relatorio_politicas_programas_governo_2018.pdf>. Acesso em 01/09/2021.

_____. Tribunal de Contas da União. *Relatório de Fiscalizações em Políticas e Programas de Governo (RePP) 2019*. Brasília: TCU, 2019. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/data/files/17/B0/92/77/E933071076A7C107E18818A8/Relatorio_politicas_programas_governo_2019.pdf>. Acesso em 23/06/2021.

_____. Tribunal de Contas da União. *Relatório de Fiscalizações em Políticas e Programas de Governo 2020 (REPP 2020)*. Disponível em <https://portal.tcu.gov.br/data/files/6E/65/F8/88/8DD0B710EA6C5BA7E18818A8/Relatorio_politicas_programas_governo_2020.pdf>. Acesso em 16/10/2021.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Magna Carta: 800 anos (1215-2015)*. Brasília: Coordenadoria de Gestão Documental e Memória, 2015. Disponível em <<https://www.tst.jus.br/documents/10157/c9627733-ac38-4c49-9a99-b4522a0febd1>>. Acesso em 12/01/2022.

BREYNER, Frederico Menezes. *Proibição do retrocesso em direitos sociais: uma proposta de redefinição de sua estrutura normativa*. A&C. Revista de Direito Administrativo Constitucional. Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 83-104, jan./mar. 2019. Disponível em <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/974>>. Acesso em 21/06/2021.

BRITTO, Melina Carla de Souza. *Efetivação dos direitos fundamentais sociais: a reserva do possível e os custos dos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BÜHRING, Marcia Andrea. *Direito social: progressão de retrocesso e dever de progressão*. Revista Direito & Justiça, v. 41, n. 1, p. 56-73, jan.-jun. 2015. Disponível em <<https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/18175>>. Acesso em 15/02/2021.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Dimensões do ativismo judiciário do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAMPOS, Luciana Oliveira de; OHLWEILER, Leonel Pires. *Estado Democrático de Direito e a participação popular no Brasil: uma análise a partir do conceito de Luigi Ferrajoli*. Revista Direitos Humanos e Democracia, Editora Unijuí, ano 8, nº 15, jan./jun. 2020. Disponível em <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/7068>>. Acesso em 31/07/2021.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Oriane Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Direitos fundamentais sociais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015 (e-book).

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993, reimpressão (1999).

CAPPELLETTI, Priscilla; ANDRADE, Marilene. *A questão da judicialização da saúde na realidade jurídica brasileira: um reflexo da omissão do Estado em seu dever de garantir este direito fundamental*. Revista Thesis Juris – RTJ, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 391-419, mai.-ago. 2016. Disponível em <<https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/9046>>. Acesso em 03/09/2021.

CARNAES, Mariana. *O compromisso de ajustamento de conduta e o princípio constitucional da eficiência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CARVALHAES, Andréia Schneider Nunes. *Decisão judicial e políticas públicas: limites, controle e medidas judiciais*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira. *Direitos humanos sociais: dever estatal de promoção e garantia dos direitos sociais e sua concretização judicial*. Revista Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 38, n. 1, p. 77-90, jan./jun., 2012.

CARVALHO, Silzia Alves; FARIA, Carolina Lemos de; OLIVEIRA, Antônio Flávio de (Coord.). *Processo e políticas públicas de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

CASAGRANDE, Cássio. *Ministério Público e a judicialização da política: estudos de casos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

CASTRO, José Nilo de. *Responsabilidade social do vereador*. Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM. Belo Horizonte, ano 5, n. 11, jan./mar. 2004.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *Ensaio avançado de controle interno: profissionalização e responsividade*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CASTRO, Vinícius. *Constitucionalismo e direito à saúde: o mal-estar do ativismo judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CAVALCANTI, Renata Neme. *O papel do Ministério Público no controle externo da gestão municipal e das políticas públicas*. Revista de Direito da Cidade, UERJ-RJ, vol. 03, n. 02, 2011, p. 67-105.

CHUDZIJ, Luísa Fófano. *Controle das políticas públicas: uma apreciação sob a ótica do Poder Legislativo, Poder Judiciário e Tribunal de Contas*. Revista Digital de Direito Administrativo (Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – FDRP / Universidade de São Paulo – USP), vol. 7, n. 1, p. 275-296, 2020.

