

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

SAULO LINDORFER PIVETTA

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial

CURITIBA

2013

SAULO LINDORFER PIVETTA

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Regime jurídico-constitucional, políticas públicas e controle judicial

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado, ao Programa de Pós-graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Titular Romeu Felipe Bacellar Filho

CURITIBA

2013

TERMO DE APROVAÇÃO

SAULO LINDORFER PIVETTA

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL, POLÍTICAS PÚBLICAS E CONTROLE JUDICIAL

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Prof. Dr. Titular Romeu Felipe Bacellar Filho
Departamento de Direito Público
Universidade Federal do Paraná

Membros:

Prof. Dr. Titular Clèmerson Merlin Clève
Departamento de Direito Público
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Thiago Marrara
Departamento de Direito Público
Universidade de São Paulo

Curitiba, 15 de março de 2013.

Ao meu pai, Luiz Gonzaga Pivetta, que dedicou primoroso labor à construção de um sistema de saúde público, democrático e de qualidade, e que amorosamente me ensina, todos os dias, a jamais deixar de sonhar.

Ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho, verdadeiro mestre, que não hesita em iluminar o caminho de seus aprendizes.

AGRADECIMENTOS

As formalidades técnicas exigidas de uma dissertação de mestrado, rigorosas e necessárias para um trabalho que se pretende científico, não são capazes de anuviar um aspecto que acompanha muitos pós-graduandos: a escolha da pesquisa não meramente como um requisito necessário à obtenção de um título, mas como parte de um projeto de vida, que se constrói delicada e paulatinamente na lida diária. Como etapa, então, de uma edificação maior, o texto que ora se apresenta é imbuído não só de uma intensa e profunda preocupação social e acadêmica, mas também de muitos sonhos e perspectivas. “Sonhar é transportar-se em asas de ouro e aço (...) Num vôo poderoso e audaz da fantasia”, diria a poetisa paranaense Helena Kolody. Nada mais importante, assim, do que humildemente agradecer a todos aqueles que, de uma maneira ou de outra, forjam diariamente o ouro e o aço de minhas asas: a todos vocês, muito obrigado.

Agradeço, especialmente, à pessoa que acompanhou de perto a elaboração de cada página deste trabalho: Francielle Pasternak Montemezzo. Minha amada Fran, companheira de todas as horas, que me apoiou e incentivou em todos os momentos do curso do mestrado, mas não só. Participa diretamente de todos os meus sonhos e projetos – de modo que qualquer conquista nunca será minha. Será, ao menos, nossa. Tudo isso com um jeito meigo e amável que me cativa: “Teu sorriso quente, inebria e entontece. És fascinação, amor.”

Ao Professor Doutor Romeu Felipe Bacellar Filho, Titular de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná e orientador desta dissertação, cujas lições extrapolam enormemente as estritas linhas da orientação acadêmica. Em verdade, o privilégio de ter o professor Romeu como orientador nos faz seus aprendizes em todos os aspectos da vida como jurista – no meu caso, o privilégio já vem desde a orientação na monografia, apresentada ao final da Faculdade de Direito da UFPR. Seu exemplo como docente, doutrinador e advogado ilumina e incentiva todos aqueles que se encontram ao seu redor, especialmente a quem, como eu, dá apenas os primeiros passos no universo do Direito.

Ao meu pai, Luiz Gonzaga Pivetta, e ao meu irmão, Tomaz Lindorfer Pivetta, que formam as bases de minha sustentação, física e psicológica. O amor e o afeto que compartilhamos me fortalece e me encoraja para a lida diária da vida. Os dois são a fonte onde sempre renovo meus valores e para onde retorno e reencontro minha essência. Agradeço ao tio Sérgio Renato Pivetta – sua bondade e pureza inabaláveis o faziam tão especial que sua presença foi precocemente requisitada para o cumprimento de nova e elevada missão. Estará ao lado de minha avó paterna, Leonilda Itália Toffoli Pivetta, e de minha querida mãe, Magda Ivana Lindorfer Pivetta, que há tanto tempo se foi, mas que permanece carinhosamente repousando em meu peito. Agradeço aos meus avós maternos, Egon Evaldo Lindorfer e Ivanir Lindorfer, que em 2013 completam 50 anos de casados, esbanjando força, alegria e disposição para, pelo menos, mais 50 anos de comunhão.

Ao Professor Doutor Clèmerson Merlin Clève, Titular de Direito Constitucional da Universidade Federal do Paraná, um dos maiores e eminentes constitucionalistas brasileiros, agradeço especialmente os ensinamentos transmitidos nas disciplinas de Direito Constitucional B (na Faculdade de Direito da UFPR) e de Teoria Geral do Direito Constitucional (no curso de mestrado do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR). As lúcidas reflexões do professor permitiram-me ter uma visão mais acurada e profunda sobre o constitucionalismo e sua importância para a construção de uma sociedade democrática e justa.

Ao Professor Doutor Thiago Marrara, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), grande administrativista, a quem tive a grata oportunidade de conhecer por ocasião do I Seminário de Pesquisa em Direito Administrativo, ocorrido na cidade de Ribeirão Preto/SP no ano de 2011. Os debates ocorridos durante aquele evento, capitaneadas pelo raciocínio profundo e refinado do professor Marrara, bem como no VI Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul (Foz do Iguaçu/2012), permitiram-me amadurecer significativamente as ideias que nortearam a elaboração deste trabalho.

Ao Professor Doutor Emerson Gabardo, ilustre jurista paranaense, que tive a honra de ter como orientador na disciplina de Prática de Docência em Direito I, agradeço por ter gentilmente guiado meus primeiros contatos com o tablado de sala de aula, bem como por ter-me oportunizado um ano de enorme aprendizado sobre o Direito Administrativo. Foi uma experiência fundamental e marcante, que se refletirá em toda a minha carreira jurídica.

Ao Professor Doutorando Daniel Wunder Hachem, uma das minhas primeiras referências no universo jurídico e por quem nutro imensa admiração. Tive a sorte de, já no primeiro ano de faculdade, conhecer um brilhante aluno, cujo talento não tardaria transformá-lo num dos mais jovens professores da UFPR. Sou muito grato ao professor, e amigo de longa data, que contribuiu diretamente para a estruturação e desenvolvimento deste trabalho, seja debatendo comigo sobre o sumário e sobre o conteúdo que deveria ter a dissertação, seja emprestando valiosos livros e artigos científicos.

Aos demais professores do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, em especial ao seu Coordenador, Professor Doutor Luís Fernando Lopes Pereira, e àqueles com quem tive contato nas disciplinas do curso de mestrado: Professor Doutor Ricardo Marcelo Fonseca, Professor Doutor Celso Luiz Ludwig, Professor Doutor Abili Lázaro Castro de Lima, Professor Doutor Cesar Antonio Serbena e Professora Doutora Vera Fradera. Agradeço também aos prestativos servidores, que juntamente com o corpo docente e discente formam um dos melhores programas de pós-graduação do país. O nível de excelência do PPGD/UFPR realça a importância de se valorizar um ensino público e gratuito, capaz de produzir pesquisa socialmente referendada e formar cidadãos críticos.

Aos colegas do Núcleo de Investigações Constitucionais – NINC, na pessoa da ilustre Vice-Líder do grupo, Professora Doutora Eneida Desiree Salgado, por terem propiciado enriquecedoras discussões sobre o Direito e a Filosofia Política. Trata-se, certamente, de uma importante e arrojada iniciativa, que redundará em enormes ganhos para a pesquisa jurídica.

Aos colegas de mestrado, com quem tanto aprendi nas aulas, nas participações em congressos, nos cafés e, até, na mesa de bar. Esta experiência, embora curta temporalmente, é de um enriquecimento teórico e pessoal inigualável. Agradeço especialmente àqueles com quem tive contato mais próximo: Thiago de Azevedo Hoshino, Mozart Silvano Pereira, Melanie Merlin de Andrade, Luasses Gonçalves do Santos, André Giamberardino, Pricila Carrano, Claudia Beeck, Mariel Muraro, Júlia Ávila Franzoni, Márcio Berclaz, Edna Câmara, Francisco Zardo.

À Professora Doutora Ângela Cassia Costaldello, Procuradora do Ministério Público de Contas do Paraná (MPC/PR) e Professora de Direito Administrativo da UFPR, a quem assessoro nas atividades da Procuradoria, e que em poucos meses se transformou em querida amiga, agradeço o convívio e os ensinamentos diários, bem como a irrestrita compreensão e o incentivo para o desenvolvimento das atividades de pesquisa e docência. Também agradeço ao Professor Elizeu de Moraes Correa, Procurador-Geral do MPC/PR, a quem assessoriei por curto período, agradeço os debates realizados nos dias de trabalho neste Ministério Público especializado, que em muito contribuem para a reflexão sobre os mecanismos aptos a tornar a Administração Pública mais democrática, profissionalizada e eficiente.

Aos colegas de trabalho no Ministério Público de Contas, que além de me receberem, em abril de 2012, com a cordialidade digna das pessoas de grande nobreza, apoiaram e incentivaram durante todo o período de pesquisa e redação do trabalho. Em especial: Thiago Dolberth, Camilla Grosbelli, Jivago Farias, Ralph Nowakowski, Letícia Lacerda, Maria Cristina Corrêa, Elyka Arita, Luciana Bohnert, Renata Zelinski, Karen Nadolny, Paulo Fernandes, Sirlei Volpato, Suiane Volpato, Rachel Teixeira, Sueli Machado e Juraci Krast.

Por fim, aos queridos amigos juristas, que me acompanham desde os tempos de graduação na Faculdade de Direito da UFPR e por quem tenho um carinho inesgotável, agradeço por tantos momentos agradáveis e histórias inesquecíveis. Especialmente: Caroline da Rocha Franco, Eduardo Pina Ribeiro, Edevald Ferreira Junior, Christine da Rocha Pombo, Indiará Fazolo, Diego Bochnie, Jaime Oliveira, Leonardo Bora, Gabriel Petrus, Letícia Kreuz, Eduardo Borges.

RESUMO

A positivação do direito à saúde como direito fundamental demanda uma profunda reflexão a respeito de suas repercussões jurídicas. Para construir, então, uma dogmática que seja adequada à compreensão daquele direito, o trabalho realiza inicialmente um resgate da teoria dos direitos fundamentais, explicitando que sua estrutura é multifuncional: a depender do caso concreto, o mesmo direito poderá exercer variadas funções. Ademais, pelo fato de a Constituição reconhecer-lhes aplicabilidade imediata, surgem do texto constitucional deveres que se impõem a todos os Poderes da República (dever de respeito, de proteção e de promoção). Apesar de possuir natureza principiológica, a própria Constituição e a legislação ordinária estabelecem parâmetros normativos que permitem definir seu conteúdo em situações concretas, restringindo dessa maneira a possibilidade de incidência das reservas que afetam os direitos fundamentais em geral. Na sequência, analisou-se a conformação constitucional da Administração Pública brasileira, bem como a relevância jurídica das políticas públicas como instrumento de agir administrativo apto a concretizar os objetivos constitucionais e o direito à saúde em especial. Nesse âmbito, merece destaque a análise do Sistema Único de Saúde, estrutura delineada pela Constituição para conduzir a formulação e execução das políticas sanitárias, que deverão observar as três diretrizes constitucionais do sistema: descentralização, atendimento integral e participação da comunidade. O trabalho verticalizou as questões centrais do sistema de saúde pública brasileira: o conteúdo da diretriz de atendimento integral, a estrutura de financiamento e a participação privada no SUS. No último capítulo foram abordadas as questões teóricas relativas à possibilidade de controle judicial do direito à saúde, bem como se realizou uma análise crítica da jurisprudência que vem sendo formada a partir de recentes decisões do Supremo Tribunal Federal. Ao final, foram brevemente analisadas algumas alternativas ao controle judicial que podem colaborar para um incremento no nível de concretização do direito.

Palavras-chave: direito fundamental à saúde; políticas públicas; Sistema Único de Saúde; controle judicial.

ABSTRACT

The positivization of the right to health as a fundamental right requires a deep reflection about its legal repercussions. To build then an appropriate dogmatic understanding, the text initially addresses the theory of fundamental rights, explaining its multifunctional structure: depending on the case, the same right may exercise various functions. Moreover, because the Constitution recognizes their immediate applicability, arise from the constitutional text duties that ties all powers of the republic (duty of respect, protection and promotion). Despite having principle nature, the Constitution and ordinary legislation establish normative parameters that let the interpreter define its content in concrete situations, avoiding the incidence of the restrictions that affect fundamental rights in general. Further, the study analyzes the constitutional conformation of Brazilian Public Administration, as well as the legal significance of public policies as an administrative instrument able to achieve the constitutional goals. In this context, the research emphasizes the Brazilian National Health System (SUS), structure delineated by the Constitution to lead the formulation and implementation of health policies, which must observe the three constitutional guidelines of system: decentralization, integral care and community participation. The work analyzed the core issues of the Brazilian public health system: the content of the guideline of integral care, the financing structure and private participation in the SUS. In the last chapter were addressed theoretical questions concerning the possibility of judicial review of the right to health, as well as conducted a critical analysis of the jurisprudence that has been formed from recent decisions of the Supreme Court. At the end, were briefly examined some alternatives to judicial control which can contribute to increase the level of implementation of the right to health.

Key-words: fundamental right to health; public policies; Brazilian National Health System (SUS); judicial review.

SUMÁRIO

| | |
|--|------------|
| INTRODUÇÃO | 12 |
| CAPÍTULO 1 - ELEMENTOS PARA UMA DOGMÁTICA ADEQUADA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O DIREITO À SAÚDE..... | 17 |
| 1.1 A eficácia dos direitos fundamentais sociais e o direito à saúde | 17 |
| <i>1.1.1 Fundamentação jurídico-política dos direitos sociais como direitos fundamentais</i> | <i>17</i> |
| <i>1.1.2 Multifuncionalidade do direito fundamental à saúde</i> | <i>27</i> |
| <i>1.1.3 Regime jurídico-constitucional do direito fundamental à saúde</i> | <i>37</i> |
| 1.2 Restrições à eficácia do direito fundamental à saúde e a teoria do mínimo existencial..... | 47 |
| <i>1.2.1 Suposta indeterminabilidade do conteúdo do direito à saúde</i> | <i>47</i> |
| <i>1.2.2 Reservas à aplicabilidade do direito à saúde (reserva imanente de ponderação, reserva do politicamente adequado ou oportuno e reserva do financeiramente possível).....</i> | <i>61</i> |
| <i>1.2.3 Mínimo existencial como estratégia teórico-jurídica de reconhecimento da relevância jurídica do direito à saúde</i> | <i>72</i> |
| CAPÍTULO 2 – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA E POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE..... | 81 |
| 2.1 Conformação constitucional da Administração Pública e políticas públicas como instrumento de efetivação de direitos fundamentais sociais..... | 81 |
| <i>2.1.1 Administração Pública na Constituição Federal de 1988.....</i> | <i>81</i> |
| <i>2.1.2 Concepção jurídica de políticas públicas e sua estrutura normativa.....</i> | <i>92</i> |
| <i>2.1.3 Planejamento das políticas sanitárias</i> | <i>101</i> |
| 2.2 O Sistema Único de Saúde e a estrutura jurídica de gestão das políticas sanitárias..... | 111 |
| <i>2.2.1 SUS: raízes históricas e estruturação constitucional</i> | <i>111</i> |
| <i>2.2.2 Abrangência das políticas do SUS (integralidade) e estrutura federativa de gestão das políticas sanitárias (descentralização)</i> | <i>121</i> |
| <i>2.2.3 Democratização da Administração Pública e a diretriz de participação da comunidade</i> | <i>131</i> |
| CAPÍTULO 3 – SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: CONTEÚDO NORMATIVO DA DIMENSÃO PRESTACIONAL DO DIREITO À SAÚDE, FINANCIAMENTO E PARTICIPAÇÃO DA INICIATIVA PRIVADA | 141 |

| | |
|---|------------|
| 3.1. O conteúdo normativo da dimensão prestacional do direito à saúde e a estrutura de financiamento do SUS | 141 |
| 3.1.1 <i>Diretriz de atendimento integral: os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas e a incorporação de novas tecnologias</i> | 141 |
| 3.1.2 <i>A Lei Complementar nº 141/2012 e o (sub)financiamento das ações e serviços de saúde</i> | 150 |
| 3.1.3 <i>Gratuidade, universalidade e igualdade: a possibilidade de cobrança pelas ações e serviços prestados pelo SUS.....</i> | 160 |
| 3.2 A participação da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde..... | 167 |
| 3.2.1 <i>Os diferentes sistemas de saúde e a relação público-privada na prestação dos serviços do SUS.....</i> | 167 |
| 3.2.2 <i>Regimes de prestação dos serviços de saúde e a participação privada complementar no SUS.....</i> | 175 |
| 3.2.3 <i>Contratualização, terceiro setor e parcerias público-privadas no âmbito da saúde.....</i> | 185 |
| | |
| CAPÍTULO 4 – CONTROLE JUDICIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E ALTERNATIVAS À JUDICIALIZAÇÃO | 199 |
| 4.1 Fundamentos teórico-normativos do controle judicial do direito à saúde ... | 200 |
| 4.1.1 <i>Controle judicial das políticas públicas sanitárias (dimensão objetiva do direito à saúde)</i> | 200 |
| 4.1.2 <i>Controle judicial da dimensão subjetiva do direito à saúde.....</i> | 209 |
| 4.1.3 <i>A relevância jurídica da escassez de recursos financeiros.....</i> | 216 |
| 4.2 Panorama da jurisprudência brasileira e outros mecanismos de controle .. | 222 |
| 4.2.1 <i>A Audiência Pública da Saúde e a posição delineada pelo Supremo Tribunal Federal</i> | 222 |
| 4.2.2 <i>Análise crítica do entendimento do Supremo Tribunal Federal e sua repercussão na jurisprudência brasileira</i> | 228 |
| 4.2.3 <i>Alternativas ao controle judicial: instrumentos administrativos, controle externo e controle social</i> | 239 |
| | |
| CONCLUSÕES..... | 245 |
| 1. Proposições objetivas..... | 245 |
| 2. Encerramento..... | 251 |
| | |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 253 |

INTRODUÇÃO

Dados da Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS), órgão vinculado à Organização Mundial de Saúde, revelam que cerca de 75% da população brasileira depende exclusivamente do Sistema Único de Saúde (SUS) para garantir seu bem-estar físico, psicológico e social.¹ São, portanto, aproximadamente 145 milhões de brasileiros que reclamam diariamente a intervenção do Estado para que o direito à saúde não se resuma a promessa insequente do texto constitucional. E não é só: como demonstra a análise perspicaz de Romeu Felipe Bacellar Filho, “um enfermo acometido por grave enfermidade, experimentando dores lancinantes e não atendido prontamente em hospital público ou conveniado, faz supor um Estado que, descumprindo todos os seus compromissos com a dignidade da pessoa humana, submete os seus cidadãos à inobjetável tortura.”² O magistério do publicista ressalta que o Poder Público, ao omitir-se de sua missão constitucional, submete o povo a verdadeira tortura e a tratamento desumano e degradante – condutas absolutamente repugnadas pela Constituição da República em seu art. 5º, inciso III.³

Este é o ponto de partida da reflexão proposta: reconhecer a superação da saúde pública enquanto problema meramente *político*. Por deliberação inarredável do legislador constituinte, imantada como cláusula pétrea na Constituição Federal de 1988, o direito à saúde foi alçado expressamente à condição de *direito fundamental*, mais especificamente como direito fundamental social. Trata-se, portanto, de questão fortemente *jurídica*, que embora jamais se desconecte do espaço da luta política, exige do estudioso do Direito o desenvolvimento de uma teoria e de uma dogmática que permitam sua adequada compreensão a partir da ordem jurídica brasileira. Este é o lugar teórico deste trabalho: identificar e desenvolver os elementos teóricos e

¹ Dados disponíveis em: <<http://www.paho.org/593B07BF-B201-4C72-AB44-B16967263196/FinalDownload/DownloadId-D78C0F8DE7924229AD65315A4B721902/593B07BF-B201-4C72-AB44-B16967263196/saludenlasamericas/docs/sa-2012-resumo.pdf>> Acesso em 19/11/2012.

² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Governo, políticas públicas e o cidadão. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, Año XXXIV, nº 408, p. 97-101, sept. 2012, p. 100-101.

³ Art. 5º, inciso III da Constituição: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

normativos capazes de oferecer o sustentáculo para o correto entendimento do direito à saúde na Carta Magna e na legislação infraconstitucional brasileira.

Encampa-se, portanto, o desafio proposto por Clèmerson Merlin Clève, de que “não basta o discurso-denúncia.” Cabe ao jurista, pois, “sujar as mãos com a lama impregnante da prática jurídica, oferecendo, no campo da dogmática, novas soluções, novas fórmulas, novas interpretações, novas construções conceituais.”⁴ Na área do direito à saúde, o terreno é fértil para uma empreitada desta monta: a variada gama de problemas e equívocos que se apresenta cotidianamente exige o aperfeiçoamento de ferramentas jurídicas que se mostrem aptas a enfrentá-los. Adiante-se, ainda, que o constructo teórico desenvolvido nas próximas páginas encontra-se alinhavado à corrente denominada por Clève de *dogmática constitucional emancipatória*, porquanto compreende-se que o “Direito Constitucional realiza-se, verdadeiramente, na transformação dos princípios constitucionais, dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e dos direitos fundamentais em verdadeiros dados inscritos em nossa realidade existencial.”⁵

Reconhecendo a Constituição Federal de 1988 a jusfundamentalidade do direito à saúde, cabe um questionamento: quem terá a incumbência de concretizá-lo? Certamente, todos os Poderes da República estão desde logo vinculados a adotarem as medidas necessárias à implementação dos comandos constitucionais, inclusive aqueles positivados eminentemente sob a forma de *princípio* (como é o caso do direito à saúde).⁶ Assim, não há mais espaço para justificar uma renitente omissão do Estado brasileiro no âmbito dos direitos fundamentais sociais. Há que se refletir, isso sim, sobre os limites e possibilidades de cada um – Legislativo, Executivo e Judiciário –

⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 36.

⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Globalização, direitos fundamentais e Direito Administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental** (Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo). Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 96.

⁶ Ademais, como aponta Thiago Marrara, uma das funções cumpridas pelos princípios é justamente “a de *orientação teleológica da Administração Pública* na expedição de atos normativos, atos administrativos e, inclusive, atos materiais no exercício da função administrativa;” MARRARA, Thiago. Breve introito: por que ainda falar de princípios? In: _____ (Org.). **Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Atlas, 2012, p. xvi.

nessa missão. Nesse sentido, merece destaque a relevância da atividade da Administração Pública, aparelho do Poder Público vocacionado, em razão de sua estrutura e competência legal, para a proteção e promoção dos direitos fundamentais.⁷

Esses são os vetores que orientam as linhas que se seguem. De início, será delineada uma compreensão dogmática do direito fundamental à saúde que seja pertinente à realidade constitucional brasileira. Isso implica a incursão por temáticas que nem sempre recebem adequado tratamento por parte da doutrina e da própria jurisprudência. Assim, mostra-se indispensável o esclarecimento da estrutura dos direitos fundamentais sociais, especialmente no que diz respeito à sua multifuncionalidade. Vale dizer, quais funções podem exercer tais direitos na realidade concreta? Os chamados direitos de liberdade exercem funções diversas? Quais deveres impõem ao Estado? Estes esclarecimentos são determinantes para se compreender a fundo o regime jurídico-constitucional do direito à saúde, notadamente em razão da aplicabilidade imediata reconhecida ao direito pelo art. 5º, § 1º da Constituição.

Apesar da “eficácia jurídica reforçada”⁸ conferida constitucionalmente aos direitos fundamentais, algumas questões permanecem em aberto: afinal, qual a extensão e conteúdo que podem assumir? A “indeterminabilidade” que supostamente os afetaria teria o condão de aniquilar sua sindicabilidade imediata? Ou seja, a intermediação legislativa seria *conditio sine qua non* de eficácia do direito à saúde? Para verticalizar tal matéria, serão investigadas de maneira detalhada as possíveis restrições ou reservas oponíveis aos direitos sociais – reserva imanente de ponderação, reserva do politicamente adequado ou oportuno, reserva do financeiramente possível – em cada uma das funções que podem assumir na realidade jurídica. Com isso, será possível desmistificar posições teóricas que pecam por ignorar o real alcance de cada uma daquelas reservas. A primeira parte do trabalho será encerrada com uma análise do modelo teórico do mínimo existencial e sua repercussão no âmbito do direito à saúde.

⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 5ª ed. refor. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 106.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 75.

O segundo capítulo presta-se a analisar a Administração Pública brasileira e sua conformação constitucional. Afinal, além de cristalizar a saúde como direito fundamental, o legislador constitucional traçou as linhas mestras da estrutura administrativa de sua concretização. Desde o entabulamento de um regime jurídico-constitucional administrativo expresso, até a vinculação de objetivos a serem obrigatoriamente alcançados pelo Estado, a Carta Magna de 1988 foi inovadora ao definir o marco normativo da esfera administrativa brasileira. Para se compreender este novo momento de nossa realidade constitucional, serão abordados os elementos teóricos que lhe dão sustento, especialmente no que diz respeito ao chamado “neoconstitucionalismo”⁹ e suas consequências no âmbito da Administração Pública. Conexa a esta temática está a análise da significação jurídica do termo “políticas públicas” – instrumento de ação do Estado através do qual é levado a cabo o dever de dar concretude ao direito à saúde.

Para o objeto específico deste trabalho, importa analisar detidamente a estrutura jurídica do Sistema Único de Saúde, cuja normativa constitucional é de imenso significado histórico, pois revolucionou a forma de o Estado brasileiro intervir na saúde pública: passou-se de um modelo de caráter privatista e excludente para um sistema público e de acesso universal, com diretrizes expressas que orientam a atuação do legislador infraconstitucional e do administrador público. A própria concepção de “saúde” modificou-se radicalmente, passando a se exigir uma nova gama de medidas por parte do Poder Público. Mais que isso: a formulação e gestão das políticas sanitárias tornou-se mais complexa, passando a exigir uma intensa articulação entre os entes federativos para a sua realização. Some-se, ainda, a necessidade de participação da comunidade em todos esses momentos, elemento alçado a uma dignidade ímpar não só como forma de se tornar mais eficiente a atuação administrativa, mas também para contribuir com a democratização de toda a sociedade brasileira.

Este panorama inaugurado pela Constituição Federal de 1988 trouxe consigo novos e complexos desafios quanto às políticas sanitárias. O capítulo três, neste compasso, volta sua atenção a questões centrais para o funcionamento do SUS: a

⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas essenciais: Direito Constitucional**. Vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 146 e ss.

noção de atendimento integral, o financiamento e a participação privada no sistema. Quanto ao primeiro, sua adequada compreensão permite balizar o conteúdo normativo da dimensão prestacional do direito à saúde – fundamental para se identificar quais bens e serviços obrigatoriamente devem ser fornecidos pelo Estado. Na sequência, a problemática do financiamento do Sistema Único será objeto de detida análise, inclusive quanto à Lei Complementar nº 141/2012, que fixou parâmetros mínimos de investimento, e no que tange à viabilidade jurídica de cobrança pelas atividades prestadas pelo SUS. Finalmente, será objeto de reflexão o regime de participação da iniciativa privada no sistema público de saúde – tema que merece especial atenção, haja vista a presença de iniciativas administrativas que buscam desvirtuar a sistemática constitucional e infraconstitucional que rege a matéria.

O capítulo de encerramento tem por escopo investigar os limites e possibilidades de controle judicial do direito à saúde, seja em relação às políticas sanitárias (dimensão jurídico-objetiva do direito), seja em relação às demandas que envolvem situações concretas de cidadãos (dimensão jurídico-subjetiva do direito). Nesta esteira, inicialmente serão sistematizados os principais elementos teóricos necessários a fundamentar o raciocínio do magistrado na apreciação de ações judiciais relacionadas à saúde, inclusive com o debate sobre as situações em que a escassez de recursos adquire relevância normativa. Na sequência, será analisado como a Audiência Pública da Saúde, organizada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, sob a presidência do Ministro Gilmar Mendes, tem repercutido na jurisprudência do próprio Supremo e dos demais órgãos judiciários brasileiros. Por fim, serão brevemente apresentados alguns modelos alternativos de controle que podem incrementar o nível de concretização do direito à saúde.

CAPÍTULO 1 - ELEMENTOS PARA UMA DOGMÁTICA ADEQUADA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O DIREITO À SAÚDE

O direito à saúde foi positivado na Constituição Federal de 1988 como direito *fundamental social*, motivo pelo qual o início da reflexão sobre as possibilidades de efetivação desse direito deve partir deste ponto. A discussão sobre a jusfundamentalidade dos direitos sociais admite, ao menos, digressões sobre dois aspectos que, embora estejam muito próximos, comportam reflexões autônomas. Trata-se da análise dos direitos sociais enquanto problema político e enquanto problema jurídico. Esta temática será o foco do primeiro item deste trabalho. Aclarando-se tal distinção, serão abordadas as questões pertinentes aos direitos sociais *enquanto direitos fundamentais*, ou seja, as repercussões jurídicas que decorrem da positivação dos direitos sociais, e do direito à saúde em especial, no ordenamento jurídico-positivo. Nessa seara, o estudo compreenderá, inicialmente (item 1.1), a chamada multifuncionalidade dos direitos fundamentais (as variadas funções que tais direitos comportam nos casos concretos) e o regime constitucional a eles assegurado. Isso será relevante para se afastar confusões que comumente acometem a doutrina e a jurisprudência, notadamente quando se comparam os direitos sociais com os direitos de liberdade. Posteriormente (item 1.2), serão verticalizados assuntos atinentes à efetividade desses direitos: a suposta indeterminabilidade constitucional do conteúdo a eles reconhecido, as restrições eventualmente oponíveis e o modelo teórico que frequentemente é utilizado para lhes conferir relevância jurídica, o mínimo existencial. Todos esses temas serão abordados a partir do direito fundamental à saúde e do regime jurídico a ele atribuído pelo Direito brasileiro.

1.1 A eficácia dos direitos fundamentais sociais e o direito à saúde

1.1.1 Fundamentação jurídico-política dos direitos sociais como direitos fundamentais

Os direitos sociais envolvem um aspecto político inquestionável, relacionado às funções e deveres do Estado, à definição de formas da organização social e às concepções sobre *vida boa*. Este domínio, mais precisamente o da *luta política*,

enquanto berço das manifestações jurídicas de maneira geral, deve ser compreendido para se notar as implicações históricas ligadas aos direitos sociais e que muitas vezes acabam transportadas para a linguagem do Direito. Este tópico do trabalho se dedicará especificamente à chamada *questão social*, tal como desenvolvida no ambiente histórico dos séculos XIX e XX, que repercutiu na posterior conformação do Estado social,¹⁰ ao qual se liga fortemente a concepção de direitos sociais.¹¹

A análise política dos direitos sociais realça a profunda historicidade de que se encontram imbuídos os direitos fundamentais. Em certa medida, o elemento político dos direitos sociais guarda conexão com a problemática dos chamados direitos de liberdade. Estes, que foram consagrados no final do século XIX de maneira pioneira na Declaração de Direitos do Povo da Virgínia, de 1776 (contexto da Revolução Americana), e na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (contexto da Revolução Francesa), encontravam em sua base de justificação a filosofia jusnaturalista e iluminista.¹² Reconheciam-se, portanto, direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, que pertenceriam a todos os homens, indistintamente.¹³

É nesse momento que vai se afirmando o Estado de Direito, em sua primeira forma substancial, de origem liberal-burguesa.¹⁴ Vê-se, com isso, que os primeiros

¹⁰ Sobre as distinções entre Estado social e Estado socialista, cf. BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 5ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 180-183.

¹¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 13.

¹² Certamente ambas as Declarações possuem marcas que as distinguem. Como aponta Ingo Wolfgang Sarlet, as declarações francesas (de 1789 e as Constituições de 1791 e de 1793) se notabilizavam pelo conteúdo mais democrático e social. Ainda, a aspiração abstrata e universalista dos documentos franceses se contrasta com um maior pragmatismo da experiência norte-americana. De qualquer forma, ambas são de profunda importância para a sedimentação dos direitos fundamentais no Estado de direito que era conformado. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10ª ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 44. Ainda, para uma análise pormenorizada sobre a “questão social” na ambiência da Revolução Francesa, cf. ARENDT, Hannah. **Da revolução**. Brasília: Ática, 1988, p. 47 e ss.

¹³ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1995, p. 36.

¹⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia (trad. Marina Gascón). 7ª ed. Madrid: Trotta, 2007, p. 23. Nesse sentido, como registra Clèmerson Merlin Clève, “O liberalismo foi a doutrina política que fundamentou a construção da teoria do Estado de direito. Um Estado juridicamente limitado pela Constituição e ideologicamente assumido pela doutrina liberal. Cuidava-se de garantir a liberdade do indivíduo e da sociedade frente ao Estado.” CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 3ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 35.

direitos fundamentais reconhecidos pela ordem jurídica do constitucionalismo francês e norte-americano tinham a marca do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de cunho fortemente individualista. Eles se afirmaram, principalmente, como posições jurídicas de proteção do indivíduo em face do Estado (encarado como potencial agressor das garantias individuais), demarcando uma esfera de não intervenção do Poder Público.¹⁵

Por isso tais direitos ficaram conhecidos como “direitos de liberdade”, ou “direitos de defesa”, de caráter eminentemente negativo, pois se destinavam a impor uma postura de abstenção do Estado em relação aos indivíduos, que poderiam dispor de sua autonomia com ampla liberdade.¹⁶ Assim, ganham relevo o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade. Posteriormente são complementados pelas liberdades de expressão coletiva (liberdade de expressão, de imprensa, de manifestação, de reunião, de associação) e pelos direitos de participação política (direito de voto, capacidade eleitoral passiva). São os chamados direitos civis e políticos. Destaque-se que o direito à igualdade, nesse contexto, era de caráter essencialmente formal, ou seja, todos os cidadãos eram iguais *perante a lei*.¹⁷

O século XIX, contudo, revelou que os direitos de defesa, por si só, não eram suficientes para garantir condições dignas de vida aos cidadãos. Isso ficou evidente com os impactos da industrialização, que aprofundavam os problemas sociais e econômicos dos indivíduos. As doutrinas socialistas explicitaram o profundo grau de exploração em que viviam os trabalhadores da cidade, e a enorme miséria que vicejava no campo. Em suma, ficava patente que assegurar a liberdade e a igualdade meramente formais não era bastante para que o cidadão pudesse viver autonomamente.¹⁸

¹⁵ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 126.

¹⁶ Jorge Reis Novais aponta que uma característica marcante da feição liberal do Estado de direito é a tentativa de se forjar uma forte separação do Estado em relação à sociedade civil. Aquele deveria permanecer distante desta, de modo que os próprios cidadãos pudessem desenvolver-se sem as intervenções estatais nocivas. As concepções teóricas liberais ainda apontavam a imperiosidade de o Estado se abster de intervir no campo econômico (a partir das ideias de Adam Smith, notadamente) e na esfera da moral (destacando-se, neste âmbito, o constructo de Immanuel Kant). NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 59-72.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 47.

¹⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa...** *Op. Cit.*, p. 39.

