

COMPORTAMENTO E
INSTITUIÇÕES POLÍTICAS

LUÍS GUSTAVO
MELLO GROHMANN
ORGANIZADOR



UNIVERSIDADE
FEDERAL DO RIO
GRANDE DO SUL

Reitor

Rui Vicente Oppermann

Vice-Reitora e Pró-Reitora
de Coordenação Acadêmica

Jane Fraga Tutikian

EDITORA DA UFRGS

Diretor

Alex Niche Teixeira

Conselho Editorial

Álvaro Roberto Crespo Merlo

Augusto Jaeger Jr.

Carlos Pérez Bergmann

José Vicente Tavares dos Santos

Marcelo Antonio Conterato

Marcia Ivana Lima e Silva

Maria Stephanou

Regina Zilberman

Tânia Denise Miskinis Salgado

Temístocles Cezar

Alex Niche Teixeira, presidente

Centro de Estudos Internacionais sobre Governo (CEGOV)

Diretor

Ricardo Augusto Cassel

Vice Diretor

Glaisson Augusto Guerrero

Conselho Superior CEGOV

Ana Maria Pellini, André Luiz Marengo
dos Santos, Ario Zimmermann, José
Henrique Paim Fernandes, José Jorge Ro-
drigues Branco, José Luis Duarte Ribeiro,
Paulo Gilberto Fagundes Visentini

Conselho Científico CEGOV

Carlos Schmidt Arturi, Cássio da Silva
Calvete, Diogo Joel Demarco, Edson Tala-
mini, Fabiano Engelmann, Hélio Henkin,
Leandro Valiati, Lúcia Mury Scalco, Luis
Gustavo Mello Grohmann, Marcelo Soares
Pimenta, Marília Patta Ramos, Vanessa
Marx

Coordenação Coleção Editorial CEGOV

Cláudio José Muller, Gentil Corazza,
Marco Cepik

COMPORTAMENTO E INSTITUIÇÕES POLÍTICAS

LUÍS GUSTAVO
MELLO GROHMANN
ORGANIZADOR

© dos autores
1ª edição: 2016

Direitos reservados desta edição:
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Coleção CEGOV Capacidade Estatal e Democracia

Revisão: Rodrigo Duque Estrada e Fernando Preusser de Mattos

Projeto Gráfico: Joana Oliveira de Oliveira, Liza Bastos Bischoff, Henrique Pigozzo da Silva

Diagramação: Luiza Allgayer, Marina de Moraes Alvarez

Capa: Joana Oliveira de Oliveira

Foto da Capa: Marina de Moraes Alvarez

Impressão: Gráfica UFRGS

Apoio: Reitoria UFRGS e Editora UFRGS

Os materiais publicados na Coleção CEGOV Capacidade Estatal e Democracia são de exclusiva responsabilidade dos autores. É permitida a reprodução parcial e total dos trabalhos, desde que citada a fonte.



C737 Comportamento e instituições políticas [recurso eletrônico] / organizador Luís Gustavo Mello Grohmann. – dados eletrônicos – Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV, 2018.

216 p. : il. ; pdf

(CEGOV Capacidade Estatal e Democracia)

Inclui figuras, gráficos, quadros e tabelas.

Inclui referências.

1. Política. 2. Justiça arbitral – Brasil. 3. Reeleição de Prefeitos – Partidos políticos – Disputas municipais – 1996-2012. 4. Partidos de esquerda – Governo Federal. 5. Emendas orçamentárias – Relação Executivo-Legislativo – Brasil. 6. Agências reguladoras – Brasil. 7. Multipartidarismo – Bipolaridades. 8. Políticas públicas. 9. Cultura reativa – Legislativo – Relações externas – Brasil. I. Grohmann, Luís Gustavo Mello. II. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Centro de Estudos Internacionais sobre Governo. III. Série.

CDU 32

CIP-Brasil. Dados Internacionais de Catalogação na Publicação.
(Jaqueline Trombin – Bibliotecária responsável CRB10/979)

ISBN 978-85-386-0437-2

DECISÕES SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS – AS RACIONALIDADES CONFLITANTES DOS PODERES EXECUTIVO E JUDICIÁRIO NO BRASIL

RODRIGO STUMPF GONZÁLEZ

Doutor em Ciência Política. Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da UFRGS. Contato: rsg65@terra.com.br

INTRODUÇÃO

Na década de 1990, a partir de trabalhos como os de Tate e Vallider (1995) foi difundido o conceito de “judicialização da política”. O termo foi popularizado no Brasil por trabalhos como os de Castro (1997) e Vianna et al. (1999).

O termo foi utilizado no Brasil principalmente para referir-se ao uso crescente de acesso aos tribunais como instrumento contra-majoritário, por partidos, sindicatos e organizações profissionais como a OAB, para contestar decisões tomadas pelos poderes executivo e legislativo. Por este motivo grande parte das análises concentrou-se nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (Adins).

Autores como Lopes (2005) contestam o conceito, interpretando como uma expansão do mundo do direito sobre o mundo da política, o que estaria mais próximo do debate proposto por Vianna et al. (1999) sobre a judicialização das relações sociais.

Por isso, este trabalho analisa parte do fenômeno de judicialização das políticas públicas¹, que costuma ocorrer de forma dispersa, e não do processo de controle concentrado da constitucionalidade por meio do Supremo Tribunal Federal. A atuação deste tribunal será objeto de atenção por sua função de corte recursal revisora, não por sua competência originária.

Nos últimos anos no Brasil o Poder Judiciário tem sido constantemente acionado para decidir sobre a prestação de políticas públicas nos casos de supostas falhas de ação da administração pública. Nos casos de decisões em ações judiciais repetidas em massa, em muitos casos são comprometidos grandes volumes de recursos do orçamento público, e o Poder Judiciário, na prática, se transforma em formulador indireto de políticas públicas, gerando conflitos institucionais entre os poderes.

