

**C) Controle**

***C) Control***



# A (DES)JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE A PARTIR DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE

---

## (DE)-JUDICIALIZATION OF HEALTH PUBLIC POLICY IN LIGHT OF THE FRATERNITY PRINCIPLE

**CLARA CARDOSO MACHADO JABORANDY**

Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós-Graduada em Direito Público pela Uniderp. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Professora do Mestrado em Direitos Humanos da UNIT e de cursos de graduação e pós-graduação da UNIT, Ciclo Renovando Conhecimentos e EJUSE. Coordenadora do grupo de pesquisa "Direitos fundamentais, novos direitos e evolução social", presente no diretório do CNPQ. Advogada militante em Direito Público. Vice-presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB/SE. claracardosomachado@gmail.com

**SANDRA REGINA MARINI**

Pós-Doutora em Direito pela Roma Ter e Pós-Doutora em Políticas Públicas pela Universidade de Salerno. Doutora em Evoluzione dei Sistemi Giuridici e Nuovi Diritti pela Università Degli Studi di Lecce. Mestre em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pós-Graduada em Ciências Sociais pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1983). Pesquisadora em Produtividade 2 CNPq. Professora do Centro Universitário Ritter dos Reis (Uniritter). Professora visitante no programa de pós-graduação em Direito da UFRGS (PPGD). Avaliadora do Basis do Ministério da Educação e Cultura e do Basis do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. Parecerista *ad hoc* CNPq e CAPES. Conferencista no Brasil e no exterior. Advogada. srmvial@terra.com.br

Data de recebimento: 17.10.2017

Data de aprovação: 07.11.2017

**ÁREAS DO DIREITO:** Administrativo; Direitos Humanos

**RESUMO:** O objeto de discussão deste artigo centra-se na análise da desjudicialização da política pública a partir do princípio da fraternidade. Apresenta-se, inicialmente, a perspectiva da desjudicialização da política pública enquanto fenômeno necessário na contemporaneidade. Após, serão feitas algumas considerações sobre a frater-

**ABSTRACT:** This article focuses on the analysis of the de-judicialization of public policies in light of the fraternity principle. Initially, the perspective of de-judicialization of public policies as a necessary phenomenon of contemporaneity is explored. Then, some considerations about fraternity from a constitutional-legal point of view are

nidade em um viés jurídico-constitucional. Ao final, com o intuito de conferir funcionalidade à teoria, discorre-se sobre a desjudicialização da saúde como alternativa a sua efetivação, a partir do princípio da fraternidade como forma de criar uma estrutura dialógica apta a enxergar as necessidades públicas e construir as políticas públicas de saúde adequadas à realidade local. Para tanto, serão utilizados os dados obtidos com as pesquisas realizadas no Grupo de Pesquisa "Direitos Fundamentais, Novos Direitos e Evolução Social". Ademais, serão utilizadas as técnicas típicas da metodologia de pesquisa indutiva e descritiva com o auxílio dos instrumentos de pesquisa típicos de uma pesquisa descritiva, quais sejam, o levantamento, a revisão e o fichamento bibliográfico documental/legal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Desjudicialização – Política pública – Fraternidade.

made. Finally, in order to verify the functionality of the theory, the de-judicialization of health as an alternative for its realization is explored in light of the fraternity principle as a means to create a dialogic structure that brings to light the public needs and builds health public policies adequate to the local reality. In order to do so, data obtained from the inquiries carried out by the Group of Inquiry "Basic Rights, New Rights and Social Evolution" will be used. Besides, the typical techniques of inductive and descriptive inquiry methodology will be used aided by the typical instruments of descriptive research, such as the preparing and reviewing the legal/documental bibliographic information.

**KEYWORDS:** De-judicialization – Public policy – Fraternity.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. (Des)judicialização da política pública. 3. O princípio da fraternidade e a desjudicialização da política. 4. A desjudicialização da política pública de saúde. 5. Considerações finais. 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

*[...] perchè non possiamo fare tutto quello che possiamo fare? Cioè, qual è il limite ad una attività, ad una poiesis, ad un 'fare' della nostra vita quotidiana e qual è la sua legittimazione? Perchè ci sono due termini di riferimento del 'possiamo'? E quali sono le nostre capacità di porre limiti al poter fare tutto quello che possiamo fare? (RESTA, 2008)*

Na sociedade atual, a possibilidade de edificar paradoxos se dá através da técnica que, ao mesmo tempo em que reduz os paradoxos, incrementa-os. Assim também opera o Direito Fraternal (RESTA, 2004), pois, se por meio da técnica pode se estabelecer, ao mesmo tempo encontra dificuldades para sua implementação, já que esse propõe, no seu projeto, uma codivisão e uma inclusão universal.

Pode ser feito o que se faz? Essa é a pergunta sempre formulada pelo autor, e a resposta apresenta-se cada vez mais complexa. Um dos caminhos para

pensar se efetivamente se pode fazer o que se faz sem matar, sem violência, é certamente o caminho que leva ao retorno para o conceito anacrônico de fraternidade e, no presente caso, o Direito Fraternal pretende fornecer uma nova hipótese de análise do direito, fundamentada em pressupostos relacionados à quebra da obsessão da identidade, ao jurar, conjuntamente ao cosmopolitismo, a amizade, a não violência e a paz. Como afirma Mahatma Karamchand Gandhi (1996), a paz não é uma nova via, mas é a única via para a construção de outro mundo possível<sup>1</sup>.