É com os movimentos reivindicatórios do século XIX, portanto, que se torna evidente a insuficiência das antigas liberdades formais abstratas – estas deveriam ser complementadas por outros direitos (que vieram a receber a denominação de “sociais”), como a assistência social, a saúde, a educação, o trabalho etc., que consubstanciam as condições necessárias para o efetivo gozo de liberdades materiais concretas. Não se tratava apenas de garantir liberdade *frente ao* Estado, mas sim de assegurar que ela será alcançada também *por intermédio* de sua atuação. Desse modo, os direitos sociais são encarados de uma perspectiva positiva, de imposição de deveres ao Estado, que deverá promover ações concretas para efetivar a igualdade material dos cidadãos.¹⁹

Neste breve apanhado histórico, importante assinalar a experiência política da Revolução Russa, que no início do século XX marcou decisivamente o cenário dos direitos fundamentais: a luta democrática contra o regime czarista expressou-se juridicamente em termos significativamente distintos em relação ao que ocorria no contexto do constitucionalismo ocidental. A alternativa soviética afastou-se do modelo do Estado de Direito liberal, incorporando em suas constituições uma concepção de direitos fundamentais que não mais os considerava como direitos *contra* o Estado, que pressupunham a autonomia individual. Direitos fundamentais entendidos como garantias jurídicas em face do Estado poderiam fazer sentido na ambiência do Estado classista burguês; no novo Estado proletário, que deveria promover a transição do socialismo para o comunismo, os direitos fundamentais apresentavam-se como mecanismos voltados à consolidação do regime político então instaurado.²⁰

Portanto, enquanto no Estado burguês o homem gozava de liberdades *formais*, no Estado socialista seriam asseguradas as *verdadeiras* liberdades dos trabalhadores, proclamando-se o empenho do Estado na concretização desses direitos. Assim, se o discurso burguês, através da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 (Revolução Francesa), instituía direitos e liberdades de um homem *abstrato*, a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de 1918 (Revolução

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 388-389. Nessa esteira, Clèmerson Merlin Clève, assevera que “O Estado mínimo vai assumindo mais e mais competências. O “Estado-árbitro” cede espaço para o “Estado de prestações”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa...** *Op. Cit.*, p. 37.

²⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 18.

Russa), tinha um destinatário historicamente situado: os trabalhadores, que haviam sido excluídos e oprimidos na sociedade anterior. Assim, não havia por que estabelecer garantias contra o Estado, já que seria ele próprio o responsável por realizar os direitos daqueles até então oprimidos, empenhado em construir uma sociedade igualitária. Esse novo *discurso constitucional soviético* de direitos fundamentais consolida-se com a Constituição stalinista de 1936.^{21 22}

Apesar dessa competição ideológica, na origem, quanto aos modelos de direitos fundamentais (correspondentes ao Estado burguês e ao Estado soviético), a disputa política subjacente a direitos de liberdade e direitos sociais atravessou o século XX sob outras bases. A começar pela própria desvalorização dos direitos liberais empreendida pelos regimes autocráticos que floresceram na Europa, como na Constituição portuguesa de 1933, do governo português de António de Oliveira Salazar.²³

Contudo, a principal defesa dos direitos sociais foi promovida pelo Estado social e democrático de Direito, herdeiro do Estado de Direito liberal, agora não mais os compreendendo como contrapostos, mas sim como complementares à liberdades individuais. Foi nessa perspectiva que as primeiras constituições dos chamados Estados sociais, como a Constituição de Weimar (1919), apresentaram-se como alternativa ao modelo soviético. A defesa dos ideais de solidariedade, de igualdade e de justiça social era somada à garantia da liberdade e da autonomia individual. É dessa maneira, portanto, que a *questão social* passa a fazer parte dos problemas políticos dos Estados ocidentais.²⁴

Nota-se, com essa passagem, a profunda historicidade dos direitos fundamentais. Vale dizer, é dos processos e movimentos políticos que vão sendo conformados os direitos e a estrutura do Estado. Em razão disso, é comum os autores se referirem às *dimensões* ou *gerações* de direitos fundamentais, realçando que é no desenrolar da história que vão se agregando novos direitos, bem como se modificando

²¹ A Constituição Soviética de 1936 assegurava expressamente direitos trabalhistas (art. 118 e 119), o direito à educação (art. 121), direito ao amparo material aos idosos (art. 120), direito a serviços médicos gratuitos (art. 120).

²² NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 18.

²³ NOVAIS, Jorge Reis. **Idem**, p. 19.

²⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Idem**, p. 20.

o conteúdo daqueles já existentes. A “primeira geração” de direitos seria aquela que consagrou os direitos de defesa, sendo posteriormente complementada por uma “segunda geração”, dos direitos sociais, econômicos e culturais. Englobam-se nesses direitos de “segunda geração” as chamadas “liberdades sociais” (como o direito à sindicalização, o direito de greve, direito a férias, limitação da jornada de trabalho etc.).²⁵

Impende destacar, ainda, que as chamadas gerações de direitos não se apresentam de maneira contraposta, nem como uma escala evolutiva linear. É de maneira dialética, permeada por avanços, retrocessos e contradições, que os direitos vão sendo forjados nos ordenamentos jurídicos. Os direitos, assim encarados, são reações a situações de injustiça concreta e de agressões a bens fundamentais dos cidadãos, de modo que constituem categoria materialmente aberta e mutável.²⁶ Nesse sentido, deve-se ter a cautela de evitar nivelações automáticas, como se à modificação do paradigma de Estado corresponderia uma estrutura de direitos completamente diversa.

Se é certo que as chamadas *gerações de direitos fundamentais* decorrem de uma transformação das bases de legitimação do Estado, bem como de sua relação com o indivíduo, ainda assim os planos de análise permanecem autônomos. Ou seja, no Estado de Direito liberal já havia garantia de alguns direitos sociais, assim como no Estado social são assegurados direitos de liberdade que anteriormente não eram (como o direito de greve, por exemplo). Assim, o que marca a diferença entre os direitos de liberdade e os direitos sociais não é o momento de seu nascimento, mas sim as distintas repercussões jurídicas que promovem.²⁷

²⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 48. A doutrina alude, ainda, a uma terceira, quarta e até quinta gerações de direitos. Os de terceira geração seriam os “direitos de solidariedade e fraternidade”, que apontam para os direitos de titularidade coletiva e difusa (como o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente etc.). A quarta geração, conforme sustenta Paulo Bonavides, seria composta pelo direito à democracia (incluindo a democracia direta), à informação e ao pluralismo. Na classificação do professor Bonavides, o direito à paz, sob uma perspectiva global, integra uma dimensão autônoma, a chamada quinta geração. Sobre o tema, cf. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional...** *Op. Cit.*, p. 524-526.

²⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos** (trad. Carlos Nelson Coutinho). 9ª reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 5; 33-34.

²⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 21.

O direito à saúde, nesse primeiro movimento de positivação dos direitos sociais, possuía papel de destaque para a estrutura capitalista de então. Isso porque a rápida urbanização ocorrida no século XIX, decorrente da industrialização crescente, não foi acompanhada de uma adequada estruturação das condições de higiene, de modo que as mais diversas doenças se proliferavam facilmente. A proteção da saúde dos trabalhadores, nesse contexto, se mostrava como essencial à manutenção da produtividade das fábricas, além de evitar que as moléstias se alastrassem também entre os patrões. Havia, portanto, uma pressão por parte da própria elite econômica de que o Estado assumisse a posição de garante da saúde pública.²⁸

Mas foi no século XX, em especial no segundo pós-guerra, que se ampliou a responsabilidade do Estado em matéria sanitária. Muitos países europeus, arrasados pela guerra, promoveram a reestruturação da rede de proteção sanitária, de modo a garantir a retomada do potencial produtivo de suas economias. Assim, foram instituídos sistemas de previdência social, ao qual posteriormente foram agregadas a assistência social e a saúde – é dessa maneira, inclusive, que se encontra organizada a seguridade social na Constituição Federal de 1988 (Capítulo II do Título VIII – art. 194 e ss.).²⁹

Ademais, é no segundo pós-guerra que os direitos sociais, de maneira geral, passam a ser consagrados em um número expressivo de constituições de países ocidentais, bem como a constituir objeto de variados pactos internacionais, em especial a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1948. Com efeito, resta nítida a profunda impregnação de conteúdo político dos direitos sociais. Isso, ademais, é plenamente compreensível, sobretudo porque esses direitos estão imbricados com as diversas concepções sobre as funções do Estado, o papel estatal na persecução de objetivos sociais ou sua postura diante da autonomia privada. Assim, as

²⁸ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**: parâmetros para a sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007, p. 79. Ainda, cf. PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. O direito à saúde em um contexto autopoiético. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003, p. 97-99.

²⁹ DALLARI, Sueli Gandolfi; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. Reflexões sobre a saúde pública na era do livre comércio. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003, p. 34-35.

diversas posições políticas refletem-se na importância e na justificação que cada grupo confere aos direitos sociais no contemporâneo Estado social.³⁰

Apesar dessa relação extremamente próxima entre política e direitos sociais, permanece inafastável o caráter jurídico de tais direitos, o que demanda que os raciocínios e argumentos sejam pertinentes à defesa ou à crítica em cada um desses âmbitos. Neste trabalho, o enfoque a ser dado é dos direitos sociais, e do direito à saúde em especial, enquanto problema jurídico – e tal esfera assume relevância no momento em que os direitos sociais foram recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro como bens jurídicos de natureza constitucional.

A partir desse panorama – de consagração dos direitos sociais no Direito positivo – algumas questões devem ser enfrentadas: afinal, quais as consequências de sua positivação enquanto normas constitucionais? Quais deveres jurídicos surgem para o Estado? De quais direitos gozarão os indivíduos? Quais as competências de cada um dos Poderes em relação a esses direitos? É nessa esteira que se desenvolvem os problemas ligados ao aspecto jurídico dos direitos sociais.

De qualquer forma, destaque-se, a opção por uma reflexão jurídica a respeito dos direitos sociais não significa o esvaziamento de seu conteúdo político. O recurso aos institutos típicos do Direito permite alçar a outro patamar o discurso sobre os direitos sociais. Isso porque, através da utilização de argumentos jurídicos é possível atuar diante da pluralidade de posições políticas sobre o tema, ou seja, aqueles argumentos podem encontrar aceitabilidade num contexto de razoável pluralismo. Portanto, não basta defender que os direitos sociais são *bons* ou desejáveis (argumentos de natureza política), mas sim encontrar parâmetros que permitam a resolução dos problemas jurídicos que se levantam a partir dos direitos sociais.³¹

Jorge Reis Novais aponta que a confusão entre os aspectos jurídicos e políticos dos direitos sociais é particularmente notório em contextos onde a necessidade de

³⁰ Como aponta Clèmerson Merlin Clève, as atrocidades cometidas durante a II Guerra Mundial fizeram com que a estrutura de exercício dos Poderes Públicos se modificasse profundamente, com a diminuição da liberdade conferida ao legislador e com o fortalecimento das constituições e dos órgãos responsáveis pelo exercício da jurisdição constitucional. CLÈVE, Clèmerson Merlin. A lei no Estado contemporâneo. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas essenciais: Direito Constitucional**. Vol. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 153.

³¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 25.

concretização daqueles direitos é mais candente, como no Brasil ou na África do Sul. É comum nesses ambientes que, após a consagração dos direitos sociais no texto da Constituição, adote-se uma argumentação eminentemente política de defesa desses direitos, que geralmente redunde na ideia de que “quanto mais melhor”, ou seja, seria boa toda estratégia voltada a conferir a maior efetividade possível desses direitos.³²

Tal argumentação política é notada com certa frequência na seara do direito à saúde, ainda quando estejam sendo analisadas questões eminentemente jurídicas. Verifica-se, de fato, uma quantidade enorme de ações judiciais cujos autores reclamam prestações positivas ligadas à proteção da saúde individual. A proteção política a esses direitos faz com que muitas vezes seja deferido o pedido formulado, ainda que não haja previsão normativa para a sua tutela. Embora uma postura dessa ordem seja muitas vezes considerada progressista, não se pode ignorar que o desvio indevido de recursos para atender prioritariamente às decisões judiciais pode acarretar consequências destrutivas para o sistema coletivo de proteção à saúde, em prejuízo direto daqueles cidadãos mais necessitados e que mais dependem da rede pública de atendimento.

Portanto, uma aparente boa estratégia política de máxima realização prática de direitos sociais pode promover justamente o oposto, com a desestruturação das políticas públicas de proteção social e consequente desfavorecimento dos cidadãos mais carentes. Mas isso não significa, em princípio, que os direitos sociais devem apenas salvaguardar uma posição jurídica de direito a políticas públicas (com a exclusão da dimensão subjetiva de tais direitos). Quer-se apenas mostrar que estratégias estritamente *políticas* de realização prática dos direitos sociais nem sempre são capazes de viabilizar a efetividade desses direitos.³³

Neste trabalho, assim, os direitos sociais serão analisados a partir da perspectiva jurídica. E o primeiro ponto que merece atenção nessa seara é quanto à aceitação da jusfundamentalidade desses direitos. Os direitos sociais seriam direitos fundamentais? Essa problemática surge principalmente quando se comparam aqueles direitos aos direitos de liberdade, sugerindo alguns autores que a natureza e a estrutura

³² NOVAIS, Jorge Reis. **Idem**, p. 25-26.

³³ NOVAIS, Jorge Reis. **Idem**, p. 28-29.

distintas impediriam de se colocar sob o mesmo regime jurídico-constitucional ambas as categorias de direitos fundamentais.³⁴ No outro extremo, há quem diga que não há diferenças que justifiquem a existência de regimes jurídicos diferenciados para os direitos de liberdade e os sociais. Permanecem, entre os dois polos, outros pensadores que procuram estruturar um regime intermediário, assumindo que a diferença relativa entre os diferentes direitos exige tratamentos específicos.³⁵

Jorge Reis Novais entende que a discussão sobre a jusfundamentalidade dos direitos sociais não é o principal problema a ser enfrentado no tema, principalmente em razão do fato de que muitos países, como o Brasil, possuem constituições que reconhecem expressamente os direitos sociais como fundamentais.³⁶ O cerne do problema, segundo o autor, é quanto às competências envolvidas na concretização desses direitos. Em outras palavras, partindo da consagração constitucional dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais, a quem compete definir normativamente, em última instância, o sentido, o conteúdo e o alcance que eles terão?³⁷

Tal questão, como não poderia deixar de ser, é especialmente sensível no âmbito do direito à saúde. A enorme controvérsia sobre quais tutelas seriam exigíveis juridicamente tem promovido o que contemporaneamente se chama de *judicialização* da matéria. Havendo demandas contínuas sobre as mais diversas prestações, muitas das quais não são reconhecidas pela legislação nem atendidas pela Administração, o problema corriqueiramente é direcionado para o Poder Judiciário.³⁸ Procurar respostas simplistas para esse problema – o da indeterminação *a priori* do conteúdo dos direitos sociais – conduz a soluções insuficientes. Para uma primeira aproximação, como alerta o professor Jorge Reis Novais, é importante destacar uma diferença essencial: tratar do

³⁴ Veja-se, nesse sentido, ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 205 e ss.

³⁵ Nesse sentido, cf. MIRANDA, Jorge. A discricionariedade e a implementação dos direitos sociais. In: GARCIA, Emerson (Coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 291-293; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, p. 469 e ss.; TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 40-43.

³⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 32.

³⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Idem**, p. 33.

³⁸ O problema específico da efetivação do direito à saúde pelo Poder Judiciário é objeto de análise detida no Capítulo 4 deste trabalho.

problema global dos direitos sociais é diferente de abordá-lo sob a perspectiva de um problema concreto que os envolva.³⁹

Vale dizer, o problema do direito à saúde como um todo (todas as posições jurídicas que decorrem do direito) não é o mesmo que decidir uma situação jurídica concreta, como a concessão de um medicamento requerido judicialmente. E o que se coloca sob a batuta da decisão judicial ou perante o gestor público não é o problema genérico da saúde, mas sim a falta de leitos hospitalares, a demora nos atendimentos das especialidades médicas, a ausência de tratamentos adequados para determinada doença etc. Desse modo, apesar de ser comum a referência à tutela do direito à saúde, em termos gerais, cada um de seus conteúdos, das prestações que decorrem desse direito pode exigir respostas diferenciadas para que sejam normativamente adequadas. Com isso, quer-se evitar a adoção de soluções generalizantes em relação aos direitos sociais, e em relação ao direito à saúde, pois elas mostram-se insuficientes para resolver os problemas que se propõem.

Na sequência do trabalho buscar-se-á, justamente, investigar detalhadamente as questões jurídicas em torno do conteúdo do direito à saúde, haja vista sua consagração constitucional como direito fundamental social (art. 6º da Constituição). Isso implica esclarecer, de início, quais as posições jusfundamentais asseguradas por aquele direito. Ou, em outros termos, quais as funções que o direito à saúde pode exercer na realidade concreta.

1.1.2 Multifuncionalidade do direito fundamental à saúde

Comumente a delimitação das características dos direitos sociais é feita em contraposição aos direitos de liberdade – realçando-se a diferença ou a semelhança existente entre ambas as categorias. Essa distinção toma por base, em geral, os Pactos Internacionais de proteção dos direitos humanos articulados pela ONU: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) – o primeiro consignaria os direitos de liberdade, enquanto que o segundo registraria os direitos sociais.⁴⁰ Contudo,

³⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 34.

⁴⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Idem**, p. 36.

deve-se ter cautela ao se fazer qualquer paralelo entre direitos fundamentais, considerados aqueles consagrados no plano constitucional interno, e direitos humanos, reconhecidos no plano internacional.⁴¹ Nota-se, com efeito, que esta equiparação entre os planos negligencia uma diferença essencial: os tratados internacionais, por sua própria natureza, impõem obrigações ao Estado, não reconhecem direitos subjetivos públicos do cidadão.⁴²

Esta ressalva não diminui a importância da análise dos direitos sociais no âmbito de sua proteção internacional.⁴³ A preocupação deste trabalho, contudo, assume uma perspectiva dogmaticamente diferente, de matriz jurídico-constitucional, partindo, assim, das consequências advindas da posituação dos direitos sociais pela Constituição brasileira. Percebe-se, nesse sentido, que o legislador constitucional de 1988 inseriu no capítulo II (Dos Direitos Sociais), Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) da Constituição, os direitos que normalmente integram o corpo de direitos sociais debatido pela doutrina e jurisprudência, como o direito à educação, o direito à saúde, o direito à alimentação, o direito ao trabalho, o direito à moradia. Este pode ser considerado o *corpus* essencial sobre o qual têm sido refletidas as consequências jurídicas de seu reconhecimento como direitos constitucionais.