Discute-se o processo decisório de formulação das políticas públicas e das decisões judiciais, para apontar uma crescente divergência nos padrões de racionalidade que fundamentam as decisões dos Poderes Executivo e Judiciário, sendo utilizados os conceitos de racionalidade propostos por Max Weber (1984) para explicar os fundamentos da ação social, diferindo a racionalidade com relação a fins da racionalidade com relação a valores, bem os padrões de justificação de ações descritos como ética da responsabilidade e ética da convicção.

Esta divergência de racionalidades é discutida com base no caso das ações judiciais de pedidos de medicamentos, tomando como exemplo algumas decisões

(1) Não havendo diferença na língua portuguesa a mesma diferença dos termos politics e policy, se utiliza aqui o termo políticas públicas para se referir ao segundo.

judiciais sobre o tema frente à Política Nacional de Assistência Farmacêutica, responsável pela distribuição gratuita de medicamentos para a população.

Os argumentos subjacentes serão analisados do ponto de vista do raciocínio dos Poderes Executivo e Judiciário com base em três aspectos da política: a cobertura, o custeio e as possibilidades de escolha, buscando diferenciar as formas de racionalidade subjacente. Por fim, são discutidas as conseqüências para o processo político brasileiro.

MAX WEBER E OS FUNDAMENTOS DA RACIONALIDADE DA AÇÃO SOCIAL.

Max Weber (1984) considera como ação social aquela em que o indivíduo realiza deliberadamente. Ele descreve diversos fundamentos para a ação social: a tradição, a afeição, a racionalidade com relação a fins e a racionalidade com relação a valores. Seguindo a metodologia formulada pelo autor estes fundamentos são tipos ideais, que se encontram freqüentemente mesclados na realidade.

Destacam-se dois padrões diferentes de racionalidade: a racionalidade com relação a fins e a racionalidade com relação a valores. No primeiro caso a ação é considerada racional na medida em que os atos realizados justificam-se na tentativa de concretização do resultado de um fim previamente pensado. No segundo, a preocupação é menor com o resultado, mas sim com a coerência com a defesa de valores previamente assumidos.

A racionalidade com relação a fins é o padrão mais comum de comportamento e pode ser identificada com a definição de racionalidade utilizada pela economia e pelas teorias da escolha racional da ciência política.

Já a racionalidade com relação a valores, define Weber (1984; 21):

Actua estrictamente de um modo racional com arreglo a valores quien, sin consideración a las consecuencias previsibles, obra em servicio de sus convicciones sobre lo que el deber, la dignidad, la belleza, la sapiencia religiosa, la peidad o la transcendência de uma “causa”, cualquiera que as su género, parecen ordenarle.

Tendo em vista que poucas ações humanas chegam ao extremo do calculismo frio e totalmente despidido de valores ou da imolação total em nome de valores sem nenhuma preocupação com as conseqüências do ato, na prática o que encontraremos são situações em que um ou outro destes fundamentos predomina, ainda que possam ser verificados elementos de seu oposto.

Estas duas definições de racionalidade da ação social são complementadas na obra de Weber, quando este discute a prática política real pelos modelos de ética de justificação das decisões: ética da convicção e ética da responsabilidade (WEBER, 1981).

Na descrição de Weber a ação do político profissional se fundamenta na ética da convicção. A defesa dos ideais ou de fins últimos suplantara a preocupação com os resultados concretos. Este comportamento seria o oposto do funcionário do quadro burocrático do Estado, que se orientaria por uma ética da responsabilidade, preocupado com a relação entre resultados e meios empregados.

Pode-se considerar que o agente que opera com base em uma ética de convicção tem uma preponderância de uma racionalidade com relação a valores, pois embora possa almejar determinados fins, tanto estes como os meios a serem empregados são mediados pelas concepções valorativas. Já aquele que se funda em uma ética da responsabilidade, embora tenha nesta um valor, opera centrado no controle entre meios e fins.

Em termos ideais, seria considerar o mundo da política como o espaço das paixões enquanto o mundo da administração profissional estaria mais adstrito à objetividade e à ciência. Enquanto o político teria a liberdade de formular e mesmo subverter as leis, ao funcionário caberia cumpri-las.

As limitações impostas pela constitucionalização e democratização do poder e a mudança das concepções sobre as finalidades da ação do Estado, no entanto, têm alterado a maneira como estas racionalidades são aplicadas aos Poderes do Estado.

ESTADO E CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL

A separação das funções do Estado em órgãos ou estruturas diferentes, como forma de obtenção de um equilíbrio do poder não é nova, já estando presente na obra de Políbio, no século II a.C. O tema voltou a interessar os pensadores modernos, com o processo de concentração dos poderes reais e a formação do absolutismo. Neste aspecto, o Segundo Tratado sobre o Governo (1889), de John Locke e o Espírito das Leis (1748), de Montesquieu, tiveram o maior impacto.

O primeiro constrói uma justificativa teórica contratualista para divisão de funções entre o monarca e o parlamento, atribuindo a este a preeminência e a representação do interesse da população em caso de quebra do pacto e da proteção dos direitos naturais da vida, liberdade e propriedade. Charles-Louis de Secondat,

o Barão de Montesquieu, reflete sobre os meios de evitar a tirania e encontra na descrição da Constituição da Inglaterra um exemplo de equilíbrio das forças. A Constituição apresentada por Montesquieu não é a mesma descrita por Locke, mas sim a histórica, formada como resultados dos conflitos reais.

As idéias destes autores contribuíram no debate da formulação da Constituição dos Estados Unidos da América, conforme se constata no texto dos Federalistas. O modelo norte-americano, no entanto, contrário ao que prevalece no senso comum, não representa uma aplicação exata das ideias de nenhum destes autores, em grande parte devido à construção jurisprudencial que se estabeleceu na sua aplicação, com destaque para o caso *Madison X Marbury* (1803). Modelo seguido por muitos países, consagrou um poder concentrado de controle constitucional das Supremas Cortes.