O direito à saúde é fruto de várias lutas sociais, é fruto do eterno questionamento se podemos fazer tudo o que fizemos? Um dos caminhos encontrados na década de 1990 para a efetivação desse direito foi a judicialização. Hoje, temos clareza de que a judicialização da política não resolveu o problema da eficácia dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, e ainda instigou a necessidade de repensar o fenômeno e a apresentar como alternativa à concretização do direito, a desjudicialização.

Este artigo pretende, portanto, com base nos resultados provenientes das pesquisas desenvolvidas pelo Grupo de Pesquisa “Direitos Fundamentais, Novos Direitos e Evolução Social”, demonstrar que a desjudicialização da política pública a partir do princípio jurídico da fraternidade pode ser uma alternativa à concretização do direito à saúde, através de políticas públicas.

Nesse sentido, em um primeiro momento, apresenta-se a perspectiva da desjudicialização da política pública enquanto fenômeno necessário na contemporaneidade. Após, tecem-se algumas considerações sobre a fraternidade em um viés jurídico-constitucional. Ao final, com o intuito de conferir funcionalidade à teoria, discorre-se sobre a desjudicialização da saúde como alternativa a sua efetivação, a partir do princípio da fraternidade como forma de criar uma estrutura dialógica apta a enxergar as necessidades públicas e construir as políticas públicas de saúde adequadas à realidade local.

Para tanto, destaca-se que, como metodologia aplicada à pesquisa, utilizou-se, inicialmente, do método de pesquisa denominado de indutivo, uma vez

- 
1. Sobre a não violência afirma Gandhi: “Io approvo la completa non-violenza e la considero possibile tra uomo e uomo e tra nazione e nazione ma questa non è «una rinuncia ad ogni lotta contro l'inguistizia». Al contrario, nella mia concezione la non-violenza è una lotta contro l'inguistizia più attiva e più concreta della ritorsione, il cui effetto è solo quello di aumentare l'inguistizia. Io sostengo una opposizione mentale, e dunque morale, all'inguistizia [...]” (GANDHI, Mohandas Karamchand. *Teoria e pratica della non-violenza*. Trad. Fabrizio Grillenzoni e Silvia Calamandrei. Einaudi, 1996. p. 7).

que entre as perspectivas de trabalho foram utilizadas: a identificação do processo de judicialização das políticas públicas, a abrangência do direito quando envolto na seara das políticas públicas, a observação do processo de construção conceitual do princípio jurídico da fraternidade e a sua aplicação na área das políticas públicas. Posteriormente, após o encontro da premissa geral, possibilitada pelo método anteriormente descrito, se utilizou o método descritivo, uma vez que o raciocínio parte de uma premissa geral e volta-se para uma situação particular descrita através da revisão bibliográfica e documental, qual seja, o de verificar o processo de (des)judicialização das políticas públicas na área da saúde.

Quanto aos procedimentos, pode-se dizer que na pesquisa em questão foram utilizadas as técnicas provenientes dos tipos de pesquisas bibliográfica e documental, visto que foram utilizadas as técnicas de revisão e fichamento bibliográfico em doutrinas e documentos especializados, a exemplo de relatórios oficiais, de modo a possibilitar a consecução dos objetivos anteriormente expostos.

## 2. (DES)JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA

*O direito deve ser falado. Deve ser encontrado e falado. Aquele que fala o direito, exercita um poder sobre o mundo: o poder de efetuar uma distinção* (DE GIORGI, 2006, p. 175).

Ao longo do processo evolutivo observamos que os sistemas sociais foram se diferenciando e se especializando. O sistema do direito<sup>2</sup> passa a ser diferente da política, da religião, da educação e de todos os demais sistemas sociais, porém essa diferença não é distanciamento, mas é a possibilidade do direito contribuir com os demais sistemas sociais. O mesmo ocorre para qualquer outro sistema. A Teoria Geral dos Sistemas Sociais identifica que essa sociedade é

- 
2. No livro *Il diritto vivente*, destaca Eligio Resta: “A identidade do direito, portanto, está toda na aposta de sua diferença em respeito a todos os outros sistemas (da moral, da religião, da economia, da ciência e assim por diante) e assim ele sobrevive se a sua linguagem é diferente das outras. Perde identidade caso se confunda com as outras linguagens, com os outros códigos, com os outros sistemas. Significa que as escolhas ‘normativas’ do direito, sempre cognitivamente abertas, poderão tão-somente investir sobre os próprios códigos; também, senão, sobretudo, quando estão em jogo ‘âmbitos’ possíveis como o corpo, a vida, o *bios*” (RESTA, Eligio. *Il diritto vivente*. Bari: Gius, Laterza e Figli, 2008. p. 66).

---

JABORANDY, Clara Cardoso Machado; MARINI, Sandra Regina.

A (des)judicialização da política pública de saúde a partir do princípio da fraternidade. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*. n. 4. ano 2. p. 115-132. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2018.

uma rede ou uma malha de comunicação, em que cada sistema opera de modo fechado, mas é cognitivamente aberto. Os sistemas parciais operam através da comunicação especializada, o que permite que cada sistema tenha uma função específica que o diferencia e ao mesmo tempo aproxima de outros sistemas sociais. Por exemplo, a função do sistema da política é tomar decisões coletivamente vinculantes, enquanto que a função do sistema do direito é manter estáveis as expectativas jurídicas.