De acordo com Robert Alexy, cada direito fundamental encarta variadas possibilidades de eficácia jurídica, vale dizer, são feixes de posições jusfundamentais. Esse é o principal traço da multifuncionalidade de que gozam, de modo que não há direitos que atuam exclusivamente como direitos de defesa ou como direitos a prestações.⁴⁴ Tal divisão – entre direitos de defesa e direitos a prestações – no máximo pode ser utilizada, em termos didáticos, como critério para uma classificação dos direitos fundamentais a partir de sua função mais aparente, predominante (que também

⁴¹ NOVAIS, Jorge Reis. *Idem*, p. 37. Ainda, cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 81 e ss.

⁴² Merece menção a ressalva feita por José Joaquim Gomes Canotilho, de que uma análise a partir de uma perspectiva essencialmente internacional pode contribuir para o enfraquecimento do sentido da constitucionalização dos direitos sociais, transpondo-os do âmbito da proteção jurídica interna para o “leito universalístico” dos direitos humanos. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: _____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 104.

⁴³ Sobre o tema, cf. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional internacional**. 7ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 186 e ss.

não é inerente ao direito, dependendo do contexto histórico e da situação concreta que se apresente).⁴⁵ Ainda, a multifuncionalidade não se restringe à garantia de variadas posições jurídicas *subjetivas*. Os direitos fundamentais também possuem uma dimensão de eficácia *objetiva* (de deveres de respeito, de proteção e de promoção), que será mais detalhadamente estudada no próximo tópico deste trabalho (item 1.1.3).

Aliás, a reconhecida multifuncionalidade dos direitos fundamentais não é dado novo. Como aponta Ingo Sarlet, esta reflexão pode ser reconduzida ao pensamento do juspublicista alemão Georg Jellinek, segundo o qual a vinculação do indivíduo ao Estado é refletida em quatro posições jurídicas (*status*), que o qualificam em relação ao Poder Público:⁴⁶ (i) *status* passivo, caracterizado pelas situações em que o sujeito é mero detentor de deveres jurídicos, que se sujeita aos comandos impostos pelo Estado; (ii) *status* negativo (*status libertatis*), que demarcaria um âmbito de proteção individual, imune às intervenções do Poder Público (dentro dos parâmetros autorizados pelo Direito); (iii) *status* positivo (*status civitatis*), que complementaria o *status* negativo, garantindo ao indivíduo a possibilidade jurídica de exigir condutas positivas do Estado; (iv) *status activus*, mediante o qual é autorizado ao cidadão participar diretamente nos procedimentos de definição da vontade estatal, como é o caso do direito ao voto.⁴⁷

Diversas são as críticas que a doutrina tem apontado à formulação de Jellinek.⁴⁸ Para os fins deste texto, contudo, é importante fazer um panorama das construções teóricas nesse tema, principalmente quanto aos desenvolvimentos que vem recebendo pela doutrina brasileira. Assim, ainda que a classificação das funções não

⁴⁵ Ingo Wolfgang Sarlet classifica os direitos fundamentais a partir de sua função predominante. A partir desse enfoque, o autor critica, por exemplo, a técnica legislativa utilizada pelo legislador constituinte brasileiro de 1988, que, por exemplo, elencou no capítulo destinado aos direitos sociais direitos que exerceriam uma função predominantemente de defesa, como é o caso da limitação da jornada de trabalho (art. 7º, incisos XIII e XIV), a liberdade de associação sindical (art. 8º) e o direito de greve (art. 9º). SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 174.

⁴⁶ Para uma análise detalhada do pensamento de Jellinek, cf. FARIAS, Edilson Pereira. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2ª ed. atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 82 e ss.; Ainda, cf. PÉREZ LUÑO, António Enrique. **Los derechos fundamentales...** *Op. Cit.*, p. 58.

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 155-157.

⁴⁸ Uma análise mais detida sobre as críticas pode ser encontrada em SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p.157-159; ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales...** *Op. Cit.*, p. 233.

seja o problema central a ser enfrentado no que tange aos direitos sociais, uma adequada sistematização permite clarificar, de maneira global, o alcance e os limites desses direitos. Com isso, viabiliza-se o delineamento de parâmetros objetivos que permitam uma aproximação normativa do conteúdo dos direitos sociais, em geral, e do direito à saúde, em especial.⁴⁹

No âmbito da doutrina, não só brasileira⁵⁰ como também estrangeira⁵¹, as ideias de Jellinek têm sido frutíferas para a elaboração de uma classificação funcional dos direitos fundamentais.⁵² De acordo com os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet, uma primeira aproximação ocorre com a divisão das funções em dois grandes grupos: (i) direitos fundamentais como direitos de defesa e (ii) direitos fundamentais como direitos a prestações (de natureza fática ou jurídica).

Ainda, Clèmerson Merlin Clève acrescenta a função de *não discriminação*, que veda a adoção de medidas discriminatórias injustificadas em face dos cidadãos, como forma indispensável de se assegurar a igualdade e a universalidade no acesso aos bens e serviços prestados pelo Estado.⁵³ Por sua vez, a função prestacional divide-se em dois subgrupos: (ii.1) direitos a prestações em sentido amplo (os quais, por sua vez, compreendem os direitos de proteção e os direitos à participação na organização e procedimento); (ii.2) direitos a prestações em sentido estrito (direitos a prestações materiais sociais).⁵⁴

Neste ponto, impende realçar a advertência feita anteriormente: esta divisão não permite a conclusão de que os chamados direitos de primeira geração funcionariam exclusivamente como direitos de defesa, enquanto que os direitos de

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 159.

⁵⁰ Por exemplo, CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais...* *Op. Cit.*, p. 102; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde...** *Op. Cit.*, p. 34 e ss.

⁵¹ Como, por exemplo, ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales...** *Op. Cit.*, p. 247 e ss. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição...** *Op. Cit.*, p. 552 e ss.; ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição...** *Op. Cit.*, p. 192 e ss.

⁵² Sobre as principais posições doutrinárias a respeito da classificação dos direitos fundamentais, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 162-165.

⁵³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais...* *Op. Cit.*, p. 102.

⁵⁴ Adotando classificação ligeiramente diferente, Thiago Marrara e Lydia Nunes apontam as funções de defesa, de prestação e de participação. Cf. MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Reflexões sobre o controle das políticas de saúde e de medicamentos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, p. 213-231, abr./jun. 2010, p. 217.

segunda geração funcionariam apenas como direitos a prestações. Isso porque, ainda que seja possível identificar uma eficácia predominante (defensiva ou prestacional), os direitos sociais podem assumir uma dimensão defensiva, assim como os direitos de liberdade podem assumir uma dimensão prestacional.⁵⁵

Apesar de ambos realizarem funções de defesa e funções prestacionais, Jorge Reis Novais aponta para duas características que notabilizam os direitos sociais: (i) o objeto de proteção desses direitos aponta para o acesso de cada indivíduo a bens de natureza econômica, social e cultural que sejam indispensáveis à vida digna; (ii) a particularidade desses bens é que são escassos, de modo que os indivíduos apenas acedem a eles se forem despendidos recursos, por eles próprios ou pelo Estado, no fornecimento de prestações fáticas. Basicamente, os direitos sociais são aqueles que impõem deveres ao Estado de que sejam fornecidos aos particulares bens econômicos, sociais ou culturais fundamentais, que demandam recursos não negligenciáveis.⁵⁶

Isso não significa que os direitos de liberdade não possuem custos para serem efetivados.⁵⁷ Também não significa que qualquer conteúdo concreto dos direitos sociais é financeiramente custoso. O que se quer aclarar é que as normas que positivam direitos sociais, indispensáveis para uma vida digna e para o bem-estar, não impõem apenas deveres negativos ao Estado, ou seja, não basta ao Poder Público respeitar e proteger a iniciativa individual dos cidadãos para acessar esses bens. É necessário, portanto, que sejam realizadas prestações fáticas que promovam o alcance desses bens por quem não dispõe de condições próprias de fazê-lo.⁵⁸

Novais distingue em três categorias os deveres estatais que decorrem da consagração dos direitos sociais: dever de respeitar, dever de proteger e dever de promover. Esta tripartição é análoga àquela que os divide em relação às *funções* que podem ser desempenhadas pelos direitos fundamentais – função de defesa e função de prestação.⁵⁹ Há que se ressaltar, todavia, que não se excluem as análises quanto aos *deveres* do Estado e quanto às *funções* exercidas pelos direitos. Cada uma apenas destaca aspectos que integram igualmente a reflexão dogmática dos direitos sociais –

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 166.

⁵⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 41-42.

⁵⁷ O tema será analisado de maneira mais detida no subcapítulo 1.2.2, abaixo.

⁵⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais...** *Op. Cit.*, p. 99.

⁵⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 42.

na medida em que os direitos podem exercer variadas funções, de acordo com a situação concreta analisada, surgem para o Estado deveres correlatos à respectiva função. Compreender adequadamente este ponto é essencial para a formação de uma dogmática unitária dos direitos fundamentais, que englobe tanto direitos de liberdade como direitos sociais, sem que sejam desconsideradas as peculiaridades inerentes a cada um deles.⁶⁰

Esses deveres estatais se traduzem, nas esferas jurídicas dos cidadãos, em pretensões, opostas ao Estado, para que lhes seja garantido o acesso aos bens tutelados pelos direitos sociais. Como um enorme contingente de cidadãos, em qualquer país, não é capaz de, por seus próprios meios, aceder àqueles bens, acaba-se muitas vezes por ressaltar demasiadamente uma das dimensões de eficácia dos direitos sociais: a que diz respeito ao dever que pesa sobre o Estado de fornecer prestações fáticas aos indivíduos. Por isso que a tendência é a de se tomar os direitos sociais a partir dessa característica peculiar, como se o que os caracterizasse fosse exclusivamente a imposição de obrigações de fazer, ou seja, como se consubstanciassem apenas direitos positivos – enquanto que, por outro lado, os direitos de liberdade seriam caracterizados por apresentarem natureza eminentemente negativa, exigindo tão somente uma postura abstencionista do Estado para verem-se concretizados.⁶¹

Impende destacar, contudo, que tal característica não exaure todas as dimensões normativas dos direitos sociais, de modo que uma adequada compreensão exige a investigação de todos os demais âmbitos de eficácia em que eles se desdobram. Portanto, além de imporem deveres positivos de prestações fáticas materiais (dever de promoção), os direitos sociais também geram ao Estado os deveres de respeitá-los e protegê-los. Certo é que todos esses deveres não surgem concomitantemente em qualquer situação. Cada circunstância, em um dado contexto histórico de

⁶⁰ Nesse sentido, como ressaltam Thiago Marrara e Lydia Nunes, que escrevem sob a ótica da positivação do direito à saúde na Constituição Federal de 1988, “o direito à saúde passou a ser a somatória de deveres estatais e, cada vez mais, um conjunto de direitos subjetivos exercidos perante o Estado e também terceiros.” MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Reflexões sobre o controle das políticas... *Op. Cit.*, p. 213.

⁶¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 43.

desenvolvimento econômico e tecnológico da sociedade, demandará uma eficácia específica do direito social.⁶²

O direito à saúde é capaz de ilustrar essa situação. Um cidadão brasileiro que dispõe de plano de saúde e que nunca utilizou o Sistema Único de Saúde (SUS) poderia até desejar que o Estado lhe proveesse todos os tratamentos e medicamentos de que precisa. Contudo, como ele já desfruta de uma boa cobertura privada contra moléstias que lhe ataquem a integridade física, sem que isso lhe onere de maneira significativa, é plausível que lhe releve especialmente a dimensão negativa desse direito social – ou seja, que ao menos o Estado se abstenha de intervir arbitrariamente sobre as suas escolhas individuais, por exemplo, em relação aos médicos que pretende consultar. Por outro lado, ocorrendo uma repentina epidemia de gripe aviária, situação em que a quantidade de vacinas se mostre insuficiente para atender a toda a população, este mesmo indivíduo pode passar a exigir que o Estado adote as medidas necessárias para que seja viabilizado o acesso universal à vacina.

Diferentemente, um cidadão cuja renda familiar seja de dois salários mínimos⁶³ certamente terá mais realçada, em sua esfera jurídica, a dimensão prestacional do direito à saúde, haja vista sua completa incapacidade de aceder por seus próprios meios aos mais simples tratamentos médicos. Esse panorama apresentado, apesar da certa trivialidade, é fonte de frequentes equívocos, não só em relação aos direitos sociais, mas também em relação aos direitos de liberdade – como se estes possuíssem apenas uma dimensão negativa, de modo que seriam de aplicabilidade plena, já que exigiriam somente que o Estado se abstinhasse de intervenções indevidas.

Portanto, para se delinear uma compreensão adequada do regime jurídico dos direitos sociais, e do direito à saúde em específico, é essencial ter claro o caráter multifuncional e complexo que possuem. Nesse sentido, a contraposição entre direitos sociais e de liberdade, como se fossem detentores de regimes jurídicos abissalmente

⁶² NOVAIS, Jorge Reis. *Idem*, p. 44.

⁶³ Realidade, aliás, que atinge a maior parte da população brasileira. Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística revelam que, em 2010, 72% das pessoas empregadas, no Brasil, recebiam remuneração de até dois salários mínimos. O estudo pode ser encontrado em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Resultados_Gerais_da_Amostra/resultados_gerais_amostra.pdf> Acesso em 12/10/2012.

diversos, muitas vezes decorre da incompreensão da complexidade inerente aos direitos fundamentais de modo geral.⁶⁴

Quanto às funções realizadas pelos direitos, a função de *defesa* corresponde à concepção tradicional dos direitos fundamentais, de vertente liberal-burguesa, cujo desenvolvimento inicial deu-se com as revoluções do século XVIII. Nesse contexto, os direitos fundamentais desempenhavam o papel de assegurar ao indivíduo um âmbito de autonomia, de liberdade, contra ingerências arbitrárias do poder estatal. Esta faceta dos direitos fundamentais, portanto, ressalta os deveres de abstenção que se impõem ao Estado.⁶⁵

Apesar de a concepção sobre as funções dos direitos fundamentais ter se modificado, dialeticamente, ao longo da história, a atuação dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa ainda cumpre um relevante papel. Ou seja, mesmo no contexto do Estado democrático de direito os cidadãos não estão imunes a intervenções estatais indevidas, de modo que, ao funcionar como direitos de defesa, os direitos fundamentais asseguram uma esfera de proteção do indivíduo contra agressões externas, seja do próprio Estado ou mesmo de outros cidadãos.⁶⁶ Não que o Estado não possa intervir na esfera jurídica do cidadão, mas essa intervenção não pode ser arbitrária. Isso impõe que a ingerência, nos casos autorizados pela Constituição e pela lei, deverá ocorrer mediante o respeito às condições materiais e procedimentais estabelecidas pelo ordenamento jurídico.

Canotilho destaca que, enquanto direitos de defesa, os direitos fundamentais atuam sob uma dimensão dupla: (i) no plano jurídico-objetivo, impõem competências

⁶⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 44.

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 168.

⁶⁶ Como destaca Virgílio Afonso da Silva, não é somente o Estado que pode agredir a esfera jurídica dos cidadãos. De acordo com o autor, “Uma das principais mudanças de paradigma, que, no âmbito do Direito Constitucional, foram responsáveis pelo reconhecimento de uma constitucionalização do direito e, sobretudo, de um rompimento nos limites de produção de efeitos dos direitos fundamentais somente à relação Estado-cidadãos foi o reconhecimento de que, ao contrário do que uma arraigada crença sustentava, não é somente o Estado que pode ameaçar os direitos fundamentais dos cidadãos, mas também outros cidadãos, nas relações horizontais entre si.” SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1ª ed., 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 52. No mesmo sentido, Sarlet reconhece que os direitos de defesa são oponíveis inclusive em relação aos demais particulares, protegendo a esfera de autonomia do cidadão contra qualquer ingerência indevida. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 169.

negativas ao Estado, vedando intervenções indevidas; (ii) no plano jurídico-subjetivo, conferem aos cidadãos a prerrogativa de exigirem que o Poder Público se abstenha de promover agressões à sua esfera jurídica individual.⁶⁷ Nesse sentido, não há maiores problemas em se reconhecer a atuação das liberdades fundamentais (primeira geração de direitos) enquanto direitos de defesa. Contudo, também os direitos sociais possuem uma eficácia defensiva, que consiste, basicamente, na impugnação de atos que possam ser ofensivos ao bem jurídico que tutelam (como a ingerência indevida no âmbito da saúde individual do cidadão).

Deve se ressaltar, de qualquer modo, que há uma diferença entre a função de defesa e a função de proteção do direito fundamental: enquanto a primeira se destina a impedir que o Estado intervenha arbitrariamente na esfera jurídica dos cidadãos, a segunda impõe ao Poder Público o dever de evitar, através de uma atuação positiva, que terceiros promovam intervenções ilícitas.⁶⁸

O direito à saúde, nesse compasso, assegura aos cidadãos feixes de posições jusfundamentais, que se manifestam na forma de direitos de defesa e de direitos a prestações, embora seja possível nele identificar uma função predominantemente prestacional, sobretudo em países que possuem baixo nível de desenvolvimento socioeconômico. Atuando enquanto direito de defesa, o direito à saúde impõe que o Estado e outros particulares se abstenham de intervir indevidamente no âmbito de liberdade pessoal relacionada à saúde do indivíduo. Por exemplo, não se admite que o Estado obrigue um cidadão, portador do vírus HIV, a realizar um tratamento medicamentoso tradicional. Este mesmo indivíduo goza de autonomia para definir qual orientação médica utilizará para tratar sua doença. Igualmente, como direito de defesa, o direito à saúde assegura que nenhum médico decida arbitrariamente, por exemplo, qual procedimento cirúrgico será adotado em um paciente que tenha pleno domínio de suas faculdade mentais. Ainda, um cidadão adepto da religião

⁶⁷ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da constituição...** *Op. Cit.*, p. 405.

⁶⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales...** *Op. Cit.*, p. 195-196.