CITADINI, Antonio Roque. *O controle externo da Administração Pública*. São Paulo: Max Limonad, 1995.

CITTADINO, Gisele. *Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de Poderes*. In: VIANNA, Luiz Werneck (organizador). *A democracia e os três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro (IUPERJ, FAPERJ), 2003.

CLÉVE, Clémerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 28-39, jan./mar. 2006. Disponível em <https://www.academia.edu/12141687/A_efic%C3%A1cia_dos_direitos_fundamentais_sociais>. Acesso em 02/04/2021.

CLÉVE, Clémerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade*. Revista de Investigações Constitucionais, v. 2, 2015.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi. *Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2018.

COMPARATO, Fabio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. Revista de Informação Legislativa, v. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/364/r138-04.pdf?sequence=4&isAllowed=y>>. Acesso em 09/09/2021.

_____. *O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, n. 40, 2001, p. 67-89. Disponível em <<https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/1214>>. Acesso em 13/11/2021.

CORRALO, Giovani da Silva; DESORDI, Danubia. *Mediação na administração pública municipal: aplicação da Lei 13.140/2015 às municipalidades*. Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. Salvador, v. 4, n. 1, p. 1-17, jan./jun. 2018. Disponível em <<https://www.indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/4047>>. Acesso em 01/08/2021.

COSTA JÚNIOR, Eduardo Carone. *As funções jurisdicional e opinativa do Tribunal de Contas: distinção e relevância para a compreensão da natureza jurídica do parecer prévio sobre contas anuais dos prefeitos*. Revista Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 1, n. 8, out. 2001.

COSTA, Luiz Bernardo Dias. *O Tribunal de Contas no Estado contemporâneo*. Dissertação de mestrado, 2005: PUC-PR. Disponível em <<http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp007979.pdf>>. Acesso em 26/10/2021.

CUÉLLAR, Leila. *Administração pública e mediação: notas fundamentais*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 119-145, jan./mar. 2018.

CUNDA, Daniela Zago Gonçalves. *Controle de políticas públicas pelos tribunais de contas: tutela da efetividade dos direitos e deveres fundamentais*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 1, n. 2, p. 111-147, jul./dez. 2011. Disponível em <<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/1270>>. Acesso em 23/10/2021.

_____. *Termos de ajustamento de gestão: perspectivas para um controle externo consensual*. Revista do Tribunal de Contas da União, ano 49, n. 140, setembro/dezembro/2017. Disponível em <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1462>>. Acesso em 05/11/2021.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da*

constituição. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CURADO, Lúcio Mauro Carloni Fleury. *A efetivação não judicial de direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

DAL BOSCO, Maria Goretti. *Direitos fundamentais sociais: o direito à saúde no Brasil e nos países do Leste Europeu, segundo a perspectiva garantista de Ferrajoli*. Ciências Sociais Aplicadas em Revista, Marechal Cândido Rondon, v. 10, n. 19, p. 9-22, 2º sem. 2010. Disponível em <<https://e-revista.unioeste.br/index.php/csaemrevista/article/view/6707/5026>>. Acesso em 15/09/2021.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *A bioética e a saúde pública*. In: COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA Volnei (coordenadores). *Iniciação à bioética*. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. Disponível em <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/inicio%20%20biotica.pdf>>. Acesso em 19/07/2022.

_____. *A vigilância sanitária no contexto constitucional e legal brasileiro*. Belo Horizonte, MG: Coopmed, 2001.

DANTAS, Fernanda Priscila Ferreira. *Direitos sociais no Brasil: desafios e mecanismos para a sua concretização*. Curitiba: Juruá, 2016.

D'ANTONIO, Suzete de Souza. *Mediação Sanitária: diálogo e consenso possível*. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, Brasília, 5 (2), p. 8-22, abr./jun, 2016.

DAOU, Heloisa Sami; FREITAS, Juliana Rodrigues. *Políticas públicas e direito à saúde: necessidade de uma alternativa para além da judicialização*. Revista de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais. Brasília, v. 3, n. 1, p. 79-95, jan./jun./2017. Disponível em <<https://indexlaw.org/index.php/revistadireitosfundamentais/article/view/1955/0>>. Acesso em 01/09/2021.