A crescente importância do Poder Judiciário na mediação das relações sociais deu guarida ao fenômeno da judicialização da política. Judicialização significa que questões de grande repercussão social estão sendo decididas pelo Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais (Poder Legislativo e Poder Executivo).

O fenômeno comporta múltiplas causas. Voltando os olhares para o ordenamento jurídico pátrio, a força normativa da Constituição seguida da constitucionalização abrangente, a expansão da jurisdição constitucional e a ineficiência dos Poderes Legislativo e Executivo, foram causas seminais para a judicialização.

A percepção de Gunther Teubner sobre direito como sistema autopoietico serve de paradigma para a compreensão da Judicialização da política (TEUBER, 1989)<sup>3</sup>. Segundo o autor, o direito é um subsistema social autopoietico aberto, que se comunica com outros sistemas (econômicos, religiosos, políticos etc.), aumentando, cumulativamente, sua relação circular, de forma gradativa, gerando um hiperciclo (TEUBER, 1989).

O fenômeno da juridificação foi observado pelo autor na Europa no período do *Welfare State*, em que se notava uma interferência da realidade externa no sistema jurídico. As transformações da sociedade refletiam na evolução do sistema autopoietico do direito (TEUBER, 1989).

- 
3. As bases da teoria de Gunther Teubner, advêm de uma reflexão profunda e crítica do modelo de sistema proposto pelo sociólogo Niklas Luhmann, que vislumbrou o direito como um sistema autorreferencial fechado. Para Gunther Teubner o “Direito retira a sua própria validade dessa auto-referência pura, pela qual qualquer operação jurídica reenvia para o resultado de operações jurídicas. Significa isto que a validade do Direito não pode ser importada do exterior do sistema jurídico, mas apenas obtida a partir do seu interior. Nas palavras de Luhmann, “não existe direito fora do direito, pelo que sua relação com o sistema social, o sistema jurídico, não gera nem *inputs* nem *outputs*” (TEUBER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989, p. 2).

Ocorre que a interferência abusiva do Judiciário em questões políticas desestabiliza o próprio sistema e inviabiliza a concretização de inúmeros direitos sociais, de caráter eminentemente coletivo e não individual.

Essa afirmação decorre da tentativa de enfatizar a necessidade de concretização de um direito fundamental social, baseado no princípio da fraternidade, que implica na necessidade de ir além, muitas vezes, do direito individual para garantir o direito de todos (MARTINI, 2010).

Existem divergentes avaliações a respeito da repercussão do papel invasivo do direito nas instituições políticas. Há um eixo procedimentalista, em defesa de um Judiciário com poderes mais limitados<sup>4</sup>, e um eixo substancialista que preconiza uma participação mais efetiva do Judiciário nas democracias contemporâneas.

O contexto sociopolítico do Brasil, coordenado por uma Constituição Dirigente<sup>5</sup>, permitiu o redimensionamento do papel do Judiciário, com a consequente judicialização da política, mas essa intervenção deve ser excepcional e deve focar na natureza coletiva dos direitos materializados através de políticas públicas. Ademais, o Judiciário não pode se furtar ao diálogo e decidir unilateralmente no tocante a políticas públicas.

Observa-se que, não obstante a difusão de procedimentos judiciais em campos de deliberação política, ainda não existe um comportamento amplo do Judiciário no sentido de concretizar, com razoabilidade, direitos sociais, em detrimento de determinadas políticas governamentais. Tal fato decorre, entre outros motivos, pela insuficiência da capacidade institucional do Judiciário, que não dispõe de informações técnicas necessárias para avaliar o impacto de suas decisões. Necessário, portanto, avaliar se o fenômeno inverso, ou seja, o da desjudicialização não seria uma alternativa viável a concretização desses direitos.

- 
4. A corrente procedimentalista é defendida, entre outros autores, por Junger Habermas e Niklas Luhmann. Cf. HABERMAS, Jünger. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneicher. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.
  5. “Nitidamente, a nossa Constituição Federal é dirigente, já que objetiva uma mudança social, indo além de representar um simples elenco de instrumentos de governos. Percebe-se esta característica, pois ela apresenta inúmeros programas/metastas a serem atingidos pelo Estado e pela sociedade (MARTINI, Sandra Regina; OLIVEIRA, Christiano Augusto Seckler de. O direito à saúde e os determinantes sociais. *Revista da Defensoria Pública*, ano 1, n. 1, Edição Especial Temática sobre Direito à saúde, v. 2, jul.-dez. 2008. p. 284-285).

Ao se lançar um olhar sobre a realidade nacional, verifica-se que a judicialização da política, em temas como saúde e educação, por exemplo, não conseguiu dar uma resposta efetiva à sociedade. Deve-se reconhecer que, na solução de questões que envolvem política de Estado ou de Governo, é mister oportunizar às partes envolvidas no tratamento do conflito de forma extrajudicial, através da mediação e do diálogo.

A desjudicialização permitirá o debate da sociedade nas questões políticas democratizando a interpretação constitucional<sup>6</sup> e permitindo o melhor tratamento do litígio, na medida em que é um fenômeno contrário à judicialização que prioriza tratamentos alternativos e dialógicos para litígios de políticas públicas.