O Brasil assumiu, desde sua independência, ao menos formalmente, a estrutura de um Estado de Direito, ainda que as diversas cartas constitucionais nem sempre tenham sido instrumento suficiente para limitar os poderes do estado e dos governantes.

A evolução constitucional e institucional brasileira no período republicano consagrou um modelo híbrido em relação à influência dos Estados Unidos e da Europa Continental, o que se reflete no texto constitucional e nas funções e estrutura do poder judiciário. Por um lado, se previu uma tripartição de poderes, com o Poder Judiciário teoricamente com autonomia e em equilíbrio em relação ao Executivo e ao Legislativo, e também com o papel de controle de constitucionalidade das leis, nos moldes estadunidenses.

Por outro lado, foi constituída uma carreira da magistratura, em uma estrutura de caráter profissional e permanente, salvo nos tribunais superiores, que se assemelha mais ao modelo de países da Europa Continental. Fica distante, portanto, do ideal de Montesquieu, de poder nulo, comunal e não permanente.

As reformas sociais, com a ampliação dos serviços públicos que ocorreram em muitos países no decorrer do século XX, tiveram diferentes inspirações e modelos políticos, como a social-democracia europeia, o socialismo real soviético e o desenvolvimentismo no terceiro mundo.

A ampliação de serviços públicos, em muitos casos, foi feita paralelamente ao reconhecimento do direito de acesso aos bens públicos previstos nos textos constitucionais. Em particular, este é o caso de países que sofreram reformas, como a Itália no pós-II Guerra, a Espanha e Portugal nos anos 70 e, em certa medida, a França da V República. As cartas constitucionais passaram a incluir amplos capítulos sobre direitos individuais e sociais. A rigidez constitucional torna difícil retirar estes direitos, uma vez concedidos. (STONE SWEET, 2002)

Diferente dos casos britânico e estadunidense, em que as políticas sociais em geral se embasaram em políticas de Governo. A constituição costumeira do Reino Unido da Grã-Bretanha e a concisa carta dos Estados Unidos da América não incluem uma proteção universal e permanente a direitos sociais.

O Brasil seguiu o modelo europeu continental, com uma influência marcante dos textos constitucionais de Portugal e Espanha na formulação da carta de 1988. A Constituição Federal Brasileira foi generosa na incorporação de direitos individuais e sociais, declarando sua universalidade e autoaplicação. Incorporou também referências a elementos abstratos, como a dignidade da pessoa humana, que favorecem as interpretações baseadas mais em princípios do que no texto em si.

Esta incorporação se deve à convicção nos valores universais da igualdade formal e material, mas em geral não incluiu nenhuma análise dos custos que representava colocá-los em prática. Em parte, isto se deve a uma tradição brasileira, na qual as leis são feitas para não serem cumpridas, ou como o dito no período do Império, “para inglês ver”.

No entanto, dado que dentro do modelo de Estado de Direito brasileiro os direitos dispostos no texto constitucional e suas leis reguladoras são geradores de direitos subjetivos para os cidadãos, compete aos governantes, em atenção ao princípio da legalidade, a sua execução. Contraditoriamente, no entanto, na sua primeira década de existência o Estado brasileiro esteve sujeito a várias crises econômicas, adotando políticas de corte do gasto público e de redução da atividade estatal.

Na década de 1990 foi ampliada a ênfase na necessidade de reforma do Estado (BRESSER PEREIRA, 1997), com a redução de suas funções e isolamento técnico de arenas de decisão, com a criação de agências reguladoras autônomas e defesa de maior independência do Banco Central na formulação da política monetária. A execução de políticas sociais passaria a ser limitada pela responsabilidade fiscal, tornada lei.

Porém, as tentativas de reforma constitucional tendentes a limitar a responsabilidade do poder público na prestação de serviços sociais em geral tiveram dificuldade de aprovação. A proposta de uma limitação do direito à saúde foi abortada no início (GONZÁLEZ, 2000). A reforma da previdência foi mais limitada que o pretendido e a CPMF foi extinta.

O resultado é uma convivência entre uma Constituição que é fruto da ética da convicção e governos adeptos da ética da responsabilidade. Qualquer tentativa de aproximação destes pólos é sujeita a críticas, seja como retrocesso histórico e cassação de direitos, no caso das mudanças na Constituição, seja a acusação de populismo, dos governos que buscam ampliar os serviços públicos pelo aumento do endividamento ou da tributação.

Este conflito cada vez mais se desloca da esfera da representação política, no embate entre partidos da situação e oposição, para ser travado nos tribunais, entre os governos e a população, aliada à Defensoria Pública, ao Ministério Público; aqui se manifestam as diferenças entre as racionalidades de cada poder.

OS PODERES DO ESTADO E A TOMADA DE DECISÕES

Há um ponto em comum entre as diversas esferas do Poder Público, seja o Poder Executivo, o Legislativo ou o Judiciário: seus ocupantes são responsáveis por tomar decisões. Enquanto as decisões no campo legislativo costumam ser compartilhadas por amplos colegiados, constituídos pelos representantes eleitos distribuídos entre os diversos partidos políticos, nos Poderes Executivo e Judiciário o processo tende a ser individualizado ou dividido em pequenos colegiados e hierarquizado.

Nos sistemas presidencialistas, como o brasileiro, no Governo Federal o Presidente da República, como Chefe de Estado e de governo ocupa a função maior de direção administrativa e o poder de decisão, em última instância. Tal estrutura se reproduz nas outras unidades da Federação, com os Governadores nos Estados e os Prefeitos nos Municípios. Porém, cotidianamente este poder é delegado por meio de uma estrutura burocrática constituída de esferas independentes entre si, ministérios, secretarias e autarquias. Cada Ministro ou Secretário controla sua própria estrutura hierárquica, constituída de chefes e diretores de departamentos especializados. Estruturas semelhantes são reproduzidas no âmbito dos Estados e Municípios.