Testemunhas de Jeová pode se recusar a receber transfusão de sangue, desde que haja manifestação expressa de sua vontade.^{69 70}

Funcionando como direito a prestações, o direito à saúde determina que o Poder Público adote condutas positivas, de natureza fática e normativa. A função de direito a prestações em sentido amplo impõe que sejam adotadas medidas protetivas (direitos de proteção) e que sejam instituídos procedimentos e organizações aptos à tutela do cidadão (direitos à participação na organização e no procedimento). As primeiras se expressam na obrigação de que o Estado estruture mecanismos que protejam a esfera individual e coletiva dos cidadãos, como é o caso da atuação da vigilância sanitária, voltada à coibição de condutas que possam gerar danos à saúde pública. Da mesma forma, o Poder Público deve editar normas (prestações normativas) de utilização da propriedade urbana que obriguem, por exemplo, o proprietário de terreno baldio a mantê-lo limpo, de modo a evitar a proliferação de transmissores de doenças.

Por outro lado, o Estado deve estruturar organizações e procedimentos que viabilizem a proteção e promoção do direito à saúde. Ainda, tais organizações e procedimentos devem estar abertos à possibilidade de participação dos indivíduos, que poderão participar do processo de formação da vontade estatal. Neste ponto específico, anote-se que a própria Constituição Federal estabeleceu, em seu art. 198, que as ações e serviços de saúde conformarão um sistema único – o Sistema Único de Saúde (SUS), que tem como uma de suas diretrizes justamente a participação da comunidade (art. 198, inciso III). Não basta, portanto, reconhecer formalmente o direito à saúde como direito fundamental. Deve-se, igualmente, assegurar a existência de uma organização, adequadamente estruturada, que esteja apta a suprir as demandas da população.

⁶⁹ Esta dimensão defensiva é, inclusive, reconhecida pelo próprio Código de Ética Médica (Resolução nº 1931/2009 do Conselho Federal de Medicina) em diversos dispositivos, como no art. 31 (“Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte”), art. 42 (“Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre método contraceptivo, devendo sempre esclarecê-lo sobre indicação, segurança, reversibilidade e risco de cada método”), entre outros.

⁷⁰ Claro que há casos mais complexos, em que a esfera de autonomia do sujeito é restringida justamente em razão de outros direitos igualmente tutelados pelo ordenamento jurídico. Por exemplo, cidadãos que sejam portadores de transtornos mentais podem ser involuntária ou compulsoriamente internados como última medida necessária à proteção da integridade do próprio cidadão portador da doença, como das pessoas que com ele convivem. A matéria é regulamentada pela Lei nº 10.216/2001.

Igualmente, devem ser estabelecidos procedimentos que permitam ao indivíduo a reclamação das tutelas necessárias ao respeito, proteção e promoção de sua saúde.

Finalmente, o direito à saúde também se desdobra em direitos a prestações em sentido estrito, que se caracterizam pelas mais diversas atuações positivas do Estado, de natureza fática, voltadas a garantir ao cidadão o acesso aos bens e serviços de saúde. Surgem, por conseguinte, diversos deveres estatais, como o de construção de hospitais públicos, o de manutenção de condições dignas de atendimento nos postos de saúde, de fornecimento de medicamentos àqueles que não podem aceder a eles por seus próprios meios, dentre diversos outros.

É imenso o rol de ações às quais se vincula o Estado e, especialmente, a Administração Pública. Nem todas estão normatizadas de maneira explícita, seja através de lei formal, seja através de regulamentação administrativa. Aqui reside um dos principais problemas em relação à efetividade do direito à saúde, ou seja, como definir quais prestações estariam englobadas pelo direito à saúde – apenas seriam sindicáveis aquelas definidas expressamente pelo legislador ou por ato normativo da Administração Pública? A sindicabilidade judicial desse direito restringir-se-ia, portanto, apenas a tais conteúdos? Ao longo do trabalho estes temas serão enfrentados de maneira mais detida. No próximo tópico será realizada uma primeira aproximação a essa problemática ao se abordar a aplicabilidade imediata de que gozam os direitos fundamentais em razão do art. 5º, § 1º da Constituição Federal.

1.1.3 Regime jurídico-constitucional do direito fundamental à saúde

Assentada, pois, a compreensão geral sobre a multifuncionalidade dos direitos sociais, e do direito à saúde em especial, o trabalho passa a delinear o regime jurídico definido estabelecido pela Constituição Federal de 1988 e seus principais desdobramentos. Cabe uma análise como ponto de partida: a jusfundamentalidade do direito, elemento que permite sua inclusão no respectivo regime jurídico, pode ser considerada sob duas perspectivas, uma formal e outra material.

A fundamentalidade formal decorre da consagração expressa desses direitos no texto constitucional. Na Constituição Federal, o Título II é dedicado exclusivamente aos “direitos e garantias fundamentais”, que compreende os “direitos e

deveres individuais e coletivos” (Capítulo I), os “direitos sociais” (Capítulo II), a “nacionalidade” (Capítulo III), os “direitos políticos” (Capítulo IV) e os “partidos políticos” (Capítulo V). Tal classificação feita pelo legislador constituinte, contudo, não deve ser encarada como absoluta: ou seja, “a *afirmação* constitucional deve ser sujeita ao crivo da crítica teórica, da doutrina e da jurisprudência”⁷¹, de modo que sejam balizadas com maior rigor a natureza e a respectiva força vinculativa do direito.⁷²

A jusfundamentalidade formal do direito implica as seguintes consequências jurídicas principais: (i) por integrarem a Constituição, ocupam o lugar mais alto do ordenamento jurídico; (ii) por serem normas constitucionais, sua alteração encontra limites formais (na medida em que o procedimento de emenda à Constituição é mais rigoroso em relação ao procedimento legislativo ordinário), bem como consubstanciam limites materiais à reforma constitucional (cláusulas pétreas)⁷³; (iii) por fim, são normas imediatamente aplicáveis, em razão da disposição expressa do art. 5º, § 1º da Constituição⁷⁴, motivo pelo qual vinculam os entes estatais e os agentes privados.⁷⁵

⁷¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 270.

⁷² É comum a crítica feita por alguns autores em relação à classificação feita pelo legislador constituinte de 1988. Por exemplo, Ingo Sarlet realça que alguns direitos típicos de primeira geração foram inseridos no rol destinado aos direitos sociais, como o direito de associação sindical (art. 8º) e o direito de greve (art. 9º). De qualquer forma, em relação ao direito à saúde não há qualquer equívoco na opção do constituinte, que corretamente o inseriu no catálogo dos direitos sociais, haja vista a natureza do bem jurídico que protege. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 75.

⁷³ Apesar de o art. 60, § 4º, inciso IV referir que os direitos e garantias *individuais* não podem ser abolidos mediante emenda constitucional, a doutrina assevera que, a partir de uma leitura sistemática da Constituição deve-se considerar que os direitos sociais constituem igualmente limites materiais à reforma do texto. Em síntese, os motivos para tal conclusão são os seguintes: (i) a Constituição Federal não traçou regimes jurídicos distintos para os direitos de liberdade e os direitos sociais; (ii) uma interpretação restritiva, de que apenas os direitos previstos no art. 5º consubstanciariam limites materiais, conduziria à conclusão de que outros direitos e garantias individuais (como o direito à nacionalidade e os direitos políticos – insculpidos nos arts. 12 e 14, respectivamente) estariam excluídos do rol de proteção; (iii) os partidários da interpretação restritiva partem da equívoca premissa de que há uma profunda diferença estrutural entre os direitos de defesa e os direitos sociais, quando, na verdade, ambos desdobram-se em diversas funções (de defesa e prestacional), inexistindo, pois, motivo para se erigir apenas uma categoria à condição de limite material à reforma. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 423.

⁷⁴ Art. 5º, § 1º da Constituição Federal: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

⁷⁵ Sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito...** *Op. Cit.*; STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004.

A fundamentalidade material, por outro lado, denota o fato de que os direitos fundamentais consubstanciam as decisões mais importantes sobre a estrutura do próprio Estado. Para se atestar a fundamentalidade material do direito é indispensável a análise de seu conteúdo, ou seja, apenas se conclui tratar-se de direito materialmente fundamental quando se constata que o bem ou posição jurídica por ele protegida representa uma decisão essencial em relação à estrutura do Estado.⁷⁶

Ainda, é de se assinalar que a Constituição Federal de 1988 adota um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, em razão do disposto no art. 5º, § 2º.⁷⁷ Isso significa que, a despeito de não constarem no rol expresso previsto pelo texto constitucional, outros direitos e garantias poderão ser considerados igualmente fundamentais.⁷⁸ A esses direitos, embora não explícitos no texto constitucional, aplicar-se-ia o mesmo regime jurídico privilegiado reconhecido àqueles formalmente insertos na Carta Magna.⁷⁹

Ainda no que tange às funções desempenhadas pelos direitos fundamentais, há que se destacar a dupla perspectiva em que podem ser considerados: perspectiva jurídico-objetiva e jurídico-subjetiva. Ou seja, além de garantirem direitos subjetivos aos seus titulares, representam também elementos objetivos, com consequências dogmáticas específicas. A perspectiva objetiva denota que os direitos fundamentais, ao materializarem na Constituição as opções valorativas do constituinte, assumem uma eficácia que incide sobre todo o ordenamento jurídico, constituindo vetores de atuação para todas as instâncias do Estado. Desse modo, compreende-se que aqueles direitos

⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Interesse Público - IP**, ano 3, n. 12, out./dez. de 2001, p. 91-107. Sapucaia do Sul: Notadez, 2001, p. 96.

⁷⁷ Art. 5º, § 2º da Constituição Federal: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

⁷⁸ Em relação à concepção formal e material de direitos fundamentais, cristalina a definição de Ingo Wolfgang Sarlet: “Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do Direito Constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo).” SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 77.

⁷⁹ Sobre o tema, cf.: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais... Op. Cit.**, p. 79-140; NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 47-48.

não representam apenas garantias acerca de posições jurídicas individuais, apresentando-se como um conjunto de valores institucionalizados, cuja observância é obrigatória para os poderes públicos.⁸⁰

É de se notar, outrossim, que a perspectiva objetiva é de caráter autônomo em relação à perspectiva subjetiva. Vale dizer, cada direito fundamental, pelo fato de guardar um bem ou uma posição jurídica de importância essencial, reconhecida pelo legislador constituinte, espraia conteúdos normativos que não se resumem à esfera individual do cidadão, exurgindo deveres específicos aos poderes constituídos, vinculando sua atuação.⁸¹ De qualquer modo, a questão central em relação ao regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais, seja em relação à dimensão objetiva seja em relação a dimensão subjetiva, encontra-se justamente na previsão do art. 5º, § 1º da Constituição – afinal, quais as consequências dogmáticas em razão da aplicabilidade imediata daqueles direitos?

Antes de se aprofundar a análise do art. 5º, § 1º da Constituição, é necessário clarificar uma questão conceitual a respeito do termo *aplicabilidade*. Conforme os ensinamentos de José Afonso da Silva, há que se distinguir as noções de eficácia jurídica e eficácia social. Aquela estaria conectada à possibilidade de produção de efeitos jurídicos, vale dizer, à aptidão para disciplinar as situações e comportamentos previstos pela norma. Assim, a eficácia jurídica relaciona-se à aplicabilidade, à potencial exigibilidade da norma. Por outro lado, a eficácia social consiste na concreta observância da norma no plano fático.⁸² Nesse sentido, o termo eficácia social corresponde à noção de *efetividade*, quando os comandos normativos são aplicados à realidade social que visam regular.⁸³ Nesse sentido, para José Afonso da Silva aplicabilidade e eficácia jurídica aparecem como termos imbricados, haja vista que para que a norma seja aplicável (ou seja, para que possa incidir no caso concreto) ela deve ter a capacidade de produzir efeitos jurídicos (eficácia).^{84 85}

⁸⁰ PÉREZ LUÑO, António Enrique. **Los derechos fundamentales...** *Op. Cit.*, p. 20.

⁸¹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais... *Op. Cit.*, p. 100.

⁸² SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 55-56.

⁸³ Nesse sentido, cf. BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 81; SCHIER, Paulo Ricardo. **Filragem constitucional** : construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 76.

⁸⁴ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais...** *Op. Cit.*, p. 50.

Assim, considerando que as normas definidoras de direitos fundamentais são imediatamente aplicáveis, há que se afastar um primeiro possível equívoco: o fato de o referido dispositivo (artigo 5º, § 1º da Constituição) estar situado no capítulo destinado aos direitos e garantias individuais e coletivos (que em princípio compreendem apenas direitos de liberdade) não permite a conclusão de que seria aplicável somente aos direitos lá enumerados. Isso porque, basicamente: (i) mesmo que se adote uma interpretação estritamente literal, a própria norma não faz qualquer restrição quanto às categorias de direitos fundamentais a que se dirige; (ii) ainda, verifica-se que no capítulo destinado aos direitos sociais (capítulo II do Título II da Constituição) estão inscritos alguns típicos direitos de liberdade (como o direito à nacionalidade e os direitos políticos – artigos 12 e 14, respectivamente), de modo que não seria razoável supor que haveria um regime diferenciado para os direitos previstos no art. 5º, em detrimento dos demais.⁸⁶

Assentado, portanto, que a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais se refere igualmente aos direitos de liberdade e aos direitos sociais, deve-se refletir sobre o alcance de tal dispositivo em relação a esta última categoria, especialmente no que tange ao direito à saúde. De início, é importante registrar a posição extrema de Eros Roberto Grau, de acordo com quem todas as normas de direito fundamental viabilizam a reclamação de direito subjetivo individual, ainda que inexista intermediação do legislador infraconstitucional.⁸⁷ A posição assinalada ilustra a divergência que existe em relação à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais: é sempre necessária a *interpositio legislatoris* para que aquelas normas gerem direitos subjetivos aos seus titulares?⁸⁸

A lição clássica de José Afonso da Silva classifica as normas constitucionais, de acordo com sua eficácia, em três categorias: (i) normas de eficácia plena (aquelas

⁸⁵ Divergindo desse entendimento, Virgílio Afonso da Silva adota a posição de que a aplicabilidade envolve uma dimensão fática, não existente no âmbito da eficácia jurídica. SILVA, Virgílio Afonso da. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. 2ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 278.

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 262-263.

⁸⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 317-318.

⁸⁸ Sobre a divergência na doutrina quanto ao tema, confira HACHEM, Daniel Wunder. **Mandado de injunção e direitos fundamentais**: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 52-56.

que estão aptas para a produção de seus efeitos desde a sua entrada em vigor); (ii) normas de eficácia contida (capazes de produzir seus efeitos de imediato, mas sujeitas à possibilidade de restrições por parte do legislador infraconstitucional); (iii) normas de eficácia limitada (possuem aplicabilidade indireta e reduzida, pois não gozam da normatividade necessária para a produção de seus efeitos principais – as normas dessa categoria demandam, necessariamente, uma mediação do legislador infraconstitucional).⁸⁹

Partindo dessa classificação, poder-se-ia cogitar que todas as normas de direito fundamental seriam de eficácia plena, haja vista o disposto no art. 5º, § 1º da Constituição – como, de fato, é defendido por alguns autores.⁹⁰ Contudo, é preciso levar em conta que, a despeito de todos os direitos fundamentais serem dotados de algum nível de eficácia e aplicabilidade, ele não será o mesmo para todos os direitos, em todas as funções que possa exercer. Ou seja, a depender da forma como foram positivados no texto da Constituição, e as funções que deve cumprir na realidade concreta, os direitos fundamentais reclamam muitas vezes a intervenção concretizadora do Estado, em especial do legislador – Virgílio Afonso da Silva alega que não existe norma constitucional que não demande alguma forma de regulamentação, assim como não há norma que não possa ser restringida.⁹¹

O fato de demandar mediação legislativa não significa, portanto, que a norma é desprovida de aplicabilidade, mas sim que vários de seus conteúdos normativos, para serem exigíveis, reclamam algum tipo de regulamentação. De qualquer forma, ainda que exijam intermediações regulamentadoras, as normas de direitos fundamentais permanecem vinculantes, *dirigentes*⁹², de modo a impor obrigações aos Poderes do Estado a adoção de medidas que ampliem a extensão de aplicabilidade daqueles direitos. As normas definidoras de direitos fundamentais não são, portanto, de natureza

⁸⁹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais...** *Op. Cit.*, p. 101 e ss.

⁹⁰ Como, por exemplo, Eros Roberto Grau. Cf. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988...** *Op. Cit.*, p. 317-318.

⁹¹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 230.

⁹² Consoante nomenclatura utilizada por Canotilho. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

meramente programática.⁹³ Inclusive são previstos mecanismos processuais para garantir que, diante de omissões do Poder Público, possa o cidadão ter seu direito concretizado.⁹⁴

Diante desse panorama, delineando um entendimento constitucionalmente adequado a respeito da aplicabilidade dos direitos fundamentais, Sarlet sustenta que é possível dividir a existência de dois grupos de normas definidoras de direitos fundamentais: (i) aquelas que, por serem dotadas de baixo nível de normatividade, apenas estarão aptas a produzir plenamente seus efeitos mediante uma intervenção regulamentadora; e (ii) aquelas que já gozam de nível suficiente de normatividade, o que viabiliza a imediata produção de seus efeitos, de forma plena.⁹⁵

Esse entendimento parte do pressuposto da natureza principiológica do disposto no art. 5º, § 1º da Constituição Federal, impondo, portanto, um mandado de otimização, dirigido ao Estado, para que seja conferida a máxima eficácia aos direitos fundamentais. Assim, e partindo da diferenciação de Robert Alexy entre princípios e regras⁹⁶, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais não pode ser considerada sob o viés do *tudo ou nada* (típico das normas-regra), de modo que será necessário analisar o caso concreto para saber se a norma é apta à produção do efeito reclamado.⁹⁷

Nessa esteira, é ilustrativa a reflexão de Jorge Reis Novais. De acordo com o autor, é possível diferenciar os direitos fundamentais a partir de três critérios principais: (i) quanto à forma de positivação realizada pelo legislador constituinte; (ii)

⁹³ As quais, na lição de Luis Roberto Barroso, seriam aquelas que imporiam pautas e objetivos aos poderes constituídos, sem, contudo, gerar direitos subjetivos aos cidadãos. BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas...** *Op. Cit.*, p. 117. Nesse sentido, cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais... *Op. Cit.*, p. 100. Para uma análise aprofundada sobre as normas programáticas na Constituição de 1988, cf. FERRARI, Regina Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

⁹⁴ Sobre a utilização do mandado de injunção como mecanismo para viabilizar o exercício de direitos fundamentais diante de omissões do Poder Público, cf. HACHEM, Daniel Wunder. **Mandado de injunção e direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 157 e ss. Ainda, cf. PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 270.