### 3. O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE E A DESJUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

*El vivir democrático es una obra de arte, no tiene que ver con eficiencia, no tiene que ver con la perfección, tiene que ver con el deseo de una convivencia en la fraternidad. Hay toda clase de argumentos que se usan para negar la convivencia democrática pero si no comprendemos que tiene que ver con los deseos y que vamos a vivir en democracia en tanto queramos vivir en democracia, sino es así, nunca vamos a vivir en democracia. (MATURANA, 1995)*

O estudo da fraternidade, enquanto princípio jurídico,<sup>7</sup> é uma exigência da contemporaneidade em face da constatação da necessidade de uma teoria que se encarregue das lutas por reconhecimento, da afirmação de identidades coletivas

---

6. Segundo Peter Harbele a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Dessa maneira “é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as potências públicas (HARBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição.* Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 14).

7. Na percepção de Eligio Resta “o direito, e este é o nosso tema, apresenta-se por sua vez como um grande campo de observação: quanto mais se quer o reduzir a uma dimensão unitária e monologante, tanto mais se dá conta das tantas outras coisas que ele é e as tantas ‘práticas’ sociais que representa; em regra as mais contraditórias. Por todos, um exemplo. Quanto mais, quase cartesianamente, os códigos modernos falam da integridade do corpo, tanto mais se assiste a um processo de decomposição progressiva das ‘partes’ do corpo, que podem ser doadas, na prática vendidas, reduzidas a objeto de *commodification*” (RESTA, Eligio. *Il diritto vivente.* Bari: Gius, Laterza e Figli, 2008, p. 43).

e da inclusão do “outro” no Estado Democrático de Direito (HABERMAS, 2002, p. 230). Essa busca de reconhecimento é mal compreendida, ou mesmo rejeitada, pelos que são inspirados por uma visão solipsista, intelectual e voluntarista da identidade individual, mas encontra respaldo nas sociedades democráticas e no constitucionalismo contemporâneo.

Em verdade, fraternidade é princípio jurídico que tem, essencialmente, quatro funções: função de equilíbrio entre liberdade e igualdade, função de reconhecimento, desveladora de paradoxos e função interpretativa (MACHADO, 2017). Destaca-se, para esse artigo, a função de reconhecimento da fraternidade que explicita a alteridade e a intersubjetividade no direito<sup>8</sup>, impondo-se do sujeito de direito um olhar para o outro, o respeito às diversidades numa sociedade multicultural (processo de inclusão), o espírito de tolerância, de compreensão mútua e de solidariedade.

Para reconhecer o outro, é necessário, antes, identificar-se consigo mesmo porque “a personalidade só começa quando o sujeito tem consciência de si” (HEGEL, 1997, p. 41). A fraternidade então se constitui em processo dialético entre consciência e liberdade. Ou seja, a consciência guia a liberdade para o exercício da fraternidade no sistema jurídico<sup>9</sup>.

A fraternidade se apresenta de forma dialética integrada com a possibilidade do ser em comunhão com o outro numa perceptiva formada a partir da alteridade (ANDRADE, 2010) como dado fundamental para a concretização de direitos. Para tanto, revela a consciência de si e do outro possibilitando perceber a unidade constitucional existente nos direitos fundamentais que giram em torno da dignidade humana.

A reestruturação da ordem econômica e social em face da modernidade líquida, para utilizar a expressão de Bauman (2003), faz com que a contemporaneidade

---

8. Seguindo mais uma vez os ensinamentos de Eligio Resta: “A ‘vida’ do direito portanto é um grande recipiente no qual se vertem todas as semânticas influentes que a linguagem do tempo sedimenta, alargando e restringindo, enfatizando ou dissolvendo caracteres particulares da experiência jurídica. Em todo caso, porém, pode-se concluir, a vida do direito se constitui sempre como ‘irreducibilidade’ da experiência” (RESTA, Eligio. *Il diritto vivente*. Bari: Gius, Laterza e Figli, 2008. p. 27).

9. Como indica Maria Inês Chave de Andrade, a razão fraterna está “articulada por meio de um conjunto de princípios e ideias segundo as quais pensamos o mundo, sendo antes a realidade profunda das coisas, a essência do próprio ser” (ANDRADE, Maria. *A fraternidade como direito fundamental entre o ser e o dever ser na dialética dos opostos de Hegel*. Coimbra: Edições Almedina, 2010. p. 136).

necessite de novos paradigmas culturais e constitucionais que possibilitem a concretude dos direitos fundamentais.

Ao descrever as relações sociais, Bauman (2003) assinala como a cultura condiciona as interações humanas e auxilia o modo de percepção da complexidade social em que a função jurisdicional está imersa. A construção garantista, por exemplo, assinala o movimento de ideias entre política e direito em face da ordem democrática.

A reconfiguração constitucional do garantismo, na sua expressão máxima, manifesta na teoria garantista de Luigi Ferrajoli (2010), redimensiona as relações entre direito subjetivo e estrutura normativa garantidora dos direitos fundamentais e possibilita inserir, nesse trânsito de ideias, a dialética da fraternidade.

Desse modo, observa-se na ordem social em que tais direitos se encontram instituídos o papel fundamental do Poder Judiciário na esfera constitucional. Nesse contexto, Ferrajoli atenta para os aspectos da judicialização de forma que a garantia da jurisdição constitucional tem seu caráter integrado aos problemas sociais no contexto de aplicação dos direitos fundamentais.