No caso do Poder Judiciário, enquanto na base o processo decisório é individualizado, onde convivem diversos níveis de especialização, seja temática, seja de divisão de competência territorial, as instâncias superiores são colegiadas. Há uma estrutura hierárquica, com sistemas especializados, como a Justiça do Trabalho, Eleitoral, Militar e sistemas diferenciados pelas competências territoriais, como as justiças estadual e federal, com seus respectivos tribunais, em que a última instância é o Supremo Tribunal Federal, com a responsabilidade de controle da constitucionalidade e unificação da jurisprudência.

Comparativamente, os juízes titulares de varas judiciais têm poderes de decisão mais amplos do que os dirigentes locais de agências e estruturas administrativas estaduais ou federais. Enquanto os últimos em geral estão adstritos às diretrizes formuladas pelas instâncias superiores e pelo princípio da legalidade,

os primeiros têm a possibilidade de interpretar a lei de forma ampla, tomando as decisões das instâncias superiores como orientações.

A aprovação, em 1988, de uma Constituição Federal que ampliou os dispositivos de proteção aos direitos sociais e à responsabilidade do papel do Estado na provisão de serviços públicos têm levado, nos últimos anos, ao aumento do número de ações judiciais que buscam compelir o Estado a prover bens que estaria compreendidos naquela proteção e que não estariam sendo disponibilizados de forma correta, fenômeno que tem cada vez mais atraído a atenção dos cientistas sociais (VIANNA et al., 1999).

Os argumentos utilizados por administradores públicos na defesa das políticas existentes e por magistrados nas decisões que determinam provisões de bens e serviços indicam não apenas uma divergência na análise dos fatos, mas também nos padrões de racionalidade que as fundamentam.

RACIONALIDADE DA AÇÃO DO PODER EXECUTIVO

Ao poder executivo cabe executar as leis, tomando decisões, ou abstendo-se delas que levam a resultados sob a forma de políticas públicas (DYE, 1987)

O modelo de organização burocrática descrito por Weber (1984) e instituído em grande parte das democracias contemporâneas separa os membros permanentes do quadro (a burocracia), dos escolhidos temporalmente para liderar a tomada de decisões (os políticos profissionais). Weber atribui à burocracia uma ética da responsabilidade enquanto a direção política estaria adstrita à ética da convicção.

No passado isto significou a disputa entre grupos políticos defensores de ideais conflitantes, por meio de partidos políticos, do poder de colocar em prática suas propostas ao ocupar o poder, seja pela via do voto, seja pela via revolucionária. Nos dias atuais, os partidos que defendem a tomada do poder pela via revolucionária, na maior parte do mundo, se tornaram marginais, em especial nos países que adotaram regimes de democracia liberal.

Por outro lado, a crise dos modelos de Estado de bem-estar e desenvolvimentista produziram, nas décadas de 1980 e 1990, o avanço do discurso liberal, com a expansão pelo mundo de um modelo que foi denominado de “Consenso de Washington”. Este modelo, centrado no pensamento econômico liberal mais ortodoxo, prega o controle da moeda e das contas públicas como objetivos a serem alcançados pelos governos.

Embora outros aspectos do neoliberalismo, como a privatização de bens e serviços públicos, e a abertura de mercados nacionais ao mundo tenha perdido força, o discurso do equilíbrio das contas públicas aparentemente veio para ficar.

Se este modelo era vendido quase exclusivamente aos países emergentes nos últimos anos, a crise da zona do Euro, em países como Irlanda, Grécia, Portugal, Espanha e Itália o universalizaram. Mesmo os Estados Unidos da América, com o avanço do conservadorismo republicano, passaram a colocar a diminuição do déficit das contas públicas como um objetivo para ambos os partidos (republicano e democrata) embora com estratégias diferentes.

No Brasil, sua implementação veio por meio do plano real, seguido de medidas de redução do gasto público, no Governo Fernando Henrique Cardoso, tendo como símbolo a aprovação da Lei da Responsabilidade Fiscal. Com alguns ajustes, as bases da política econômica foram mantidas nos governos posteriores, de Lula e Dilma.

A diferenciação das políticas entre governos de partidos diferentes tem sido cada vez menor, na medida em que a margem decisória dos governos diminuiu, devido a fatores como os estrangimentos dos mercados internacionais e da necessidade de captação de recursos no mercado para o pagamento das contas públicas.

Assim, são cada vez mais raros os casos de políticos no Poder Executivo que podem atuar com base em uma ética de convicção. Se a convicção for dos valores acima descritos, sim. Se forem outros, será tachado de populista e terá dificuldades de implementar as decisões.

Em muitos casos a defesa das convicções fica restrita aos discursos da campanha eleitoral, em que os partidos em disputam tentam diferenciar-se perante o eleitor. Porém, em muitos casos, não se tratam de verdadeiras convicções, com uma racionalidade centrada nos valores, mas de uma estratégia de campanha, em que o discurso sobre valores nada mais é que um meio para a obtenção do voto do eleitor e a vitória.

Assim, no reino da política partidária, os valores e as convicções somente suplantam a defesa dos resultados nos pequenos partidos de posições mais extremistas (PCO, PSTU, PSOL), alijados completamente de qualquer possibilidade de vitória e, portanto, livres da responsabilidade de demonstrar a viabilidade das propostas que defendem.

Na execução de políticas públicas, o processo tem sido muito mais de agregação de pequenas mudanças ao que já se executa do que mudanças de grande porte. Isto também afeta a política de saúde.