DAROLD, Fernanda Ribeiro; SILVA, Natel Laudo da. *A proibição de retrocesso como garantia de eficácia dos direitos fundamentais sociais*. In: THEODORO, Marcelo Antonio; LOPES, Natália Nunes (organizadores). *Direitos fundamentais e Constituição: democracia e humanidades – volume 3*. Curitiba: CRV, 2021.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012.

Dicionário online Priberam. Disponível em <<https://dicionario.priberam.org/prec%C3%A1rio>>. Acesso em 26/06/2021.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DISTRITO FEDERAL. *Portaria Conjunta 01/2013 (Defensoria Pública)*. Institui a Câmara Permanente Distrital de Mediação em Saúde (Camedis). Disponível em <http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/74163/Portaria_Conjunta_1_26_02_2013.html>. Acesso em 31/07/2021.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Positivismo jurídico: as faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ESPÍRITO SANTO. Ministério Público do Estado. *Termo de Compromisso – Procedimento Preparatório* MP-ES-2021.0006.5764-06. Disponível em <<https://www.mpes.mp.br/Arquivos/Anexos/609b77cd-fcfc-4e11-9201-b650e091803b.pdf>>. Acesso em 02/04/2022.

ESQUIVEL, Carla Liliane Waldow; RAMOS, João Gualberto Garcez. *O direito à saúde como direito humano fundamental: breves considerações a respeito do seu formato legal à sua eficácia social*. Ciências Sociais Aplicadas em Revista – UNIOESTE-PR, v. 15, n. 28, 1º sem. 2015, p. 9-40. Disponível em <<https://e-revista.unioeste.br/index.php/csaemrevista/article/view/15308/10385>>. Acesso em 10/09/2021.

FARIA, Edimur Ferreira de. *Controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

FARIA, Luzardo. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico constitucional e exigibilidade judicial*. Revista Thesis Juris. São Paulo, v. 3, n. 2, p. 307-337, julho/dezembro 2014. Disponível em <<https://periodicos.uninove.br/thesisjuris/article/view/9788>>. Acesso em 07/09/2021.

FERNANDES, Eric Baracho Dore. *Estado Social de Direito no Brasil: o desafio de equacionar democracia e judicialização das políticas públicas*. Revista Oficial do Programa de Mestrado em Constituição e Sociedade da Escola de Direito do IDP (Direito Público). Brasília, Ano VIII, n. 42, nov/dez 2011.

FERNANDES, Michelle Vieira; CAVALCANTI, Pauline; SÁ, Domicio; VIEGAS, Julyana. *Ouidoria como instrumento de participação, controle e avaliação de políticas públicas de saúde no Brasil*. Physis: Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 31, 2021. Disponível em <<https://www.scielo.br/j/physis/a/Cn3G5vXz9pN4WkrQDJ9RtbS/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em 02/04/2022.

FERRAJOLI, Luigi. *A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político*. Tradução Alexandre Araújo de Souza et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FERRAZ, Luciano. *Controle consensual da administração Pública e suspensão do processo administrativo disciplinar (SUSPAD) – a experiência do município de Belo Horizonte*. Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais, 2008. Ed. mar./2008. Disponível em <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/eventos/anos-antiores/2007/arquivos/seminario-nacional-de-direito-administrativo-disciplinar/painel-vi-luciano-ferraz.pdf>>. Acesso em 06/11/2021.

_____. *Termo de Ajustamento de Gestão (TAG): do sonho à realidade*. Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte, ano 8, n. 31, out/dez. 2010.

FERREIRA, Diogo Ribeiro. *Manual do Termo de Ajustamento de Conduta: doutrina, jurisprudência e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

FIGUEIREDO, Herberth Costa. *Saúde no Brasil: sistema constitucional assimétrico e as interfaces com as políticas públicas*. Curitiba: Juruá, 2015.

FONTE, Felipe de Melo. *Políticas públicas e direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FONTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FREITAS, Juarez. *Direito Administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos*. Revista de Direito Administrativo – RDA, ano 16, n. 276, p. 25-46, set./ dez. 2017. Disponível em <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/72991>>. Acesso em 26/02/2022.

_____. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

GABBAY, Daniela Monteiro. TAKAHASHI, Bruno (coordenadores). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (e-book).

GAVRONSKY, Alexandre Amaral. *Técnicas extraprocessuais da tutela coletiva*. São Paulo: RT, 2010.