Apesar disso, conforme sublinhado no tópico anterior, quando se trata de questão de políticas públicas, não se pode afastar a importância da participação das partes no tratamento do conflito para construção da melhor resposta para o problema apresentado, apresentando-se a desjudicialização como uma alternativa possível, numa perspectiva voltada para o princípio da fraternidade.

Retomando a ideia de cidadania, pode-se inferir, via consciência fraterna, um direcionamento possível para o constitucionalismo contemporâneo aos moldes da precursora via italiana do paradigma garantista de Ferrajoli (2010) incorporando o caráter específico da fraternidade. Para tanto, observa-se que as premissas implícitas na esfera constitucional brasileira que alicerçam o princípio da fraternidade encontram-se desde já descritas a partir do preâmbulo Constitucional perfazendo uma linha de continuidade de sentido histórico e jusfilosófico entre a ideia fraterna e a democracia constitucional.

Assim, o projeto fraterno assume conteúdo referencial para uma hermenêutica dos direitos fundamentais ressoando como uma expansão dos conteúdos humanistas compondo, em certa medida, uma teoria garantista no sentido em que se entende como fraternidade uma perspectiva deontica dentro do quadro da democracia constitucional.

Desse modo, a questão fraterna ocupa nova forma paradigmática no sistema organizacional das sociedades contemporâneas posto que transforma o

ambiente da administração da justiça através da gestão dos conflitos intersubjetivos pelas próprias partes, já que resgata a consciência da alteridade dentro da esfera dialética como passo necessário para a equação fraterna, realizando as dimensões dos direitos fundamentais e atualizando-os às práticas concretizadoras das democracias constitucionais.

Não se trata de construir uma nova normatividade, mas de atualizar as garantias constitucionais dentro do modelo fraterno retomando a tradição histórica garantista, revitalizando o conteúdo jurídico da liberdade, igualdade e fraternidade. Como salienta Andrade (2010, p. 30), desde a Constituição Francesa de 1791 e posteriormente em 1848, a dimensão tridimensional dos direitos do homem se fez presente na trajetória das liberdades fundamentais. Tais direitos encontram-se imersos na ordem internacional que reafirma a necessidade do respeito à dignidade humana.

Dessa forma, a questão fraterna trata através da desjudicialização a dificuldade de integração dos grupos sociais, de modo que a fraternidade no direito percorre distintos níveis e dimensões sociojurídicas, no plano interno e externo, integrando distintos âmbitos do conhecimento, entre os quais o aspecto epistemológico, político e constitucional.

Diante da estrutura do ordenamento jurídico brasileiro, as pretensões de validade e eficácia dos direitos fundamentais à luz da fraternidade renovam a condição de coerência e integridade do sistema jurídico renovando as formas e procedimentos de tratamento de conflitos.

Dentro desse panorama civilizacional da fraternidade reestruturaram-se as origens contratualistas com ênfase nos princípios ético-políticos até as dimensões da fraternidade contemporânea exercendo, de forma atual, uma atitude crítica à cultura jurídica de litígio, revisitando os paradigmas neojusnaturalistas e neopositivistas no intuito de ser vetor de efetivação das garantias fundamentais. Assim, o modelo teórico da fraternidade do direito está em permanente transformação sendo um constructo constitucionalista.

Nesse contexto, a dialética da fraternidade incorpora as realidades psicoculturais das práticas sociais na medida em que contém em si mesma o exercício da cidadania. Disso resulta a ampliação de horizontes da práxis jurídica através da compreensão dos artefatos produtores da legitimidade no contexto da inter-relação entre o sistema constitucional normativista e o constitucionalismo democrático.

A Lei 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o Código de Processo Civil, por exemplo, dialoga com o princípio da fraternidade ao estimular, de diversas maneiras, formas consensuais para tratamento dos conflitos, como

ocorre na mediação e conciliação em que deve haver um reconhecimento recíproco das partes e uma solução pacífica do litígio.

Da mesma forma, a Lei 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e a auto-composição de conflitos no âmbito da administração pública deve ser orientada pela fraternidade de modo a alcançar o tratamento do conflito.

#### 4. A DESJUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE

*De produto da “vida” o direito se torna o regulador da própria vida: às vezes com timidez, outras vezes com certo delírio de onipotência, terminando por se confundir com a técnica, outras vezes se subtraindo silenciosamente às suas tarefas, sem saber que, antes ou depois, a história estará pronta descobri-la.* (RESTA, 2008, p. 3)

*Diante das transformações sociais, que enfatizam princípios humanistas do cooperativismo e da responsabilidade ética nas relações jurídicas com aplicação do princípio da fraternidade, pode-se afirmar que a desjudicialização do direito à saúde é uma alternativa à efetivação do direito? O direito de produto da vida se torna regulador da própria vida?*<sup>10</sup>

Pretende-se, portanto, neste último tópico traçar algumas considerações sobre a aplicação da fraternidade como princípio que tem a potencialidade de orientar a desjudicialização do direito à saúde, a partir da utilização de práticas mediadoras e da própria aplicação do princípio da fraternidade.