RACIONALIDADE ADMINISTRATIVA E A POLÍTICA DE ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA

Após a aprovação da Constituição Federal de 1988, passou a ser desenhada a nova estrutura da política de saúde no Brasil com o Sistema Único de Saúde, regulado pela Lei Orgânica da Saúde (Lei 8080/90).

A disposição constitucional entrou em choque com a orientação política de dois governos do período – o de Fernando Collor de Melo e o de Fernando Henrique Cardoso, que defenderam o equilíbrio fiscal, a diminuição do gasto público e a privatização de órgãos públicos. No caso de FHC, a previsão da reforma administrativa proposta pelo ministro Bresser Pereira é de que parte do sistema de saúde continuaria prestando serviços públicos, por meio de organizações privadas, as organizações sociais. (BRESSER PEREIRA, 1997).

Neste período as dificuldades enfrentadas pelo sistema público de saúde levaram ao crescimento dos planos privados de saúde, como válvula de escape para os segmentos da sociedade que desejavam um atendimento mais qualificado e podiam pagar por ele.

No entanto, os planos de saúde, em geral, não cobrem o fornecimento de medicação fora dos períodos de internação hospitalar. Pacientes que necessitam de medicamentos de uso contínuo acabavam tendo de arcar pessoalmente com este custo.

O número crescente de ações judiciais, em especial aquelas associadas ao fornecimento de medicamentos contra a AIDS, levou à criação de uma política de distribuição pública de medicamentos em 1998². Hoje denominada Política Nacional de Assistência Farmacêutica, segue a mesma lógica de organização do SUS, com uma distribuição de responsabilidades entre os entes da Federação. (BRASIL, 2010)

O principal instrumento da política é a criação de uma lista de medicamentos que cobriria as principais necessidades, cuja responsabilidade pela distribuição e custeio é dividida entre União, Estados e Municípios.

Os medicamentos de alto custo são pagos pela União e distribuídos pelos Estados, assim como os de médio custo. Os medicamentos mais baratos e de uso básico têm a distribuição sob a responsabilidade dos Municípios, sendo seu custeio oriundo dos repasses que recebe para a política de saúde. A listagem baseia-se no uso da Denominação Comum Brasileira, identificando os medicamentos pelo seu princípio ativo e não pela marca comercial. Somente são listados medicamentos registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

(2) Política Nacional de Medicamentos, criada pela portaria 3916/98.

A inclusão na lista e a indicação de distribuição estão vinculadas à comprovação por evidência científica da eficácia do medicamento para a patologia para a qual foi prescrito. O Ministério da Saúde publica, para este fim, os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas.

Com relação a três dimensões da política pública, a cobertura é universal, pois atinge todos os cidadãos, os custos são arcados de forma dividida pelas esferas do Estado, mas não há escolha do cidadão – as opções de medicamentos são dadas pela política estatal.

A política caracteriza-se assim, tipicamente pelo fundamento em uma racionalidade entre meios e fins. O Estado custeia os medicamentos que considera eficazes, limita-se a fornecer a sua versão genérica e divide e hierarquiza a responsabilidade de custeio e distribuição entre os entes federativos. A discordância com os critérios adotados pelas autoridades estatais, no entanto, tem como saída a busca da interferência o Poder Judiciário.

RACIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

172

O papel do Poder Judiciário tem se alterado ao longo dos séculos. Se em um passado mais remoto os juízes eram concebidos como árbitros dos conflitos entre os particulares, provendo um terceiro desinteressado que aplicasse a justiça ou a lei do Estado ao caso particular, esta função evoluiu no constitucionalismo liberal para ter no Judiciário um protetor das liberdades do indivíduo contra o Estado. A ampliação do papel do Estado pela influência do keynesianismo e da social-democracia, presente em diversas constituições elaboradas nas últimas décadas, como a brasileira de 1988, segundo já referido, também afeta o papel dos juízes.

O neoconstitucionalismo, influenciado por idéias como as de Konrad Hesse, atribui ao Poder Judiciário não apenas uma função de solução de conflito interpartes na aplicação das normas jurídicas, mas de guardião de valores superiores. Conforme explica Stone Sweet (2002, p. 136):

Empirically, the move to a judicially enforceable constitutional law, replete with human rights (and positive rights) possessed of direct effect, did more than just undermine legislative sovereignty in a formal sense. The new constitutionalism created opportunities for a range of non-judicial actors to pursue their interests through the constitutional law, and made judges responsible for developing and exercising new powers of decisionmaking.

Assim, o juiz, quando decide o caso em que é solicitada a ação do Estado para a garantia de direitos de indivíduos, tende a considerar os valores envolvidos, mais do que as consequências práticas da decisão, que seriam da esfera administrativa.

Mais recentemente, pode-se destacar uma influência do constitucionalismo alemão nas decisões da Suprema Corte brasileira, particularmente nos votos do Ministro Gilmar Mendes.

Muitas decisões são sustentadas em princípios abstratos, como a “dignidade da pessoa humana”, que em suas diversas formulações remete para construções metafísicas e valores absolutos. A dignidade da pessoa humana remete a concepções de direito natural, seja oriunda do cristianismo, seja do racionalismo ético kantiano.

Neste caso, o fundamento do juiz é uma ética de convicção, de valores últimos. A racionalidade da decisão é uma racionalidade com relação a valores, uma vez que estes estariam sendo protegidos pela sentença.

Por outro lado, também está presente uma racionalidade com relação a fins; a sentença encerra o processo, ou o remete a uma instância revisora, desta forma encerrando o ciclo de tramitação cuja responsabilidade profissional cabe a este decisor.

Neste sentido, o decisor cumpre adequadamente a tarefa para qual foi preparado: atua como funcionário da máquina burocrática, garantindo a tramitação do expediente dentro da racionalidade legal e defende os valores sociais construídos em seu processo de socialização.