GIUDICELLI, Gustavo Barbosa. *Dimensão objetiva dos direitos fundamentais: parâmetros hermenêuticos e controle de políticas públicas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

GLOBEKNER, Osmir Antonio. *Racionalidade econômica, escolhas trágicas e o custo dos direitos no acesso à saúde*. Diké – Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC, v. 16, 2017. Disponível em <<https://periodicos.uesc.br/index.php/dike/article/view/1564>>. Acesso em 03/02/2022.

GLOCK, José Osvaldo. *Sistema de controle interno na administração pública*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2015.

GODINHO, Fabiana de Oliveira. *A proteção internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2006.

GOIÁS. *Lei Complementar 144/2018: instituiu a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Administração Estadual (CCMA)*. Disponível em <https://legisla.casacivil.go.gov.br/pesquisa_legislacao/101131/lei-complementar-144>. Acesso em 16/07/2021.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). *O Controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos?* Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

INÁCIO DE JESUS, Alberto. *O controle jurisdicional das políticas públicas: a teoria da separação dos Poderes desafiada pelo ativismo judicial* (e-book).

IOCKEN, Sabrina Nunes. *Controle compartilhado das políticas públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

JANINI, Tiago Cappi; CELEGATTO, Mário Augusto Quinteiro. *O compromisso de ajustamento de conduta como instrumento para a atuação do Ministério Público na implementação de políticas públicas*. Revista Jurídica Direito & Paz. Lorena-SP, ano X, v. 2, n. 39, p. 102-117, 2º semestre/2018. Disponível em <<http://revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/931/430>>. Acesso em 15/10/2021.

JANUZZI, Paulo de Martino. *Avaliação de programas sociais no Brasil: repensando práticas e metodologias das pesquisas avaliativas*. Brasil: IPEA, 2011. Disponível em

<<https://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/228>>. Acesso em 12/10/2020.

JONAS, Hans. *O princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Tradução: Marijane Lisboa e Luiz Barros Montex. Rio de Janeiro: Contraponto. Ed. PUC-Rio, 2006.

KOERNER, Andrei. *Ativismo judicial: jurisprudência constitucional e política no STF pós-88*. In: *Novos estudos*, v. 96, jul. 2013.

KÖLLING, Gabrielle; MASSAÚ, Guilherme Camargo. *Cidadania supranacional e o direito à saúde*. *Ciências Sociais Aplicadas em Revista, UNIOESTE-PR*, v. 10, n. 19, p. 37-60, 2º sem. 2010. Disponível em <<https://saber.unioeste.br/index.php/csaemrevista/article/view/6586/5028>>. Acesso em 20/09/2021.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficáciais dos direitos fundamentais sociais. Os desafios do poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEITE, Carlos Alexandre Amorim. *Direito fundamental à saúde: efetividade, reserva do possível e o mínimo existencial*. Curitiba: Juruá, 2014.

LEITE, George Salomão. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2020. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/570639/Eficacia_aplicabilidade_normas_constitucionais.pdf>. Acesso em 19/07/2022.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas públicas no Estado Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013.

LIMA, Adriely Nascimento. *O uso da conciliação como método adequado à resolução de demandas de saúde no âmbito do SUS*. *Revista da Residência Jurídica – REJUR*, ano 1, n. 1, p. 95-108, set./ago. 2020.

LIMA, Gustavo Massa Ferreira. *O princípio constitucional da economicidade e o controle de desempenho pelos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LIMA, Luiz Henrique. *Controle externo: teoria e jurisprudência para os tribunais de contas*. 6ª ed. São Paulo: Método, 2015.

LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. *Compromisso de ajustamento de conduta e implementação de políticas públicas*. *Revistas de Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar*, v. 17, n. 2, p. 205-226, jul./dez. 2014, p. 217-222. Disponível em <<https://revistas.unipar.br/index.php/juridica/article/view/5401>>. Acesso em 05/03/2022.

LOPES, Lucas Sabioni; TOYOSHIMA, Silvia Harumi. *Evidências do impacto da corrupção sobre a eficiência das políticas de saúde e educação nos estados brasileiros*. *Revista*

Planejamento e Políticas Públicas (PPP / IPEA), n. 41, 2013. Disponível em <<https://www.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/265/313>>. Acesso em 10/09/2021.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo, 1985.