⁹⁶ A diferença entre princípios e regras é analisada no subcapítulo 1.2.1, abaixo.

⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 271.

quanto à natureza dos deveres estatais que correspondem ao direito; (iii) quanto à estrutura normativa do direito (funções que ele exerce).⁹⁸

A partir desses critérios é possível concluir: (i) o legislador constituinte insculpiu direitos sociais e de liberdade em normas de eficácia *prima facie* e de eficácia definitiva⁹⁹ – ou seja, não há uma divisão estanque, como se os direitos de liberdade fossem direitos definitivos e os direitos sociais fossem direitos *prima facie*; (ii) ambos os direitos (de liberdade e sociais) geram deveres estatais de respeito, de proteção e de promoção; (iii) direitos de liberdade e direitos sociais desdobram-se igualmente em direitos positivos e negativos.¹⁰⁰

Em relação ao primeiro critério, há que se ter em conta que o legislador constituinte realizou diferentes opções quanto à força vinculativa das normas definidoras de direitos fundamentais. Assim, seja em relação a direitos de liberdade seja em relação a direitos sociais, é preciso considerar que há normas com variadas densidades e níveis de definitividade. Nesse sentido, se a norma expressa um comando inequívoco, cujos parâmetros de execução sejam precisos, o grau de vinculação jurídica da norma será pleno, independentemente de se tratar de direito de liberdade ou de direito social, e independentemente de a concretização demandar recursos financeiros. Na Constituição Federal, por exemplo, é possível identificar tanto direitos de liberdade¹⁰¹ como direitos sociais¹⁰² que foram consagrados como regras, adquirindo plena aplicabilidade na realidade concreta, independentemente de regulamentação infraconstitucional.¹⁰³

Outrossim, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais quanto à função de defesa (deveres de respeito) não gera maiores controvérsias. Isso se dá pelo fato de que tais direitos, ao exigirem posturas simplesmente abstencionistas – ou seja, por se revelarem como direitos eminentemente negativos –, basta que o Estado se

⁹⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 268.

⁹⁹ Trata-se da distinção, feita por Alexy, entre princípios (normas de eficácia *prima facie*) e regras (normas de eficácia definitiva), conforme análise feita no próximo capítulo do trabalho.

¹⁰⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 269.

¹⁰¹ Por exemplo, a vedação à pena de prisão perpétua, conforme disposição do artigo 5º, inciso XLVII, alínea “b” da Constituição Federal.

¹⁰² Como o direito reconhecido a todos os cidadãos de ter acesso à educação básica, de maneira gratuita, nos termos do art. 208, inciso I da Constituição Federal.

¹⁰³ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 270.

mantenha inerte para que sejam concretizados. Em outras palavras, entende-se que o âmbito de autonomia individual já estão satisfatoriamente delimitados pela norma jusfundamental, e se não estiverem é possível identificá-lo através das técnicas tradicionais de interpretação.

O mesmo não ocorre com as obrigações que impõem ações positivas aos órgãos estatais (deveres de proteção e promoção). Isso porque, nesses casos, há uma enorme variedade de condutas que, em tese, poderiam ser adotadas pelo Poder Público para proteger e promover os direitos. Ou seja, quando o conteúdo do direito não se encontra expressamente enunciado (na Constituição, em legislação infraconstitucional ou em regulamento administrativo), haverá uma certa indeterminação do dever estatal correspondente.¹⁰⁴

Por exemplo, o art. 196 da Constituição Federal dispõe que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Desse dispositivo extrai-se, sem grande esforço, que o constituinte impôs aos órgãos estatais deveres de proteção (“políticas que visem à redução do risco de doença”) e deveres de promoção (“políticas que visam ao acesso universal e igualitário às ações e serviços”).

É pacífico, assim, que o Estado deve proteger e promover o direito à saúde. Contudo, quais medidas devem ser adotadas para que o direito seja protegido? Há um sem-fim de opções quanto às formas de proteção, bem como uma enorme gama de posições individuais quanto ao limite que deve alcançar a atividade protetiva. Certo é, de qualquer modo, que o próprio legislador já fez algumas escolhas, assim como a própria Administração regulamenta certos temas, de modo que o conteúdo do dever se torna mais denso.

Como exemplo, veja-se a Lei nº 9.782/1999, que criou uma estrutura administrativa específica (na forma de autarquia especial) – a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) –, cuja finalidade geral foi estabelecida em seu art. 6º: “A Agência terá por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de

¹⁰⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**, p. 276.

produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária (...)”. Ainda, o caderno legislativo em questão prevê uma série de competências outorgadas ao ente para que suas finalidades institucionais sejam alcançadas.

Da mesma forma, para que o direito à saúde seja concretizado, o Poder Público entrega várias prestações materiais, como, por exemplo, aquelas previstas pela Política de Assistência Farmacêutica, coordenada pelo Ministério da Saúde. Uma das atividades englobada por aquela política é a periódica atualização da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME): através dela o Estado permanece em planejamento constante, investigando de maneira sistemática quais as carências prioritárias e quais os medicamentos mais adequados a serem distribuídos gratuitamente para o pleno atendimento das necessidades da população.

Esses dois exemplos são meramente ilustrativos em relação à atuação do Estado na densificação do comando constitucional que o obriga a proteger e promover a saúde dos cidadãos. No entanto, tais medidas, somadas a todas as demais engendradas para o mesmo desiderato, nem sempre se mostram suficientes para fazer frente às demandas de saúde da população. O panorama traçado expõe uma questão de fundamental importância para a compreensão dogmática dos direitos sociais: quando se trata de atuações positivas do Estado para a concretização de um direito, “é sempre possível fazer diferente, mais e melhor, há sempre, mesmo quando o Estado já faz alguma coisa, algo mais a fazer”¹⁰⁵. Em relação aos direitos de cunho negativo, as intervenções arbitrárias (não autorizadas pelo ordenamento) do Estado podem ser resolvidas por um critério de afastamento da restrição indevida: ou seja, desconstituindo-se aquela conduta restritiva que não deveria ter sido realizada por não ser permitida pelo Direito.

Por outro lado, em razão da complexidade de posições jurídicas que podem ser atribuídas aos deveres de proteção e de promoção, as omissões do Estado não podem ser analisadas analogamente em relação às restrições indevidas perpetradas pelo Poder Público. Não é qualquer omissão, portanto, suscetível de receber o mesmo tratamento dogmático dado às restrições ilícitas ou inconstitucionais. Isso não significa, entretanto, que as omissões estatais não possam ser objeto de controle, inclusive

¹⁰⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 294.

judicial: o que se deve concluir é que, embora possível, a análise da constitucionalidade ou inconstitucionalidade, no caso de violação aos deveres de proteção e de promoção, não pode ser realizada, de maneira satisfatória, nos mesmos moldes com que é feita em relação aos deveres de respeito. Nos próximos tópicos deste capítulo a questão será analisada de forma mais detalhada.

1.2 Restrições à eficácia do direito fundamental à saúde e a teoria do mínimo existencial

1.2.1 Suposta indeterminabilidade do conteúdo do direito à saúde

O plexo de posições jurídicas que decorre da positivação do direito à saúde na ordem constitucional brasileira faz suscitar uma série de debates, que se reflete diretamente no grau de efetividade que poderá ser conferido à norma. Especialmente, e com significativo vigor, a suposta indeterminabilidade do conteúdo do direito muitas vezes é utilizada como fundamento para, a despeito da aplicabilidade imediata garantida pelo art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, negar a realização de alguma demanda concreta de natureza prestacional.

Para se compreender os motivos que levam doutrina e jurisprudência a se equivocarem no tema, deve-se analisar a estrutura da norma constitucional que consagra os direitos sociais. Tem-se adotado, neste trabalho, o modelo desenvolvido a partir dos ensinamentos de Robert Alexy e Ronald Dworkin, que se disseminaram em solo brasileiro notadamente com a obra de José Joaquim Gomes Canotilho.¹⁰⁶ Isso deve ser destacado, haja vista que vigoram na doutrina as mais variadas definições e compreensões sobre princípios jurídicos.¹⁰⁷ Tal escolha, contudo, não significa que outras classificações sejam menos importantes ou equivocadas – como ressalta

¹⁰⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição...** *Op. Cit.*, p. 1159 e ss. Deve-se assinalar, ainda, que os modelos de Robert Alexy e Ronald Dworkin muitas vezes são utilizados como se fossem indistintos. No entanto, os autores que assim agem ignoram que ambos guardam sensíveis diferenças. Sobre as diferenças entre eles, cf. HACHEM, Daniel. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 140-143; SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, nº 1, p. 607-630, 2003, p. 609-612.

¹⁰⁷ Sobre as distintas concepções s respeito dos princípios enquanto categoria normativa, cf. HACHEM, Daniel. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público...** *Op. Cit.*, p. 136-144.

Virgílio Afonso da Silva, as diferentes formas de se distinguir regras e princípios possuem objetivos distintos, o que permite a estruturação de modelos teóricos igualmente consistentes.¹⁰⁸

Pois bem, de acordo com o constructo de Alexy e Dworkin, é a estrutura lógico-normativa o traço distintivo entre regras e princípios – ambos considerados como espécies de normas.¹⁰⁹ Aquelas asseguram direitos de caráter definitivo, enquanto que os princípios garantem direitos *prima facie*. Nesse sentido, um direito que possua a estrutura de regra representa um comando definitivo, que deverá ser integralmente aplicado quando preenchidos os pressupostos de sua incidência. É possível, no entanto, que duas regras entrem em colisão. Nessa hipótese, o conflito poderá ser resolvido de duas formas: através da introdução de cláusula de exceção em uma das regras,¹¹⁰ ou com a declaração de invalidade de ao menos uma delas (valendo-se, para tanto, dos critérios de resolução de antinomias entre as normas do ordenamento).¹¹¹

Diferentemente, as normas-princípio não impõem um comando definitivo, mas tão somente *prima facie* – “à primeira vista”. Isso significa que a realização da norma não é sempre total, podendo sofrer a ingerência de outros fatores não previstos de início. Nessa esteira, Alexy define princípios como “mandados de otimização”, ou seja, são normas que impõem que determinado direito seja realizado na maior medida possível, considerando-se as contingências fáticas e jurídicas porventura existentes.¹¹²

Desta definição conclui-se que um princípio pode ser concretizado em diversos níveis. Diversamente, as regras são aplicáveis independentemente de contingenciamento, por uma lógica de subsunção – verificada na realidade concreta a hipótese veiculada pela norma, ele deverá ser aplicada integralmente.¹¹³ Na clássica

¹⁰⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção... *Op. Cit.*, p. 614.

¹⁰⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales...** *Op. Cit.*, p. 81; DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 39.

¹¹⁰ Nesse sentido, cf. ALEXY, Robert. **La construcción de los derechos fundamentales.** Buenos Aires: Ad Hoc, 2010, p. 21.

¹¹¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales...** *Op. Cit.*, p. 86.

¹¹² ALEXY, Robert. **Idem**, p. 87.

¹¹³ ALEXY, Robert. **Idem**, p. 101.

lição de Dworkin, as regras se aplicam a partir da lógica do “tudo-ou-nada”.¹¹⁴ A seu turno, os princípios admitem contingências fáticas (limitações materiais) e jurídicas (a existência de outros direitos, igualmente inscritos como normas principiológicas, que podem colidir no caso concreto – como, por exemplo, a liberdade de expressão e o direito à privacidade). A aplicação dos princípios, portanto, não segue a lógica do “tudo-ou-nada”, ocorrendo através de *ponderação*, em que devem ser expressos os motivos que justificam a precedência de um princípio sobre o outro no caso concreto.¹¹⁵

A diferenciação adotada suscita variados questionamentos. Neste momento, contudo, insta dar continuidade à problemática da suposta indeterminabilidade do conteúdo do direito à saúde. Mas afinal, o que significa dizer que o conteúdo do direito é indeterminado ou indeterminável? Tal característica resultaria na ausência ou no enfraquecimento do nível de vinculatividade jurídica da norma? Em suma, quando se objeta que determinado direito social é caracterizado por ser indeterminável, quer-se alegar não ser possível delimitar satisfatoriamente seu conteúdo através dos mecanismos tradicionais de interpretação jurídica.

Nessa esteira, não seria possível identificar, no caso concreto, se o Estado estaria juridicamente vinculado à satisfação do conteúdo normativo reclamado pelo cidadão – por exemplo, o pedido de concessão de um medicamento que não é distribuído gratuitamente pelo SUS. Deste panorama podem resultar dois entendimentos: a suposta impossibilidade de aceitação dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais ou, ao menos, a impossibilidade de configurá-los como verdadeiros direitos subjetivos, restringindo ou vedando sua imediata justiciabilidade a partir de sua consagração no texto constitucional.

O primeiro entendimento não encontra eco na doutrina brasileira, que de maneira pacífica reconhece a jusfundamentalidade dos direitos sociais – o que se compreende sem grande tormenta, haja vista a previsão expressa, na Constituição

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério...** *Op. Cit.*, p. 38.

¹¹⁵ A técnica da ponderação será analisada no subcapítulo 4.1.2, abaixo.

Federal de 1988, dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais.¹¹⁶ Por outro lado, os dois próximos tópicos deste trabalho abordarão especificamente a problemática das restrições oponíveis aos direitos sociais (subcapítulo 1.2.2) e a configuração do chamado mínimo existencial (subcapítulo 1.2.3), de maneira a aclarar questões que frequentemente são objeto de análises precipitadas pela doutrina.

Por ora, impende retomar e aprofundar a temática da suposta indeterminabilidade, já iniciada no tópico anterior quando se tratava da aplicabilidade imediata dos direitos sociais. Com efeito, ao afirmar que “a saúde é direito de todos”, o art. 196 da Constituição não precisou rigorosamente todas as posições jurídicas que podem ser extraídas do direito. Desse modo, uma primeira conclusão a que se poderia chegar é que cabe ao legislador infraconstitucional determinar concretamente os conteúdos a que fica juridicamente vinculado o Estado e que viabilizam sua imediata incorporação à esfera jurídico-subjetiva do cidadão.

Esta conclusão, no entanto, deve ser vista com ressalva. Não se discorda que a atividade do legislador ordinário é essencial para aumentar a *densidade normativa* do direito à saúde, colaborando assim para a explicitação dos conteúdos que integram a norma, em relação às diversas funções que pode exercer (como direito de defesa ou como direito a prestações). Ainda, a atividade legisladora também releva para *conformar* o direito, inclusive restringindo os limites de sua aplicação. Contudo, deve-se ressaltar que a falta de rigorosa determinabilidade não significa que o direito encontra-se à livre disposição do legislador – ademais, como assevera Jorge Reis Novais, “um direito na disponibilidade e dependente da decisão do legislador ordinário, um direito não constitucional em sentido formal ou, pelo menos, um direito não diretamente aplicável logo a partir de sua consagração constitucional, (...) não seria, por definição, um direito fundamental.”¹¹⁷

Assim, a relevância da atividade conformadora da legislação ordinária não esvazia o conteúdo jusfundamental e a aplicabilidade imediata do direito à saúde.¹¹⁸ O

¹¹⁶ Anote-se a posição de Ricardo Lobo Torres, que restringe a jusfundamentalidade das normas que consagram direitos sociais ao conteúdo abarcado pelo mínimo existencial. TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial...** *Op. Cit.*, p. 43.

¹¹⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 142-143.

¹¹⁸ Esta também é a posição, dentre outros, de: CLÉVE, Clémerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória...** *Op. Cit.*, p. 21. de SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos**

próprio fato da indeterminabilidade constitucional plena dos direitos sociais não decorre de uma atividade leniente do legislador constitucional. Pelo contrário, é justamente a natureza dessa categoria de direitos que impõe a necessidade de uma redação normativa mais aberta, haja vista a existência de variados fatores que devem ser considerados para o delineamento de seu conteúdo definitivo.¹¹⁹

O direito à saúde encontra-se, portanto, relacionado a inúmeros fatores que muitas vezes não são previamente identificáveis, como avanços tecnológicos que redundam em novos e mais eficientes tratamentos, surtos epidêmicos que demandam imediata reação por parte do Poder Público, modificações estruturais da sociedade (como o envelhecimento da população) que exijam o repensar do planejamento sanitário. Desse modo, a relativamente baixa densidade normativa do conteúdo constitucional do direito à saúde não pode ser compreendida como baixo nível de vinculação jurídica: pelo contrário, a natureza principiológica da norma é condição para que sua realização e proteção alcancem níveis adequados, de acordo com as peculiaridades e especificidades de cada região e a partir das ações e serviços de saúde existentes em dado momento histórico.

Ademais, há que se considerar que os tradicionais direitos de liberdade possuem, igualmente, conteúdos constitucionais indeterminados. O art. 5º, inciso IV, da Constituição Federal estabelece que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” – trata-se da consagração do direito à liberdade de expressão. Tal dispositivo, da forma como se encontra redigido, não delimita todas as condutas protegidas pela norma. Qualquer publicidade é permitida nos horários em que predomina a audiência infantil? Podem as redes televisivas fazer campanha expressa em favor de algum candidato a prefeito? Pode um cidadão distribuir panfletos que atacam a reputação de outro indivíduo, seu desafeto?

fundamentais... *Op. Cit.*, p. 348; BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia Jurídica dos princípios constitucionais:** o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 121; BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 62; ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles.** 2ª ed. Madrid: Trotta, 2004, p. 119.

¹¹⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 143.