O modelo de atuação do Poder Judiciário dá pouca margem para qualquer ação de forma diferenciada. A proposição de transação de interesses entre as partes, quando uma delas é o Estado, pode ser interpretada como a negação aos valores e, portanto, eticamente inadequada.

O duplo grau de jurisdição favorece esta ação por parte dos juízes de primeira instância, uma vez que suas decisões serão confirmadas ou reformadas por uma instância superior, dividindo ou transferindo para estas a responsabilidade sobre as consequências.

Por outro lado, o ativismo judicial leva os juízes a atuarem com uma ética da convicção, sem uma preocupação com as consequências da aplicação de suas decisões. O judiciário distribui justiça, mas não precisa orçar seu custo.

Esta situação é constatada como um dos problemas relacionados às decisões pelo Poder Judiciário sobre políticas públicas, segundo Heineman et al. (2001, p. 163):

In addition to political obstacles to judicial policymaking, the forms and procedures of the judicial process itself limit the effectiveness of the courts. A lawsuit is a formal, often excruciatingly detailed process that limits a court

to the policy analysis in the judicial process. ...This narrow focus is reinforced by the natural tendency of judges, as the products of a particular kind of educational and socialization process, to think of issues in terms of rights rather than in terms of alternative ways of resolving complex problems and reconciling conflicting interests. The backgrounds of judges and the institutionalized focus of the judicial process encourage courts to think in terms of the apportionment of blame and the application of proper constitutional remedies at a time when they are being drawn into policy issues more appropriately dealt with in a broader, more flexible fashion.

Do ponto de vista do Poder Judiciário, a ética da responsabilidade está relacionada ao papel de decisor, não ao conteúdo da decisão. Há uma racionalidade com relação a fins, mas o fim é o encerramento do processo, não a solução do problema, que é transferida para uma instância executora que, em geral, é o poder executivo e não o judiciário. O conteúdo da decisão é fundado em uma racionalidade com relação a valores, com a perspectiva do juiz como o guardião dos valores constitucionais.

DECISÕES JUDICIAIS SOBRE PEDIDOS DE MEDICAMENTOS

174

Esta diferença de padrão de raciocínio torna-se mais destacada ao se analisar suas conseqüências sobre uma política particular sobre a qual há controvérsia sobre os limites de cobertura, como é o fornecimento de medicamentos.

Quando o medicamento prescrito para um determinado paciente não está incluído nas listas oficiais, seja por ter sido solicitada uma determinada denominação comercial, ou por não ter registro no Brasil, o Estado brasileiro recusa o seu fornecimento por via administrativa. O mesmo ocorre se a prescrição é para uma enfermidade diferente daquela para a qual o seu uso foi estabelecido nos protocolos clínicos.

Nestes casos, muitos pacientes solicitam a sua concessão pela via judicial. A posição favorável da maioria dos tribunais a estas ações - interpretando o direito à saúde previsto na Constituição Federal como um direito social auto-aplicável e universal, vinculado também à defesa da dignidade humana - contribuiu para a ampliação do número de ações na última década (MESSEDER; OSORIO-DE-CASTRO; LUIZA, 2005; BIEHL et al., 2009).

O padrão de argumentação encontrado nestas decisões judiciais pode ser exemplificado pela manifestação do Desembargador Francisco Moesch, do Tribu-

nal de Justiça do Rio Grande do Sul, em uma ação de pedido de concessão de medicamentos pelo Estado:

Cumpra salientar que, pela primeira vez em nossa história, uma Constituição trata expressamente dos objetivos do Estado brasileiro. E, ao fazê-lo, erigiu a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos como objetivos republicanos (art. 3º, I e III). De outra banda, ficou plasmado que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República. E, mais, o direito à vida (art. 5º, caput) é direito fundamental do cidadão.

Não é difícil ver-se que não haverá sociedade justa e solidária, tampouco bem comum, se desassistidos restarem aqueles que necessitam da proteção concreta e efetiva do Poder Público.

No artigo 196, a Constituição reza que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Esta norma não há de ser vislumbrada como apenas mais uma regra jurídica inócua e sem efetividade. A saúde é direito de todos, direito inalienável e subjetivo, sendo que, em paralelo, é dever do Estado; se este não age no amparo da diretriz traçada pela regra, o direito à saúde do cidadão não será, por isto, afetado.

Noutras palavras, é preciso que se aja visando a evitar que os princípios e fundamentos da República virem letra morta.³

Verifica-se, pela argumentação, a importância dada aos dispositivos gerais da Constituição, como a declaração dos objetivos da república e a indicação que cabe ao Judiciário agir para preservá-los.

Em igual sentido pode ser citada a manifestação da Desembargadora Denise de Oliveira César, também do TJ/RS:

O direito de acesso à saúde está previsto no art. 6º da Constituição Federal como um direito fundamental e, conquanto se constitua em um princípio, contém força normativa para atribuir direitos subjetivos à pessoa que necessita de medicamentos, exames ou procedimentos para a promoção, proteção e recuperação de sua saúde.

Nos termos do que prevê o art. 196, também da CF/88, o Estado deve instituir políticas públicas que sejam suficientes e eficazes para a promoção, proteção e recuperação da saúde da pessoa.

Incumbe ao Poder Judiciário determinar o cumprimento das prestações contidas nas políticas públicas que garantam acesso universal e igualitário aos serviços criados para atender ao dever do Estado e, também, realizar o exame da suficiência da política pública para assegurar o conteúdo mínimo de proteção que o princípio constante no direito fundamental de acesso à saúde exige.

(3) Relator. Des. Francisco José Moesch, Relator. Embargos Infringentes 11º Grupo Cível Nº 70042468132 17_6_2011 Santa Maria. (Rio Grande Do Sul, 2016)

Assim, nos casos em que a política pública se demonstra insuficiente ou ineficaz aos seus fins, é possível a sua revisão judicial com a concessão de medicação, exame ou procedimento não previsto.⁴⁵

Neste texto a julgadora apresenta o Poder Judiciário como órgão com a responsabilidade de avaliar e determinar correções em políticas públicas em que se tenha o entendimento que não cumprem o dever de acesso universal.