MACHADO, Clara; MARTINI, Sandra Regina. *Desjudicialização da saúde, diálogos interinstitucionais e participação social: em busca de alternativas para o sistema*. Revista Estudos Institucionais. V. 4, n. 2, 2018.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARANHÃO. Ministério Público do Estado. *Termo de Ajustamento de Conduta 02/2019 – MP-MA*. Disponível em <https://www.mpma.mp.br/arquivos/transparencia/TAC/10437_tac_sao_joao_dos_patos.pdf>. Acesso em 02/04/2022.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Município e o princípio da simetria*. Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte – RPG, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, jan./jun. 2010.

MARX, Karl Heinrich; ENGELS, Friedrich. *O manifesto comunista*. Edição: Ridendo Castigat Mores (e-book). Disponível em <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/manifestocomunista.pdf>>. Acesso em 12/06/2021.

MATO GROSSO. *Lei Complementar nº 269, de 22 de janeiro de 2007*. Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado. Disponível em <<https://www.tce.mt.gov.br/arquivos/downloads/00051757/LEI%20ORG%C3%82NICA%20-%20ATUALIZADA%20AT%C3%89%20JANEIRO%20DE%202015.pdf>>. Acesso em 06/11/2021.

_____. Tribunal de Contas do Estado. *Acórdão nº 1.198/2015 – Tribunal Pleno (Processo 6.975-2/2015)*. Disponível em <https://www.tce.mt.gov.br/protocolo/decisao/num/69752/ano/2015/num_decisao/1198/ano_decisao/2015>. Acesso em 08/11/2021.

_____. Tribunal de Contas do Estado. *Regimento Interno (Resolução nº 14/2007)*. Disponível em <<https://www.tce.mt.gov.br/arquivos/downloads/00102673/REGIMENTO%20INTERNO%20-%20ATUALIZADO%20AT%C3%89%20-%20Res.%20Normativa%20n.%2007-2021.pdf>>. Acesso em 23/10/2021.

_____. Tribunal de Contas do Estado. *Relatório de Auditoria Operacional: Assistência Farmacêutica no SUS – 2014 (Estado e municípios)*. Disponível em <https://www.tce.mt.gov.br/arquivos/downloads/00063705/TCEMT%20_%20Relatorio%20sobre%20Assistencia%20Farmaceutica%20-%202014.pdf>. Acesso em 08/11/2021.

_____. Tribunal de Contas do Estado. *Relatório de Auditoria Operacional: Atenção Básica de Saúde no SUS – 2014*. Disponível em <https://www.tce.mt.gov.br/arquivos/downloads/00071466/TCEMT%20_Auditoria%20Aten

[%C3%A7%C3%A3o%20B%C3%A1sica%20de%20Sa%C3%BAde%20-%20%20digital.pdf](#)
>. Acesso em 08/11/2021.

_____. Tribunal de Contas do Estado. *Relatório de Auditoria Operacional: Regulação Assistencial no SUS – 2014*. Disponível em <<https://www.tce.mt.gov.br/arquivos/downloads/00068455/TCE-MT%20-%20Relat%C3%B3rio%20de%20Auditoria%20Operacional%20da%20Regulacao%20Assistencial.pdf>>. Acesso em 08/11/2021.

_____. Tribunal de Contas do Estado. *Resolução Normativa nº 5/2017*. Aprova o Manual de Auditoria Operacional. Disponível em <<https://www.tce.mt.gov.br/arquivos/downloads/00074257/Anexo%20da%20RN%2004-2017.pdf>>. Acesso em 07/11/2021.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas*. Revista Inf. Leg. Brasília, a. 27, n. 108, out./dez 1990. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175815/000451494.pdf?sequence=1>>. Acesso em 23/10/2021.

_____. *Controle da administração pública*. 4ª. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

_____. *Direito Administrativo moderno*. 11ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *O Direito Administrativo em evolução*. 2ª. Ed. São Paulo: Editora RT, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MENEZES, Vitor Hugo Mota de. *Direito à saúde e reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2015.