De uma forma geral conclui-se, das questões ventiladas, que igualmente os direitos de liberdade não possuem seu conteúdo previamente estabelecido de maneira rigorosa no texto constitucional. Isso significa que também em relação a eles a atividade do legislador é imprescindível para que seja possível a conformação concreta do direito. A diferença entre os níveis de realização não decorre, portanto, da diferença estrutural entre os direitos sociais e os direitos de liberdade. Como aponta Novais, a distinção reside, basicamente, no fato de que os tradicionais direitos de liberdade já possuem uma antiga tradição de sedimentação e conformação pelo legislador ordinário, ao contrário do que ocorre com os direitos sociais, que apenas recentemente passaram a ser reconhecidos expressamente como normas constitucionais jusfundamentais.¹²⁰

Como já afirmado anteriormente, foi apenas com a Constituição Federal de 1988 que, no Brasil, os direitos sociais passaram a ser previstos não só como direitos fundamentais, mas também pela primeira vez foram alçados ao nível constitucional. Ressalte-se, todavia, que tal entendimento não admite a conclusão de que o problema da efetividade dos direitos sociais é mera questão de tempo – ou seja, que ao desenrolar contínuo da história os direitos sociais serão natural e gradativamente sendo concretizados pelo Estado. Uma afirmação de tal ordem entra em confronto com o caráter fortemente histórico dos direitos fundamentais em geral, cujos níveis de efetivação vão sendo alcançados através de avanços e retrocessos, no seio da luta política.

O que se quer realçar é que ambas as categorias de direitos – direitos de liberdade e direitos sociais – reclamam igualmente atuação legislativa e administrativa conformadora de seus conteúdos normativos. Tanto uns como outros são inculpidos, em geral, em normas de natureza principiológica, de maneira que, de sua redação no texto constitucional, apresentam uma exigibilidade *prima facie*. Os comandos definitivos, de alta densidade normativa, apenas podem ser verificados no caso concreto, seja pela existência de uma norma-regra que já especificou o conteúdo do direito, seja através da submissão da norma-princípio à atividade interpretativa, de

¹²⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Idem*, p. 145

modo que, amparado por modelos teórico-normativos consistentes se obtenha uma razão definitiva de decidir.

Contudo, entende Jorge Reis Novais que existe uma diferença qualitativa em relação aos conteúdos normativos relacionados às distintas funções dos direitos (de defesa e prestacional). A distinção, para o pensador lusitano, encontra-se no fato de que a dimensão prestacional dos direitos fundamentais não seria reclamável direta e exclusivamente da norma constitucional. As funções de defesa, diversamente, poderiam ser diretamente exigidas, inclusive judicialmente, independentemente da existência de conformação legisladora. Isso se daria pelo fato de que a indeterminabilidade do conteúdo da dimensão prestacional dos direitos fundamentais não decorreria apenas de questões semânticas.¹²¹

O problema central, que inibe uma delimitação mais ou menos clara do conteúdo positivo do direito, é o fato de que as prestações materiais demandam recursos financeiros – estando, em tese, sujeitas à incidência da *reserva do financeiramente possível*, que será tema do próximo tópico do trabalho. Assim, haveria uma limitação material que não permitira, exclusivamente a partir do texto da Constituição, delinear juridicamente uma parcela do bem jurídico que automaticamente integraria a esfera jurídico-subjetiva do cidadão.¹²²

Diferentemente, em relação aos direitos de defesa, aduz o autor português que seria possível uma delimitação jurídica do conteúdo a ser respeitado pelo Estado. Delimitar juridicamente significa utilizar exclusivamente critérios jurídicos de interpretação para se alcançar o conteúdo da norma a ser aplicado no concreto.¹²³ Ou seja, seria possível compreender, em termos teóricos, a preexistência de um espaço de autonomia do indivíduo que não pode ser violado por intervenções estatais. De outro lado, em relação às prestações fáticas, não é possível pressupor a preexistência de qualquer estrutura voltada à sua realização: isso significa que os bens sociais aos quais os indivíduos não podem aceder espontaneamente deverão ser objeto de intervenção ativa do Estado, que *cria* as condições sem as quais aquelas prestações não poderiam

¹²¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Idem**, p. 147.

¹²² NOVAIS, Jorge Reis. **Idem**, p. 147

¹²³ NOVAIS, Jorge Reis. **Idem**, p. 148. Ainda, nesse sentido, cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: direitos fundamentais. Tomo IV. Coimbra: Coimbra. 4ª ed. rev. e actual., 2008, p. 105.

ser jamais fornecidas. São justamente essas condições, que devem ser promovidas através da atuação estatal, que estão materialmente condicionadas à existência de recursos financeiros.

A norma constitucional garantidora de direito social, cuja dimensão primordial é de natureza positiva (imposição de condutas prestacionais), apesar de não delimitar definitivamente o conteúdo prestacional do direito, impõe aos demais órgãos do Estado e ao legislador infraconstitucional o dever de conformá-lo (como decorrência da própria dimensão objetiva dos direitos fundamentais). Na visão do pensador lusitano, as posições jurídico-subjetivas apenas passam a integrar a esfera jurídico-subjetiva do cidadão na medida em que são construídas as condições de exercício do direito. Contudo, a dimensão *objetiva* de eficácia em nada é comprometida, determinando ao Poder Público a realização de medidas que viabilizem a satisfação do direito, inclusive em sua dimensão prestacional. Portanto, não há que se falar em ausência de eficácia – apenas restringem-se as possibilidades de imediata aplicação de prestações fáticas específicas em razão da sujeição destas condutas à limitação material a elas inerente.¹²⁴

A doutrina pátria tem adotado posicionamento diverso nesse âmbito. Nas lições de Clèmerson Merlin Clève e Ingo Wolfgang Sarlet, ainda que os direitos sociais sejam dotados de baixa densidade normativa, em razão da forma como foram consagrados pelo legislador constituinte, eles encontram-se aptos à produção de efeitos jurídicos, ainda que em um patamar mínimo. Ou seja, no entender de Clève e Sarlet a regra geral de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais estende-se igualmente à faceta prestacional dos direitos sociais. Os limites dessa eficácia, contudo, estarão na contingência da forma como foram positivados na Constituição e do objeto que a norma tutela.¹²⁵

De qualquer forma, Sarlet reconhece a relevância da dimensão econômica das prestações fáticas: na medida em que se trata de atuação estatal positiva que se volta essencialmente à distribuição (ou redistribuição) ou à estruturação de condições que permitam o acesso a bens sociais, os custos ligados à atividade não podem ser

¹²⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Idem**, p. 151.

¹²⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais... *Op. Cit.*, p. 102-103; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**... *Op. Cit.*, p. 281.

ignorados. O fato de exigirem gastos para sua realização não constitui elemento que veda a possibilidade de apreciação de direitos prestacionais pelo Poder Judiciário, que poderá determinar sua aplicação diretamente da norma constitucional.¹²⁶

Nesse sentido, seria possível identificar direitos subjetivos individuais ainda que inexistente a interposição legislativa concretizadora da norma de direito social. O conteúdo de tais posições jurídico-subjetivas estaria vinculado ao direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Tendo em vista que os direitos sociais em geral (como o direito ao salário mínimo, à previdência e assistência social), e o direito à saúde em especial, consubstanciam verdadeiros pressupostos para que os indivíduos tenham protegida sua existência e sua dignidade, caberá ao Estado fornecer, pelo menos, os bens materiais mínimos para a manutenção de uma vida digna. Ressalta Clève que “ainda que não houvesse a definição legislativa, esse direito [à saúde] poderia ser reclamado perante o Judiciário.”¹²⁷ Estas “condições de existência” não dependeriam, na visão de Sarlet, de explicitação legislativa.¹²⁸

A discussão ora travada reside em definir, portanto, se a norma constitucional consagrada de direito social é capaz de garantir *direitos originários a prestações*. De acordo com Jorge Reis Novais, parcela da doutrina, que ele denomina “negacionista”¹²⁹, defende que apenas os direitos subjetivos originários poderiam ser alçados efetivamente à categoria de efetivos direitos fundamentais – e, como tais posições jurídico-subjetivas seriam indeterminadas *a priori*, pois não se extraem das normas constitucionais as prestações materiais que vinculam o agir estatal, os direitos sociais seriam desprovidos de eficácia prestacional imediata. Seguindo este raciocínio, a dita corrente “negacionista” pugna que somente os *direitos derivados a prestações*, resultantes do labor legislativo, seriam exigíveis pelo cidadão.

Contudo, as normas elaboradas pelo legislador infraconstitucional não seriam dotadas de jusfundamentalidade, pois esta apenas seria aferível a partir do plano constitucional. Isso implicaria a modificação do nível de análise, porquanto não

¹²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Idem**, p. 284.

¹²⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais... *Op. Cit.*, p. 103.

¹²⁸ Este debate remonta à problemática do chamado “mínimo existencial”, que em razão de sua complexidade e pertinência para este trabalho será objeto de atenção especial no subcapítulo 1.2.3.

¹²⁹ Adotando uma postura “negacionista”, cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição...** *Op. Cit.*, p. 192.

estando mais no patamar constitucional, mas tão somente no plano da legislação ordinária, os conteúdos albergados pelo direito social estariam à livre disposição do legislador e do administrador público, que através de decisões políticas poderiam alterar a configuração substantiva do direito.¹³⁰

O pensador português afasta-se da linha “negacionista”, advogando a tese de que o resultado da atividade legisladora ordinária voltada ao delineamento do direito fundamental – seja em relação a direitos de defesa seja em relação a direitos a prestações – passa a integrar a norma daquele direito. Com isso, Novais reforça o poder vinculante dos direitos sociais haja vista que a legislação ordinária é capaz de colmatar o conteúdo possivelmente indeterminado da norma insculpida na Constituição. Os direitos a prestações derivados de lei infraconstitucional que dizem respeito a direitos fundamentais constituem seu conteúdo jusfundamental.¹³¹

O autor ampara sua tese no constructo teórico que foi sendo forjado ao longo do século XX, com especial vigor no pós-segunda guerra: o chamado “novo constitucionalismo”, comumente denominado no Brasil de “neoconstitucionalismo”. Nesse contexto, modifica-se profundamente a relação entre lei e Constituição, porquanto deixa-se de confiar irrestritamente no legislador ordinário, vinculando o seu agir àquilo que dispõe a carta constitucional.¹³² Esse quadro retrata a passagem do princípio da superioridade da lei para a *supremacia da Constituição*.¹³³

¹³⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 154.

¹³¹ Jorge Reis Novais aponta que a teoria dos direitos derivados a prestações foi desenvolvida na Alemanha como forma de se assegurar proteção jurídica aos direitos sociais, na medida em que, naquele país, a Constituição não consagra expressamente esses direitos como direitos fundamentais. Desse modo, embora não previstos no texto constitucional, a teoria dos direitos derivados a prestações garantia o reconhecimento da relevância jurídico-constitucional dos direitos sociais, reconhecendo-se-lhes um regime protetivo reforçado (o que, naquele ambiente, era sustentado pelo princípio da igualdade – viabilizando o acesso de todos os cidadãos às prestações – e pelo princípio da proteção da confiança – impedindo que o legislador, imotivadamente, procedesse à desconstituição dos direitos já reconhecidos). Contudo, realça Novais, os pressupostos favoráveis que garantiram sucesso ao constructo na Alemanha (como o contexto de crescimento econômico experimentado no período do segundo pós-guerra e o fato de o legislador ordinário adotar condutas de conformação dos direitos sociais, somados a outras garantias constitucionais, como o princípio da igualdade e da proteção da confiança) nem sempre é verificado na ambiência dos países em desenvolvimento econômico, de modo que os direitos derivados a prestações passam a ser utilizados como mecanismo para se retirar a jusfundamentalidade dos direitos sociais. NOVAIS, Jorge Reis. **Idem**, p. 157.

¹³² Trata-se de contexto que promove o resgate da dimensão política do Direito, o que, de acordo com a lição de Clèmerson Merlin Clève, “tem facilitado o nascimento de novas perspectivas para o conhecimento jurídico. Isso tem acontecido com a nova jusfilosofia brasileira. Trata-se de construção de um pensamento que, mantendo um compromisso ético com a dignidade da pessoa humana,

Assim, novos conteúdos passam a integrar as normas constitucionais, notadamente aquelas que consagram os direitos sociais, muitas vezes expressos através de princípios. A indeterminabilidade que decorre da natureza principiológica do direito aponta, portanto, para a exigência de que haja uma integração dinâmica entre as normas constitucionais e a legislação ordinária. Ou seja, há uma “imbricação substancial” que impõe a extração do conteúdo do direito fundamental não apenas dos comandos insertos na Constituição, mas também daqueles anotados em normas legais. Tal exigência é comum aos direitos de liberdade e aos direitos sociais, que podem sempre ser objeto de conformação legislativa.¹³⁴ O tema – restrições a que se sujeitam os direitos fundamentais – será objeto de análise detida no próximo tópico do texto (item 1.2.2).

Disso se extrai que “os direitos fundamentais dos particulares são o resultado jurídico integrado e indissociável que resulta dos enunciados constitucionais e ordinários que compõem conjuntamente, ainda que numa relação de supra e infraordenação, a norma de direito fundamental”¹³⁵. Tal ocorre na medida em que a atividade legisladora ordinária que conforma um direito fundamental não é mera liberalidade do legislador, mas sim uma imposição constitucional (dimensão objetiva da eficácia desses direitos). Da mesma forma, eventuais alterações posteriores que tenham por escopo a restrição de conteúdos jusfundamentais não poderão ser promovidas livremente por mera opção política do legislador, exigindo-se para tanto uma justificação rigorosa que permita a limitação de um direito de *status* fundamental.¹³⁶

Diante desse panorama, concorda-se com o entendimento de que a atividade do legislador ordinário é indispensável para a delimitação e conformação dos conteúdos prestacionais do direito à saúde. Ainda, deve-se reconhecer, pelos motivos expostos, que a normatização infraconstitucional integra o conteúdo jusfundamental do

promove a instituição do novo, a convocação da ideia constituinte.” CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O Direito e os direitos**: elementos para uma crítica do Direito contemporâneo. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 151.

¹³³ O assunto será objeto de análise detida do subcapítulo 2.1.1, abaixo.

¹³⁴ Nesse sentido, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 111; NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 172 e ss.

¹³⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 165.

¹³⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **Idem**, p. 178.

direito. De qualquer modo, é possível extrair, da própria Constituição Federal de 1988, elementos que razoavelmente delinham o alcance normativo do direito à saúde. Assim é possível defender que, apesar da relevância da atividade conformadora do legislador ordinário, da Carta Magna extraem-se conteúdos sindicáveis diretamente da norma constitucional. Seriam os direitos a prestações *originários*, que garantiriam posições jurídico-subjetivas aos cidadãos ainda que, numa situação hipotética, inexistisse qualquer tipo de regulação infraconstitucional.

Isso porque a Constituição Federal de 1988 não se limitou a enumerar, genericamente, o direito à saúde como direito fundamental. O art. 6º, que o consagra expressamente, é densificado no próprio texto constitucional, que dedica os artigos 196 a 200 ao tema. Em tais dispositivos são especificadas as linhas gerais que norteiam a gestão administrativa dos serviços de saúde, bem como são estabelecidos parâmetros para a definição do conteúdo normativo do direito. As questões atinentes à gestão administrativa da saúde serão abordadas posteriormente (capítulos 2 e 3). Neste momento, impende destacar que o art. 196 e o art. 198, inciso II, todos da Constituição, conformam os contornos básicos dos direitos prestacionais relacionados ao direito à saúde.

Com efeito, o art. 196 dispõe que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Ainda, o art. 198, inciso II estabelece como diretriz do SUS o atendimento integral, que abarca atividades assistenciais e preventivas. Assim, conclui-se que as condutas positivas do Estado devem abranger: (i) prestações preventivas (ou seja, devem ser adotadas medidas que evitem a proliferação de doenças e outros males que possam afetar negativamente a saúde dos cidadãos – trata-se, em suma, dos *deveres de proteção*); (ii) prestações fáticas materiais (que consistem no fornecimento de bens que viabilizem não só a cura de enfermidades – “recuperação” da saúde – mas também a adoção de condutas que incrementem a qualidade de vida da população); (iii) ainda, o conteúdo dessas prestações fáticas materiais deverá ser pautado pela diretriz de *atendimento integral*

(adiante-se que tal diretriz não significa que toda e qualquer prestação material encontra-se abarcada pelo direito à saúde).¹³⁷

Na linha defendida por Clèmerson Merlin Clève, é possível a tutela, inclusive judicial, de prestações básicas a partir da própria Constituição.¹³⁸ Esse entendimento é fortalecido pela forte vinculação existente entre o direito à saúde e o próprio direito à vida, sendo que esta não se resume à mera *existência biológica*, na medida em que o texto constitucional protege a vida digna (princípio da dignidade da pessoa humana). A ausência de fornecimento, pelo Estado, de prestações materiais básicas de saúde aos cidadãos significaria não só a violação da dignidade da pessoa humana, mas também, em muitos casos, relegá-los à morte.¹³⁹

Ainda, deve-se considerar a análise feita por Romeu Felipe Bacellar Filho a respeito do conteúdo do art. 5º, inciso III da Constituição, segundo o qual “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Tal dispositivo geralmente é utilizado na esfera penal, em referência ao crime de tortura (Lei nº 9.455/97), ou em relação à execução penal (quando se argumenta que determinado presídio não apresenta condições dignas para o cumprimento da pena privativa de liberdade). Contudo, o administrativista, de maneira pioneira, tem defendido que conteúdo também remete ao direito à saúde. Isso porque o dispositivo em comento também se aplicaria à Administração Pública, vedando que fosse dispensado aos usuários dos serviços públicos de saúde tratamento que pudesse se configurar como desumano ou degradante. Tal reflexão se mostra pertinente, sobretudo ao se considerar a realidade da saúde pública brasileira, em que a superlotação dos hospitais impõe, em muitos casos, condições bastante precárias de atendimento aos cidadãos.¹⁴⁰

¹³⁷ A referida diretriz será objeto de análise detida no subcapítulo 3.1.1, abaixo.

¹³⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais... *Op. Cit.*, p. 103.

¹³⁹ Ingo Wolfgang Sarlet adota a posição de que o reconhecimento de direitos prestacionais originários, no âmbito da saúde, constitui condição de existência de qualquer Estado que apresente como valores fundamentais a humanidade e a justiça. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 325. Ainda, nesse sentido, cf. SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 56.