Estas decisões são compatíveis com a orientação seguida nos últimos anos pelo Supremo Tribunal Federal. Vejamos um exemplo da argumentação em uma ementa desta corte:

O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA⁶

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência e médico-hospitalar.

O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE

O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.⁷

(4) Apelação Cível - Vigésima Segunda Câmara Cível Nº 70043026947 Comarca de Sapucaia do Sul, Estado do Rio Grande do Sul - Apelante. Porto Alegre, 22 de junho de 2011. Des.^a Denise Oliveira Cezar, Relatora. (RIO GRANDE DO SUL, 2016)

(5) A natureza repetitiva das decisões pode ser verificada pela reprodução exata deste texto no Agravo de Instrumento Vigésima Segunda Câmara Cível Nº 70043584911 Comarca de Santiago Porto Alegre, 28 de junho de 2011, da mesma desembargadora. (RIO GRANDE DO SUL, 2016)

(6) Em maiúsculas no original

(7) Recurso Extraordinário 271.286 Relator Ministro Celso de Mello, 12 de setembro de

Esta argumentação, exposta pelo relator Ministro Celso de Mello em 2000, em uma decisão sobre a concessão de medicamentos para AIDS, foi utilizada, com as mesmas palavras, em 2006⁸ pelo mesmo Ministro em um caso sobre medicamentos para Esquizofrenia, sendo citada como fundamento em relatórios de decisões de outros casos dos Ministros Cezar Peluso⁹ e Carlos Velloso¹⁰.

É interessante notar que, embora o texto constitucional seja da década de 1980, as ações judiciais de pedidos de medicamentos tornaram-se um fenômeno de massas na última década, a partir de uma mobilização que começou na metade dos anos 1990, de pedidos de pacientes portadores de HIV em busca dos novos medicamentos disponíveis no mercado, e atinge hoje milhares de ações em todo o país, com pedidos incluindo desde os medicamentos mais caros ou experimentais, para tratamento de câncer ou hepatite, até os básicos, de baixo preço, como ácido acetilsalicílico.¹¹

Ao avaliar o caso e a política pública existente, as decisões¹² levam em conta um parâmetro de valor – os princípios constitucionais, para declarar uma cobertura universal da política de saúde e o direito de escolha do requerente pelo medicamento não fornecido pelo Estado, baseado na autonomia do médico prescritor. Os argumentos em geral envolvem a defesa do direito à vida, da dignidade humana e do direito à saúde. Em geral o custo do fornecimento não é analisado pelas decisões, uma vez que se trataria de argumento utilitário, que seria incompatível com os valores constitucionais.

As decisões judiciais tendem a reconhecer a solidariedade entre os entes estatais, não aceitando o argumento da divisão de responsabilidades prevista pela política para isentar um determinado ente do fornecimento de um medicamento cuja responsabilidade seria de outro.

2000(BRASIL, 2015).

(8) Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 393.175 Relator Ministro Celso de Mello, 122 de dezembro de 2006. (BRASIL, 2015).

(9) Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 534.908 Relator Cezar Peluso, 11 de dezembro de 2007. (BRASIL, 2015).

(10) Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 486.816-1 Relator Carlos Velloso, 12 de abril de 2005 (BRASIL, 2015).

(11) Um estudo sobre o caso do Rio Grande do Sul constatou a abertura de quase 10 mil novas ações por ano conta o Estado. (GONZÁLEZ, PICON e BIHEL, 2010)

(12) Aqui se leva em conta também as informações obtidas pelo Projeto de Pesquisa “Criação da Primeira Corte Brasileira de Acesso Judicial a Medicamentos no Rio Grande do Sul”, coordenado por Paulo Dornelles Picon, desenvolvido por colaboração entre o Hospital de Clínicas de Porto Alegre e o Governo do Estado do Rio Grande do Sul, por meio da Secretaria Estadual da Saúde e Procuradoria Geral do Estado, contando com a colaboração e financiamento da Universidade de Princeton e financiamento da Fundação Ford.

Se considerarmos que o grande volume de decisões e a alta taxa de sucesso dos autores dos processos configura uma alteração do modelo da política pública, com relação às três dimensões referidas, a cobertura ainda é universal, pois atinge todos os cidadãos, porém os custos são arcados pela esfera do Estado (União, Estado ou Município), condenada no procedimento, e passa a haver escolha do cidadão (por meio de seu médico), pois as opções de medicamentos não são limitadas pela política estatal.

A política caracteriza-se assim, tipicamente pelo fundamento em uma racionalidade com relação a valores. O Judiciário determina que o Estado custeie os medicamentos que o prescritor solicitou, baseado nos princípios constitucionais de uma proteção universal do direito à vida e à saúde, não aceitando restrições ou divisão de responsabilidades de distribuição entre os entes federativos.

CONCLUSÕES

O modelo político de Estado contemporâneo tem incluído um gama cada vez maior de prestações sociais aos cidadãos, garantidas pela previsão nos textos constitucionais. Se no passado a previsão constitucional era interpretada como uma declaração de princípios políticos direcionados ao futuro (normas programáticas), hoje cada vez mais são interpretadas como direitos subjetivos exigíveis por qualquer cidadão (normas auto-aplicáveis).

Estas prestações tendem a ser operacionalizadas por meio de políticas públicas. A execução destas políticas públicas envolve compromisso entre três dimensões: cobertura, custo e escolha. Para que seja possível controlar os custos de execução das políticas, pelo menos um dos outros dois fatores deve ser controlado. Se a política é universal, isto é, acessível a todos, o Estado tem de delimitar o tipo de prestação que oferece. Se o padrão de prestação não pode ser limitado, seria necessário criar critérios de elegibilidade, limitando o acesso.