MINAS GERAIS. Ministério Público do Estado. *Termo de Ajustamento de Conduta. Inquérito Civil de n.º 0352.21.000114-0 – MP-MG*. Disponível em <https://www.mpmg.mp.br/data/files/D8/35/82/0B/9D44A7109CEB34A7760849A8/8.2%20TAC%20-%20WHITE%20MARTINS%20e%20MUNIC_PIO%20DE%20JANU_RIA%20-%20c_pia.pdf>. Acesso em 02/04/2022.

_____. Tribunal de Contas do Estado. *Processo nº 862615*. Disponível em <<https://tcjuris.tce.mg.gov.br/Nota/BuscarArquivo/644895>>. Acesso em 23/06/2021.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição!* 3ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novo referencial no Direito Administrativo: do controle da vontade ao do resultado. A juridicização dos resultados na Administração Pública*. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, a. 6, n. 67, set./2006.

NASCIMENTO, Rafael do. *As restrições aos direitos fundamentais no contexto de crise do Estado de bem-estar social*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *A contratualização da função pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. *Contrapesos de uma administração pública consensual: legalidade versus eficiência*. Revista Interesse Público – IP. Belo Horizonte, ano 19, n. 103, p. 49-77, maio/jun. 2017.

NUNES, Rizzato. *Manual da monografia jurídica*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de et al. *Administração consensual como a nova face da Administração Pública no Séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação*. Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 8, n. 32, abr./jun. 2008. Disponível em <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/504>>. Acesso em 08/11/2021.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. 2ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal de Direitos Humanos (1948)*. Disponível em <https://declaracao1948.com.br/declaracao-universal/declaracao-direitos-humanos/?gclid=CjwKCAjw4KyJBhAbEiwAaAQbE8TcT1KxUoVGgGMy3VdUO5rAXAXBqsKNcJEnejhcWiYHU8M1W4nc5BoCd2cQAvD_BwE>. Acesso em 29/08/2021.

_____. *Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias de 1990*. Disponível em <<https://www.migrante.org.br/migracoes/convencao-internacional-sobre-a-protecao-dos-direitos-de-todos-os-trabalhadores-migrantes-e-dos-membros-das-suas-familias/>>. Acesso em 29/08/2021.

_____. Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento. *Governance for sustainable human development*. Disponível em <<http://mirror.undp.org/>>. Acesso em 10/09/2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969*. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 29/08/2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DE ENTIDADES FISCALIZADORAS SUPERIORES (INTOSAI). *Diretrizes para as normas de controle interno do setor público*. Tradução de Cristina Maria Cunha Guerreiro, Delanise Costa e Soraia de Oliveira Ruther. Salvador: Tribunal de Contas do Estado da Bahia, 2007. Disponível em <https://www.tce.ba.gov.br/images/intosai_diretrizes_p_controle_interno.pdf>. Acesso em 15/11/2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Constituição da Organização Mundial da Saúde*. Conferência Internacional da Saúde. New York (julho/1946). Disponível em <<http://www.nepp-dh.ufrj.br/oms2.html>>. Acesso em 20/04/2021.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). *Relatório 30 anos de SUS. Que SUS para 2030?* Disponível em <<https://apsredes.org/wp-content/uploads/2018/10/Serie-30-anos-001-SINTESE.pdf>>. Acesso em 04/04/2021.

PAMPLONA, Danielle Anne. *Políticas públicas: elementos para alcance do desenvolvimento sustentável*. Curitiba: Juruá, 2012.

PARANÁ. Tribunal de Contas do Estado. *Resolução nº 59, de 1º de fevereiro de 2017*. Regulamenta o Termo de Ajustamento de Gestão – TAG. Disponível em <<https://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/resolucao-n-59-de-1%C2%B0-de-fevereiro-de-2017/297562/area/10>>. Acesso em 07/11/2021.

PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. *Novo processo civil brasileiro: métodos adequados de resolução de conflitos (função judicial, negociação, conciliação, mediação, arbitragem)*. 2ª edição (revista e atualizada de acordo com o Novo Código de Processo Civil). Curitiba: Juruá, 2018.

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso; KNEIP, Maria Erotides. *Ativismo judicial: um fenômeno mal compreendido – entre a autorrestrição e o maximalismo*. In: PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso; KNEIP, Maria Erotides (coord.) *Ativismo judicial em tempos de pandemia*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2020.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *Reserva do possível: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional*. Curitiba: Juruá, 2014.