- 
10. Qual é então a outra maneira de pensar em respeito à potência ilimitada, esta máquina auto-desejosa da tecnologia? Pode ser a ética, ou a economia, ou o direito; cada um destes a seu modo afirma que não podemos fazer aquilo que podemos fazer? Se o código da tecnologia é aquele do “poder fazer” aquilo que, com uma eloquente tautologia, a mesma tecnologia pode fazer, medindo-se exclusivamente com as suas próprias possibilidades, que são sempre meramente provisórias e, de seu ponto de vista, cumulativamente progressivas, dever-se-ia pretender a partir dos outros códigos se poder regular, interromper, controlar o “poder fazer”. A economia o faria de seu ponto de vista, a ética e o direito dos seus. Se houvessem exclusivamente antagonismos e antiteticidades se deveria então pretender que, por exemplo, o direito ou a ética se colocassem como potências simetricamente opostas, mas somente mais fortes de que a própria tecnologia. Para tanto deveriam simplesmente se pensar, e ser, mais “poderosas” que esta (RESTA, Eligio. *Il diritto vivente*. Bari: Gius, Laterza e Figli, 2008. p. 73).

Inicialmente, deve-se compreender que na conjuntura do constitucionalismo contemporâneo, aqui identificado como constitucionalismo fraterno (BRITTO, 2007), deve-se relativizar a compreensão individualista dos direitos fundamentais sociais, relacionada à justiça comutativa, para incutir a dimensão da fraternidade.

Dito de outra forma, a visão utilitarista dos direitos fundamentais deve ser afastada para alcançar a sua dimensão fraternal. Pensar em sentido diverso pode dificultar a realização da justiça social, que indica, entre outros aspectos, a necessidade de elaboração e de execução de políticas públicas voltadas à inclusão social e à concretização de direitos fundamentais.

Assim, partindo-se do pressuposto da existência de uma justiça social de fato, tem-se uma sociedade que inclui todos somente porque também é possível, ao mesmo tempo, excluir os “ditos” incluídos. Esse problema deve ser afrontado também pelos economistas, tendo em mente a perspectiva da justiça, mas não no sentido utilitarista. Não se pode esquecer que o utilitarismo tem, ainda, uma grande influência nos definidores de políticas públicas, tanto nacionais quanto internacionais (MARTINI, 2006, p. 131).

Em verdade, a efetivação da justiça distributiva revela um dos objetivos do constitucionalismo fraterno. Há ainda que se destacar o princípio da cooperação, que também resulta da ideia de fraternidade. O princípio da cooperação define, entre outros aspectos, o modo como os poderes públicos e as partes envolvidas devem atuar no Estado Democrático. Surgem, destarte, deveres de conduta tanto para os Poderes Públicos como para toda a sociedade, decorrentes do princípio responsabilidade (JONAS, 2006).

Compreende-se que para efetivar uma política de saúde adequada, é mister que os atores envolvidos nela participem do processo desde sua gestão até sua implementação. É nesse sentido que o direito à saúde pode ser resgatado e efetivado, pois não basta dizer que a saúde é um direito do cidadão e um dever do estado, é preciso criar condições para que esse direito seja efetivado, e isso se dará somente por meio de políticas públicas que respeitem as diferenças loco-regionais, mas que apresentem uma estrutura global, pois os problemas de saúde não são territorialmente limitados (MARTINI, 2009).

À guisa de exemplo, as fases para implementação das políticas públicas necessárias à realização do direito à saúde devem ser construídas a partir da cooperação. Ou seja, é necessário que, no momento da formação, execução, avaliação e controle da política pública, se abstraíam os pensamentos individualistas de cada ente público para, a partir do diálogo, encontrar a melhor resposta para a coletividade. Segundo Marco Aquini (in BAGGIO, 2008):

[...] é preciso um despojamento das próprias categorias e dos próprios parâmetros de desenvolvimento, um mergulho nas categorias e parâmetros do outro sujeito com o qual se pretende tecer a cooperação, de modo que surja o caminho para o desenvolvimento ou que, a partir da relação fraternal, possam aparecer necessidades e perspectivas que não eram evidentes até o momento.

Nesse ambiente, o componente democrático, a partir da efetiva participação dos cidadãos, é fundamental para máxima efetivação do princípio da cooperação, que deve ser observado em todas as etapas das políticas públicas, desde a formação até o controle. É da multiplicidade de opiniões e de interesses da sociedade que será elaborado o planejamento geral dos recursos públicos, direcionando os investimentos para setores priorizados pela própria comunidade. Somente assim será legítima a escolha para construção de determinada política pública em detrimento de outra no Estado Democrático.

Ademais, no relacionamento entre fraternidade e políticas públicas de saúde, parece correto defender que soluções extrajudiciais (desjudicializadas) baseadas no diálogo entre os poderes e a comunidade sejam mais céleres e, muitas vezes, mais eficazes do que as intervenções jurisdicionais.

Por certo, em diversas situações, a melhor alternativa é a articulação das partes com vistas a estabelecer um compromisso ou efetuar uma transação, especialmente na definição de políticas públicas que se prolongam no tempo e que demandam grande quantidade de recursos orçamentários.

Sufragando essa linha de raciocínio, José Reinaldo de Lima Lopes (2006, p. 168) esclarece: “as soluções de compromisso, a elaboração de propostas a serem cumpridas ao longo de certo prazo, não são ‘a segunda opção’, não são apenas a solução ‘na falta de solução melhor’: quero dizer que em vários casos são exatamente a solução própria”.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal permanecem os debates sobre a obrigatoriedade do custeio, pelo Poder Público, dos medicamentos de alto custo e complexidade. Nesse ponto, convém registrar os Recursos Extraordinários 566.471 e 657.718, suspensos em 28 de setembro de 2016 por pedido de vista do Ministro Luís Roberto Barroso.