Esta lógica de produção das políticas públicas tem sido cada vez mais dominante, na medida que a crise fiscal dos Estados de bem-estar demonstrou ser impraticável a longo prazo a universalidade de elegibilidade associada a prestações não limitadas. Assim, a racionalidade com relação a fins passou a dominar a racionalidade com relação a valores no processo político, com a fundamentação na ética da responsabilidade.

No entanto, paralelamente tem se dado o processo de judicialização da política, com a influência do ativismo judicial oriundo do neoconstitucionalismo. No

caso brasileiro o Poder Judiciário tem decidido, com base na interpretação dos dispositivos da Constituição, pela universalidade de acesso às políticas sociais nela previstas, mas também pela não limitação na escolha das prestações colocadas à disposição do cidadão, em casos como os que envolvem a política de saúde, por exemplo, no fornecimento de medicamentos ou no acesso a procedimentos médicos de alto custo.

Neste caso, tendo em vista que as decisões se referem aos casos individuais, a análise do custo não faz parte do processo decisório, argumentando-se que a vida humana não tem preço. As decisões tipicamente se orientam por uma racionalidade com relação a valores, como a dignidade da pessoa humana, que não poderiam estar sujeitos a negociação. São, portanto, vinculadas a uma ética da convicção.

Conforme observado por Heinmann et al. (2001), os procedimentos judiciais em geral e a racionalidade dos juízes em particular não se prestam à solução de conflitos negociada e adaptativa, típica dos processos políticos como a formulação de políticas públicas.

Porém, ao se tornarem repetitivas e em grandes volumes, estas decisões tornam-se uma forma indireta de formulação de políticas públicas, baseada exclusivamente na racionalidade com relação a valores e como resultado compósito não planejado nem necessariamente desejado de centenas ou milhares de decisões individuais (ainda que, ao final, os casos tenham seu resultado final delimitado pelo STF, até sua decisão a validade de liminares pode durar anos) de juízes que nem ao menos se conhecem.

Conforme conclui Stone Sweet (2002 p. 129):

Ordinary judges today regularly use the techniques of constitutional law adjudication to manage the problems that confront them in their workplace. Judges may even be using such techniques to enhance their own policy-making authority, vis-à-vis legislatures and constitutional courts. The brute empirical reality is that parliaments have lost their implied monopoly on law-making, constitutional courts today share their authority to interpret the constitution, and ordinary judges—certainly not slaves to the codes—participate in constitutional politics.

O problema, de outro lado, é que a administração pública, acobertada pelo discurso da racionalidade com relação a fins e a um suposto compromisso com o equilíbrio fiscal, não faz o menor esforço para aproximar as prestações sociais disponíveis de um mínimo razoável, transferindo a responsabilidade da intervenção para a solução dos casos mais graves para o Poder Judiciário. Assim, não é o administrador do sistema de saúde, ao final, que decide qual paciente vai viver ou morrer, na falta da capacidade de atender a todos, mas o juiz que concede ou não a liminar ou o advogado mais ágil na busca do cumprimento do mandado judicial.

A sobrevivência de políticas públicas racionais e efetivas exige uma reconciliação entre os dois padrões de racionalidade, de valores e fins, com um balanceamento entre a ética da responsabilidade e a ética da convicção. Este balanceamento tem de ser feito em ambos os poderes do Estado para ser efetivo. Do contrário, o acesso universal às políticas públicas praticadas pelo Poder Executivo poderá ser garantido pelo Poder Judiciário, mas será o universal particularizado ao pequeno universo daqueles que tem acesso à justiça, uma outra política pública com déficit de atendimento para o qual ainda não se encontrou uma solução pela via judicial.

REFERÊNCIAS

BIEHL, J.; et al. Judicialization of the right to health in Brazil. **Lancet**; 373:2182-4, 2009.

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. *Política Nacional de Assistência Farmacêutica*, 2010. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/resol_cns338.pdf> Acessado em: 30 de julho de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudencia. In: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acessado em 10/04/2015.

BRESSER PEREIRA, Luis Carlos. A reforma do Estado nos anos 90: lógica e mecanismos de controle. In: **Cadernos do MARE** n. 1. Brasília, MARE, 1997.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 12, n. 34, pp., 1997.

DYE, Thomas. **Understanding Public Policy**. New Jersey: Prentice-Hall, 1987.

GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. **Democracia e conselhos de controle de políticas públicas** - uma análise comparativa. Tese de Doutorado defendida no Programa de Pós-Graduação em Ciência Política -UFRGS. Porto Alegre: UFRGS, 2000.

GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf; PICON, Paulo Dornelles; BIEHL, João. **Metodologia quantitativa na análise de ações judiciais de pedidos de medicamentos: O caso do Rio Grande do Sul**. Anais do 34º Encontro Anual da ANPOCS, 2010.

HEINEMAN, Robert A. et al. **The World of the Policy Analyst** - Rationality, Values, and Politics. New York: Seven Bridges Press, 2001.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. **A invasão do direito** – a expansão jurídica sobre o Estado, o mercado e a moral. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

MESSEDER, Ana Márcia; OSORIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa; LUIZA, Vera Lucia. Mandados Judiciais como Ferramenta para Garantia do Acesso a Medicamentos no Setor Público: a Experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. **Cad. Saúde Pública**, vol.21, n.2, pp. 525-534, 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Jurisprudência. In: <http://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/>. Acesso em 20/03/2016.

STONE SWEET, Alec. **Governing with judges** – Constitutional politics in Europe. Oxford: Oxford University Press, 2002.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: University Press, 1995.

VIANNA, Luiz Werneck; et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WEBER, Max. **Ciência e política duas vocações**. São Paulo: Cultrix, 1981.

WEBER, Max. **Economia y Sociedad**. México: Fondo de Cultura, 1984.