PEREZ FILHO, Augusto Martinez. *O Compliance na Administração Pública*. São Paulo: JH Mizuno, 2019 (e-book).

PINTO, Hélio Pinheiro. *Juristocracia: o STF entre a judicialização da política e o ativismo judicial*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIRES, Gabriel Lino de Paula; ALCÂNTARA, Guilherme Gonçalves. *Ministério (e interesse) público: aproximações entre o perfil constitucional da instituição e o princípio da supremacia do interesse público no controle da função administrativa*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 111, p. 469-486, jun. 2017. Disponível em

<<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/133525/129533>>. Acesso em 08/11/2021.

PIRONTI, Rodrigo; ZILIOOTTO, Mirela Miró. *Compliance nas contratações públicas: exigências e critérios normativos*. 2ª edição revista, ampliada e atualizada. Belo Horizonte: Forum, 2021.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

QUINTAS, Fábio Lima. *Juízes-administradores: a intervenção judicial na efetivação dos direitos sociais*. RIL Brasília, a. 53, n. 209, jan./mar. 2016, p. 31-51.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 23ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. *Judicialização e desjudicialização: entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do Judiciário*. Revista de Informação Legislativa, v. 50, n. 199: 25-33, jul./set. 2013.

RIO DE JANEIRO. Ministério Público do Estado. *Termo de Ajustamento de Conduta 01/2021*. Inquérito Civil 18/2019. Disponível em <http://www.mprj.mp.br/documents/20184/540394/tac_012021_ic_182019_assinado_por_todos.pdf>. Acesso em 02/04/2022.

RIO GRANDE DO SUL. Canoas. *Lei 6.292/2019*. Cria o Centro de Conciliação e Mediação, para a solução de controvérsias administrativas ou judiciais que envolva a administração municipal. Disponível em <<https://leismunicipais.com.br/a1/rs/c/canoas/lei-ordinaria/2019/630/6292/lei-ordinaria-n-6292-2019-institui-o-centro-de-conciliacao-e-mediacao-do-municipio-de-canoas-e-da-outras-providencias?q=6292>>. Acesso em 11/07/2021.

_____. Porto Alegre. *Decreto 19.519/2016*. Estabelece a competência, a composição e a organização funcional da Câmara de Mediação e Conciliação da Central de Conciliação. Disponível em <<https://leismunicipais.com.br/a1/rs/p/porto-alegre/decreto/2016/1952/19519/decreto-n-19519-2016-regulamenta-os-arts-10-11-e-12-da-lei-12003-de-27-de-janeiro-de-2016-que-institui-a-central-de-conciliacao-e-da-outras-providencias-dispondo-sobre-a-camara-de-mediacao-e-conciliacao-sua-composicao-competencia-e-organizacao-funcional?q=c%C3%A2mara+de+media%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em 18/07/2021.

_____. Porto Alegre. *Lei 12.003/2016*. Instituiu a Central de Conciliação na administração municipal. Disponível em <<https://leismunicipais.com.br/a1/rs/p/porto-alegre/lei-ordinaria/2016/1201/12003/lei-ordinaria-n-12003-2016-institui-a-central-de-conciliacao-e-da-outras-providencias?q=12003>>. Acesso em 18/07/2021.

ROCHA, Glenyo Cristiano. *Judicialização da política e efetivação de direitos fundamentais: sob a perspectiva da tutela da saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

RODRIGUES, Ricardo Schneider. *O controle de políticas públicas pelos tribunais de contas*. Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná, v. 1, n. 1, novembro/maio, 2014. Disponível em <<https://revista.mpc.pr.gov.br/index.php/RMPCPR/article/view/60>>. Acesso em 21/05/2021.

SANCHÉZ, Feliz. *Orçamento participativo: teoria e prática*. São Paulo: Cortez, 2002.

SÃO PAULO. *Lei Complementar 1.320/2018*. Institui o Programa de Estímulo à Conformidade Tributária “Nos Conformes”, define princípios para o relacionamento entre os contribuintes e o Estado de São Paulo e estabelece regras de conformidade tributária. Disponível em <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei.complementar/2018/lei.complementar-1320-06.04.2018.html>>. Acesso em 11/11/2021.