Ao proferir voto-vista o ministro Luís Roberto Barroso avaliou ser necessário desjudicializar o debate sobre saúde no Brasil, aduzindo que o Poder Judiciário não é a instância adequada para a definição de políticas públicas de saúde, razão pela qual o Poder Judiciário só deveria interferir em situações extremas ou quando a intervenção consiste unicamente em efetivar políticas públicas já formuladas pelo Sistema Único de Saúde. No seu voto-vista, Barroso

propôs cinco requisitos cumulativos, que devem ser observados pelo Poder Judiciário para o deferimento de determinada prestação de saúde: 1º) incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; 2º) demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; 3º) inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; 4º) comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; 5º) propositura da demanda necessária em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos é exclusiva desse ente federativo.

Outro ponto que deve ser destacado no voto do ministro é a necessidade de realização de diálogo entre o Poder Judiciário e entes ou pessoas com expertise técnica na área de saúde, como as câmaras e núcleos de apoio técnico, profissionais do SUS e Conitec. Tal diálogo demonstra a preocupação do Supremo Tribunal federal com a interferência desarrazoada do Judiciário nas políticas públicas de saúde.

Decerto, deve-se ter em mente que o papel do Judiciário não é substituir o Legislativo ou o Executivo na elaboração e execução de políticas públicas, mas cooperar com esses poderes a fim de alcançar a fraternidade.

Para além disso, o princípio da fraternidade contribuirá para que haja cooperação da sociedade e dos Poderes Públicos na concretização do direito à saúde. Por certo, ao se conscientizar a sociedade da responsabilidade ética social, haverá uma maior participação nas decisões de políticas públicas, uma vez que o indivíduo projetará no outro sua própria necessidade.

Parece consentâneo sustentar, em face da necessidade de cooperação entre os poderes e da sociedade para atendimento do direito à saúde, que se busque métodos alternativos de tratamento de litígio com participação das partes envolvidas para as escolhas e implementações das políticas públicas. Dessa forma, viabiliza-se o diálogo entre os poderes e a mensuração do impacto financeiro do pedido, além de verificar, adrede, a possibilidade orçamentária.

Em razão do caráter coletivo e distributivo do direito à saúde, tal direito deve ser afirmado por políticas públicas e não por decisões judiciais centradas em situações individuais e específicas. O conhecimento das necessidades sociais da comunidade, da melhor técnica para distribuição de recursos escassos, e das possibilidades orçamentárias é essencial para definir políticas públicas voltadas à concretização do direito à saúde. Decisão judicial sobre a exigibilidade do direito à saúde, que ignora essas circunstâncias, pode causar problemas sociais maiores do que os que estão sendo tutelados, pois provoca redistribuição indireta de recursos de políticas públicas e nem sempre garante o princípio da fraternidade.

A canalização de recursos em situações individualizadas, sem observar circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, afronta, por exemplo, o espírito do art. 196 da Constituição Federal, que tem por escopo viabilizar a garantia do direito à saúde de forma universal e igualitária. Decisões individuais muitas vezes estão fora de um contexto previamente estabelecido e planejado pelos agentes públicos em acordo com a sociedade. Isso decorre do fato de o orçamento ser elaborado para políticas públicas sociais e não para casos individuais específicos.

Defende-se, portanto, que a desjudicialização da política é uma alternativa à efetivação do direito fundamental à saúde. Certamente, não será um processo rápido, pois depende de uma mudança cultural e de inconsciente, mas se deve defender métodos alternativos de tratamento de litígio, a exemplo da mediação, para conflitos envolvendo direito à saúde.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito fraterno é claramente a relação entre direito e vida e, portanto, entre saúde, condição básica para se falar em vida e direito. Assim, falar de fraternidade é resgatar as várias dimensões da vida, esta como sujeito e objeto da experiência jurídica. Esse é o sentido pelo qual se retorna à fraternidade, um retorno sem volta. Apresentada como desveladora de paradoxalidades, a fraternidade nos desafia a um novo cosmopolitismo, em que os direitos ou são inclusivos ou não existem.

O presente artigo não tem a pretensão de esgotar o assunto a que se propõe, até porque o processo de desjudicialização representa tendência atual e que envolve mudança cultural, já que os gastos em saúde têm aumentado, mas não têm sido resolutivos, nem têm resolvido o problema das desigualdades sociais, as quais impactam diretamente na saúde.

A saúde não pode ser entendida como um bem qualquer, ou como um bem econômico. A mercantilização da saúde tem sido um grave problema, na medida em que a oferta de saúde tem sido regulada pelo mercado e as leis do mercado impactam diretamente no “ter direitos” ao direito à saúde.

Evidentemente, a aplicação do princípio da fraternidade na sua função de reconhecimento e de responsabilidade social demanda transformação da própria sociedade e dos poderes públicos envolvidos, pois a fraternidade representa um âmbito biopolítico entre o direito e a vida, o que significa estabelecer formas normativas e regras de vida, as quais podem ser compartilhadas com uma vida em comum, uma vida que torna todos não somente iguais, mas cria uma verdadeira comunidade que codivide.

Entretanto, já se vislumbra na sociedade uma maior participação nas tomadas de decisão, fato que enfatiza a necessidade de desjudicialização como meio de conseguir efetivar com maior amplitude o direito à saúde, a partir do diálogo e da tomada de decisões em comunidade.

De tudo o que foi exposto neste artigo compreende-se que a judicialização da política pública de saúde deve ser excepcional e não pode perder de vista que a intervenção em política pública de saúde envolve demandas distributivas de caráter plurilateral (o vencedor não pode excluir o perdedor), e não conflitos comutativos de feição bilateral (um ganha e o outro perde).

O caráter plurilateral do conflito distributivo reflete o princípio da fraternidade, razão pela qual se sustentou a desjudicialização da política pública de saúde como alternativa à efetivação do direito, a partir da participação efetiva da comunidade, dos conselhos sociais e dos poderes públicos.

## 6. REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Maria. *A fraternidade como direito fundamental entre o ser e o dever ser na dialética dos opostos de Hegel*. Coimbra: Edições Almedina, 2010.
- AQUINI, Marco. Fraternidade e direitos humanos. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O princípio esquecido 1: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. Trad. Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. São Paulo: Cidade Nova, 2008.
- BAGGIO, Antonio Maria (Org.). *O princípio esquecido 1: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas*. Trad. Durval Cordas, Iolanda Gaspar e José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista/SP: Cidade Nova, 2008.
- BAGGIO, Antonio Maria (Org.). *O princípio esquecido 2: exigências, recursos e definições da fraternidade na política*. Trad. Durval Cordas e Luciano Menezes Reis. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2009.
- BAUMANN, Zigmund. *A modernidade líquida*. Trad. Mirta Rosenberg. México: Fondo de Cultura Económica, 2003.
- BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Forum, 2007.
- DE GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. Trad. Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. Estado social y estado de derecho. In: ABRAMOVICH, Victor; AÑÓN, María José; COURTIS, Christian (Comp.). *Derechos sociales: instrucciones de uso*. México: Distribuciones Fontamara, 2003.

- FERRAJOLI, Luigi. Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista. *Giurisprudenza Costituzionale*, v. 55, n. 3, p. 2771-2817, 2010.
- GANDHI, Mohandas Karamchand. *Teoria e pratica della non-violenza*. Trad. Fabrizio Grillenzoni e Silvia Calamandrei. Einaudi, 1996.
- HABERMAS, Jünger. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneicher. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.
- HARBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta de intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- HARBELE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidade: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*. Madrid: Minima Trotta, 1998.
- HEGEL, Georg Wihelm Friedrich. *Princípio da filosofia do direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Trad. Marijane Lisboa e Luiz Barros Montex. Rio de Janeiro: Contraponto. Ed. PUC-Rio, 2006.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.
- MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A fraternidade como categoria jurídico-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Público- RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 26, p. 33-54, jul.-set. 2009.
- MACHADO, Clara. *O princípio jurídico da fraternidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- MAINO, Carlos Alberto Gabriel. Derechos fundamentales y la necesidad de recuperar los deberes: aproximación a la luz del pensamiento de Francisco Puy. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Coord.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: Juspodivm, 2011.
- MARTINI, Sandra Regina. Direito fraterno na sociedade cosmopolita. *RIPE – Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul.-dez. 2006.
- MARTINI, Sandra Regina; OLIVEIRA, Christiano Augusto Seckler de. O direito à saúde e os determinantes sociais. *Revista da Defensoria Pública*, ano 1, n. 1, Edição Especial Temática sobre Direito à saúde, v. 2, p. 284-285, jul.-dez. 2008.
- MARTINI, Sandra Regina Martini. Saúde: um direito fundado na fraternidade. *Saúde e direitos humanos/Ministério da Saúde*. Fundação Oswaldo Cruz, Núcleo de Estudos em Direitos Humanos e Saúde Helena Besserman, ano 5, n. 5 (2008). Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2009.

- MARTINI, Sandra Regina Martini. Diritto fraterno, movimenti sociali e Beni comuni a tutta l'umanità: chi è il proprietario se el bene è di tutti? *Stato e diritti nell'età della globalizzazione*. Salerno: Brunolibri, 2010.
- MATURANA, Humberto. *La Democracia es una obra de arte*. Bogotá: Ed Magisterio, 1995.
- PIZZOLATO, Filippo. *Il principio costituzionale di fraternità: itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione Italiana*. Roma: Città Nuova, 2012.
- RESTA, Eligio. *O direito fraterno*. Trad. Sandra Regina Martini Vial (Coord.). Santa Cruz do Sul/RS: EDUNISC, 2004.
- RESTA, Eligio. *Il diritto vivente*. Bari: Gius, Laterza e Figli, 2008.
- TEUBER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

## PESQUISAS DO EDITORIAL

### Veja também Doutrina

- Direito à saúde: da (in)efetividade das políticas públicas à sua judicialização como forma de garantir o mínimo existencial, de Kátia Cristine Santos de Oliveira e Jamille Coutinho Costa – *RDBras* 1/77-99 e *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 7/1247-1268 (DTR\2011\4720);
- Judicialização da saúde e o fornecimento de medicamentos não aprovados pela Anvisa, de Marina Domingues de Castro Camargo Aranha e Felipe Chiarello de Souza Pinto – *RDC* 96/139-154 (DTR\2014\18731); e
- Por um reposicionamento da fraternidade no âmbito das teorias da justiça e da democracia elementos para a construção de uma sociedade fraterna e solidária, de Diógenes de Brito Tavares – *RDCI* 75/187-250 (DTR\2011\1434).