_____. Secretaria de Estado de Saúde São Paulo / Coordenadoria de Planejamento de Saúde / Coordenadoria de Regiões de Saúde. *Instrumentos de planejamento de saúde*. Disponível em <http://www.saude.sp.gov.br/resources/ses/perfil/gestor/documentos-de-planejamento-em-saude/instrumentos_de_planejamento.pdf>. Acesso em 16/10/2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª. Ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015 (e-book).

_____. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*. RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Número 11 – setembro/outubro/novembro 2007. Salvador/BA. Disponível em <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/rere-11-setembro-2007-ingo_sarlet_1.pdf>. Acesso em 24/08/2021.

_____. *Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais*. In: CANOTILHO, J. J.; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (coordenadores). *Direitos fundamentais sociais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015 (e-book).

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (organizadores). *Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2001.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *Os direitos sociais e a sindicabilidade judicial das políticas públicas sociais no Estado Democrático de Direito*. São Paulo: LTr, 2013.

SCLIAR, Wremyr. *Coisa julgada e decisões de controle externo terminativas*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, a. 49, n. 194, abr./jun. 2012. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496586/000952700.pdf>>. Acesso em 23/10/2021.

SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Introdução à contemporânea teoria dos direitos fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA, Denise dos Santos Vasconcelos. *Direito à saúde: ativismo judicial, políticas públicas e reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 38ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

SIMÕES, Carlos. *Teoria & crítica dos direitos sociais: o Estado Social e o Estado Democrático de Direito*. 1ª ed. São Paulo: Cortez, 2014 (e-book).

SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. *O Direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coordenadores). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUSA, Simone Letícia Severo e. *Direito à saúde e políticas públicas: do ressarcimento entre os gestores públicos e privados da saúde*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

SPINELLI, Mario Vinicius Claussen. *Brasil e Estado Unidos: o sistema de controle interno do Poder Executivo Federal em perspectiva comparada*. Revista da CGU. Ano IV, nº 6, setembro/2009. Brasília: CGU, 2009. Disponível em <https://revista.cgu.gov.br/Revista_da_CGU/article/view/260>. Acesso em 01/03/2022.

STURZA, Janaína Machado; RODRIGUES, Bruna dos Passos. *Diálogos entre políticas públicas e direito à saúde: as audiências públicas enquanto instrumento de participação popular sob a perspectiva da teoria da ação comunicativa de Habermas*. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas, vol. 7, n. 2, 2019. Disponível em <<https://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/402>>. Acesso em 19/02/2022.

SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

THE INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SUPREME AUDIT INSTITUTIONS (INTOSAI). *ISSAI 3000/17*. Disponível em <<https://www.issai.org/pronouncements/issai-3000-performance-audit-standard/>>. Acesso em 04/11/2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do Direito Processual Civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I*. 57ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO, Marcelo Antonio. *Direitos fundamentais e sua concretização*. 1ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

UNGARO, Gustavo. *Controle interno e controle social da administração pública*. In: MACHADO, Eloísa (org.). *Controle da Administração pública*. São Paulo: FGV Direito, 2014.

UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 21 de maio de 2008, relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial*. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:PT:PDF>>. Acesso em 03/07/2021.

VALLE, Vanice Lírio do. *Dever constitucional de enunciação de políticas públicas e auto vinculação: caminhos possíveis de controle jurisdicional*. Fórum Administrativo: Direito Público, Belo Horizonte, v. 7, n. 82, p. 7-19, dez. 2007.

_____. *Direito fundamental à boa administração, políticas públicas eficientes e a prevenção do desgoverno*. Revista Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 10, n. 48, p. 87-110, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo B.; SALLES, Paula Martins. *Dezessete anos de judicialização da política*. In: CEDES, n. 08. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2006.

VIEITEZ, Diego Losada. *Controle de políticas públicas por Tribunais de Contas e govtechs*. Dissertação jurídica de Mestrado em Direito, Área de Concentração em Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado, da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC/RS. Porto Alegre: 2018. Disponível em <<http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/8330>>. Acesso em 12/06/2021.

VILLEY, Michel. *Direito e direitos humanos*. Tradução Maria Ernantina de Almeida Prado Gaivão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

ZELINSKI, Renata. *O termo de ajustamento de gestão e o controle externo: a novel experiência no âmbito do Tribunal de Contas do Estado do Paraná*. Revista Controle, Fortaleza, v. 17, n. 1, p. 356-383, jan./jun., 2019.