¹⁴⁰ A título de exemplo, informações divulgadas pela OMS relatam que os hospitais no Brasil apresentam incidência de infecção hospitalar três vezes mais alta do que o tolerado pela Organização Mundial da Saúde. Um dos motivos apontados para essa realidade é a superlotação dos hospitais, já que as instalações inadequadas dificultam a manutenção da higiene e facilitam a transmissão de vírus e bactérias. Ainda, não sendo raras cenas de pessoas sendo atendidas pelos corredores das instituições, o que torna ainda mais nítido o problema da superlotação. Para uma análise detida sobre esta

Ademais, dessa análise, percebe-se que vários dispositivos constitucionais, e não apenas o art. 6º fornecem subsídios para se identificar o conteúdo geral dos deveres que recaem sobre a Administração Pública. Ora, especificamente quanto ao art. 5º, inciso III da Constituição, nota-se que é obrigação do Estado disponibilizar as condições necessárias para que o tratamento dispensado aos cidadãos, na prestação dos serviços de saúde, seja compatível com a dignidade da pessoa humana, sob pena de se considerar a dispensação de tratamento desumano e degradante.¹⁴¹

A própria constituição, portanto, explicita em termos gerais os conteúdos do direito à saúde que o tornam *determinável* – o que ampara a tese de que o conteúdo de tal direito é apenas parcialmente indeterminado. Isso não elide a relevância da legislação infraconstitucional, haja vista que as normas legais são imprescindíveis para se definir, com maior rigor, a extensão e os limites das prestações asseguradas pelo direito à saúde. Ou seja, o texto constitucional, apesar de fornecer elementos que permitam a extração de direitos a prestações originários, deixa em aberto uma série de outros questionamentos, como, por exemplo: apenas os tratamentos médicos básicos estariam albergados pela norma? E tratamentos fisioterápicos, odontológicos e psicológicos? Quais medicamentos poderiam ser exigidos pelos cidadãos? Estas e várias outras questões permanecem sem resposta inequívoca na Constituição.

De qualquer forma, a dicção do texto constitucional já estabelece o horizonte em que deverá ser empreendida a atividade conformadora, que não pode ser ignorado pelo legislador ordinário. Na sequência serão analisadas de maneira mais detalhada as reservas que podem justificar uma restrição legítima (autorizada pela Constituição) de um direito social, para, na sequência, abordar o problema da definição de um conteúdo mínimo para o direito à saúde. Com isso, espera-se aproximar das respostas às perguntas levantadas no parágrafo anterior.

problemática, cf. O'DWYER, Gisele; MATTA, Isabela Escórcio Augusto da; PEPE, Vera Lucia Edais. Avaliação dos serviços hospitalares de emergência do estado do Rio de Janeiro. **Ciência & Saúde Coletiva**. Vol. 13, n. 5, p. 1637-1648, 2008.

¹⁴¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Governo, políticas públicas e o cidadão... *Op. Cit.*, p. 100-101.

1.2.2 Reservas à aplicabilidade do direito à saúde (reserva imanente de ponderação, reserva do politicamente adequado ou oportuno e reserva do financeiramente possível)

Como demonstrado acima, em razão da natureza principiológica do direito à saúde, sua aplicação, a partir do próprio texto da Constituição, não ocorre mediante a lógica do “tudo ou nada”. Assim, a atividade conformadora do Poder Legislativo e do Poder Executivo mostra-se de significativa relevância para que a densidade normativa da norma seja alargada. Tal densificação revela-se pertinente sobretudo para a especificação das prestações fáticas que são albergadas pelo direito e que vinculam a atuação do Poder Público. Nessa esteira, a necessidade de concretização infraconstitucional dos comandos normativos realça a ideia de que podem ser opostas reservas, restrições, à sua aplicabilidade. Isso não ocorre por opção do constituinte ou por uma escolha do aplicador da norma, mas sim pelo próprio fato de que, inexistindo um comando inequívoco quanto ao exato alcance do direito (ou seja, quando não se estiver diante de uma regra), ele estará sujeito a sofrer limitações em relação ao seu conteúdo.¹⁴²

Há que se ressaltar, neste ponto, que ao se falar em *restrições* (restrições *em sentido estrito*) aos direitos fundamentais está se referindo às atuações normativas do Estado (através da legislação ou da atividade regulamentadora da Administração Pública) que promovem alterações substanciais na norma, delimitando seu conteúdo normativo e que, da perspectiva jurídico-subjetiva, implicam situações desvantajosas aos seus possíveis titulares, suprimindo ou dificultando-lhes o acesso aos bens jusfundamentais.¹⁴³ Diferentemente, as chamadas *intervenções restritivas* consubstanciam afetações negativas, realizadas pelo Poder Público ao direito

¹⁴² A posição ora adotada, de que os direitos sociais podem ter seus conteúdos normativos delimitados coaduna-se com a chamada *teoria externa* das restrições, que possui íntima relação com a teoria dos princípios apresentada acima. Isso porque, ao admitir-se que, em razão de sua natureza principiológica, a norma de direito fundamental tem uma extensão de aplicabilidade parcialmente indeterminável, considera-se que eventuais restrições decorrerão de fatores *externos* à norma. A conformação restritiva, portanto, não é resultado de uma limitação que é imanente ao próprio direito, como defende a *teoria interna*. Resumidamente, para os adeptos desta corrente os limites da norma são fixados de antemão, através de um procedimento interno que considera apenas o objeto do direito, independentemente de elementos de influência externa. Para uma análise pormenorizada do tema, cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 126-143.

¹⁴³ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 227.

fundamental, considerando uma situação concreta, a partir de seu titular individualizado. Por ora, insta salientar as formas através das quais o Estado, em termos abstratos, conforma a norma definidora do direito à saúde.

Na lição de Jorge Reis Novais, as reservas que se impõem sobre a aplicabilidade dos direitos sociais em geral são as seguintes: reserva imanente de ponderação, reserva do politicamente adequado ou oportuno e reserva do financeiramente possível. Contudo, a ativação dessas reservas depende de qual *dever estatal* está em causa (dever de respeitar, dever de proteção, dever de promoção). Ou seja, cada um dos deveres que decorrem dos direitos sociais articula de maneira própria as reservas que podem ser opostas à aplicação da norma.¹⁴⁴

O debate pode ser ilustrado a partir das seguintes situações envolvendo o direito à saúde: (i) cidadã que se insurge judicialmente contra hipotética portaria do Ministério da Saúde que determina a obrigatoriedade de participação em pesquisas médicas, como cobaias, dos pacientes que se beneficiem da política de dispensação de medicamentos de alto custo; (ii) ação movida pelo Ministério Público contra determinado Município para que este arborize todas as ruas com um tipo de arbusto capaz de repelir o mosquito transmissor da dengue; (iii) sujeito que reclama judicialmente que o Poder Público disponibilize recursos para financiar tratamento experimental desenvolvido por universidades cubanas para combater o mal de Parkinson.

Em cada uma das hipóteses aventadas a margem de intervenção do juiz será diferenciada justamente pelas diferentes reservas relacionadas às situações. No primeiro caso (obrigatoriedade de participação em pesquisas médicas), o magistrado possui ampla margem de atuação, podendo definir, no caso concreto, se o ato normativo configura, em alguma medida, intervenção indevida na esfera de autonomia do cidadão. Em outras palavras, a decisão judicial poderá analisar, a partir da técnica da ponderação, se a conduta estatal violou algum *dever de respeito* que exsurge do direito à saúde, já que submete sujeitos a situação de potencial risco para sua integridade física.

¹⁴⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 273.

A segunda hipótese está ligada a um *dever de proteção*, que certamente define uma margem diferenciada de liberdade de intervenção judicial. Afinal, por que adotar exatamente a medida proposta pelo Ministério Público? O Poder Público não poderia utilizar outras estratégias para alcançar a mesma finalidade (de evitar a transmissão do vírus da dengue), eventualmente menos custosas e mais eficientes? O que impede destacar é que, neste caso, a concessão da tutela judicial está sujeita à análise de outros elementos, não verificados na primeira situação (envolvendo um dever de respeito), pois nesta estava em causa tão somente definir se a atividade administrativa violava a esfera de autonomia juridicamente protegida do cidadão.

Finalmente, o último quadro descrito relaciona-se à discussão sobre a existência de um *dever de promoção*. Assim como na hipótese anterior, o deferimento do pedido passa pela apreciação da conveniência política e jurídica da medida – se é constitucional exigir do Estado aquele tipo de prestação ou se os tratamentos já fornecidos preenchem o conteúdo normativo do direito à saúde. Ainda, some-se a isso a repercussão financeira que haveria no caso de tutela das prestações pleiteadas.

As situações descritas objetivam esclarecer que, embora se trate do mesmo direito, a natureza do dever estatal correspondente afeta de maneira diferente as reservas eventualmente oponíveis à aplicabilidade da norma. Na sequência será analisado como se articulam tais reservas em função do dever estatal em causa.

De início, considerando-se um *dever de respeito*, e como já afirmado anteriormente (item 1.2.1), pressupõe-se que o espaço de autonomia do cidadão seja suficientemente determinável através de mecanismos jurídicos de interpretação da norma constitucional. Assim, deve ser assegurada sua integridade, física e psicológica, bem como ser respeitado que o indivíduo tenha acesso, através de recursos próprios, aos bens necessários à proteção e promoção de sua saúde. No entanto, é possível que o Estado tenha que afetar essa esfera de autonomia pessoal, restringindo o espectro de liberdade do particular, com o objetivo de proteger ou promover outro direito igualmente tutelado pelo texto constitucional. A restrição, nesse caso, não será necessariamente inconstitucional, como, por exemplo, a vedação imposta aos particulares de fumar em ambientes fechados.

Compreende-se, nessa esteira, que todos os direitos fundamentais estão sujeitos a uma *reserva geral imanente de ponderação*, que autoriza, em certos casos, sua restrição legítima, fazendo-o ceder passo em razão do maior peso de outro direito numa dada situação. Como já aludido, esta reserva apenas não incidirá naquelas hipóteses em que a própria Constituição já sedimentou, em caráter definitivo, determinado conteúdo de natureza jusfundamental (ou seja, quando o comando estiver consagrado por meio de regra).¹⁴⁵ Muitas vezes o próprio texto constitucional outorga de maneira explícita a competência para que o conteúdo da norma seja delimitado. É o caso, por exemplo, do art. 197 da Constituição Federal de 1988, que prevê a possibilidade de o Poder Público regulamentar a execução das ações e serviços de saúde.¹⁴⁶ Veja-se, nesse sentido, a Lei nº 9.782/1999, que cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), sendo prevista a competência para que tal ente, inclusive, proíba a comercialização de produtos e insumos que possam causar risco à saúde (art. 7º, inciso XV da Lei nº 9.782/1999).¹⁴⁷

Ou seja, o Estado efetivamente intervém na esfera de liberdade e de acesso a bens ligados ao direito à saúde. No caso apresentado, o cidadão não poderá comprar qualquer medicamento que queira utilizar no tratamento de alguma doença: apenas aqueles autorizados pela ANVISA poderão ser adquiridos legalmente. Trata-se de verdadeira ponderação realizada pelo legislador ordinário, que sopesando as variadas questões que tocam o tema (interesses financeiros das indústrias farmacêuticas, interesse dos cidadãos de adquirir remédios, dever do Estado de proteger a saúde da população etc.), fixou as medidas protetivas que entendeu necessárias, como a criação de entidade competente para tanto.

Ainda que não haja previsão explícita, a possibilidade de restrição do direito decorre justamente de sua natureza eminentemente principiológica. Com isso,

¹⁴⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Idem**, p. 275.

¹⁴⁶ Art. 197 da Constituição Federal: “Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

¹⁴⁷ Lei nº 9.782/1999: “Art. 7º Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo: (...) XV - proibir a fabricação, a importação, o armazenamento, a distribuição e a comercialização de produtos e insumos, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde;”

inexistindo opção inequívoca por parte da Constituição, os conteúdos específicos do direito passam a ser definidos pelo legislador, pelo administrador e pelos magistrados. De qualquer modo, as deliberações quanto ao alcance do dever de respeito, seja em relação a determinado caso concreto seja em relação a uma situação geral e abstrata, sujeitam-se ao controle de constitucionalidade e legalidade – que consiste em verificar se as restrições realizadas estão em consonância com o texto constitucional ou legal, ou se violam um dever de respeito que se impõem ao Estado.

Diferentemente ocorre quando se está diante de um dever de proteção ou de um dever de promoção. Nestes casos, além da reserva geral imanente de ponderação, incidem a *reserva do politicamente adequado ou oportuno* e a *reserva do financeiramente possível*. Para proteger a saúde dos cidadãos há uma imensa gama de possibilidades que poderiam ser cogitadas pelo Poder Público, seja através de prestações fáticas ou normativas. O conteúdo do dever geral de proteção não se extrai, de maneira absoluta, dos comandos constitucionais – embora, como assinalado acima, o constituinte já assinalou que o Estado deve adotar medidas preventivas e assistenciais (art. 196 da Constituição Federal).

A *reserva do politicamente adequado ou oportuno* compreende, assim, as esferas de restrição do direito que demandam uma atuação política de análise da realidade concreta e definição dos meios necessários à proteção e promoção do direito. Para proteger a saúde da população, são possíveis diversas prestações, normativas e fáticas. No ordenamento jurídico brasileiro já foram sedimentadas diversas regras que se destinam à dimensão protetiva do direito à saúde. Nesse sentido, há normas de Direito Civil¹⁴⁸ e de Direito Penal¹⁴⁹, além dos já citados dispositivos constantes na própria Constituição.

¹⁴⁸ Como, por exemplo, no Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003): “Art. 19. Os casos de suspeita ou confirmação de violência praticada contra idosos serão objeto de notificação compulsória pelos serviços de saúde públicos e privados à autoridade sanitária, bem como serão obrigatoriamente comunicados por eles a quaisquer dos seguintes órgãos: I – autoridade policial; II – Ministério Público; III – Conselho Municipal do Idoso; IV – Conselho Estadual do Idoso; V – Conselho Nacional do Idoso. § 1º Para os efeitos desta Lei, considera-se violência contra o idoso qualquer ação ou omissão praticada em local público ou privado que lhe cause morte, dano ou sofrimento físico ou psicológico.”

¹⁴⁹ O Código Penal dispõe de variadas regras que protegem explicitamente a saúde, como as insertas no Capítulo II (Das Lesões Corporais) e no Capítulo III (Da Periclitación da Vida e da Saúde), ambos do Título I (Dos Crimes Contra a Pessoa) da Parte Especial. Veja-se, como exemplos, os seguintes

Ainda, a Administração Pública, no exercício de sua competência normativa, elabora variados atos que se voltam à proteção e promoção da saúde dos indivíduos, como é o caso da Portaria nº 344/1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, que estabelece as substâncias e medicamentos que, por sua capacidade de ação prejudicial sobre a saúde humana, estão sujeitos a um controle especial por parte do Poder Público (dever de proteção). Outrossim, diversas prestações fáticas são demandadas para que a saúde da população seja protegida e promovida, como nas situações em que produtos alimentícios são apreendidos em supermercados, pelos fiscais da vigilância sanitária, por estarem com o prazo de validade vencido (dever de proteção), e na hipótese de entrega ao cidadão dos medicamentos necessários ao tratamento de determinada doença (dever de promoção).

Este panorama traçado ressalta que a atuação do legislador ordinário e do administrador densificam o conteúdo normativo do direito à saúde. Esta “densificação” decorre de embates e escolhas políticas realizadas pelos agentes políticos, sedimentando ponderações realizadas entre os diversos bens a serem protegidos e os meios necessários para tal finalidade. Isso não significa, contudo, que as decisões políticas estejam sempre em consonância com as prioridades constitucionais. Assim, é possível que haja controle, sobretudo pelo Poder Judiciário, no caso de normativas inconstitucionais e ilegais, bem como no caso de omissões injustificadas da Administração Pública.

A reserva do politicamente adequado ou oportuno não é, portanto, um fator que impede o questionamento das ações, fáticas ou normativas, do Poder Público.¹⁵⁰ Contudo, é um elemento que deve ser considerado e que intervém na forma e nos limites em que é realizado o controle. Nessa esteira, a liberdade política de conformação da norma de direito fundamental jamais será absoluta, especialmente no caso do direito à saúde, quando já traçadas constitucionalmente as linhas gerais do

dispositivos: “Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano. (...) Art. 132 - Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente: Pena - detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave. Parágrafo único. A pena é aumentada de um sexto a um terço se a exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo decorre do transporte de pessoas para a prestação de serviços em estabelecimentos de qualquer natureza, em desacordo com as normas legais.”

¹⁵⁰ O tema da chamada “discrecionabilidade administrativa” será retomado no subcapítulo 2.1.1, abaixo.

conteúdo que deverá ser preenchido pela legislação ordinária e pelo administrador público.

Finalmente, a *reserva do financeiramente possível* consubstancia elemento que deve ser considerado quando estiver em causa um dever de atuação positiva do Estado, ou seja, quando este deve promover prestações fáticas voltadas à concretização do direito à saúde, especialmente no que tange ao dever de proteção e promoção do direito. Ou seja, quando se tratar de uma dimensão positiva, relacionada ao dever de proteção ou de promoção, a reserva do financeiramente possível poderá, em tese, ser invocada, haja vista que fornecer bens sociais exige um dispêndio significativo de recursos.¹⁵¹

A necessidade de recursos financeiros não fulmina a jusfundamentalidade do direito à saúde. Essa reserva deve ser compreendida não como um obstáculo intransponível para a realização de prestações fáticas, mas sim como um fator que direciona para a forma como os recursos são alocados para o cumprimento das finalidades do Estado. Apesar da relevância do aspecto financeiro, nem sempre tal reserva pode ser ativada, ou seja, nem sempre a escassez de recursos adquire relevância normativa – este problema será enfrentado de maneira mais detalhada no subcapítulo 4.1.3 deste trabalho.

O cerne do problema relativo à reserva do financeiramente possível – ou simplesmente “reserva do possível”, como é geralmente utilizada no Brasil – é que sua compreensão por vezes é distorcida, através da recepção acrítica de um conceito forjado de maneira mais intensa na Alemanha, pela Corte Constitucional do país. A expressão foi cunhada para expressar que o conteúdo dos direitos sociais estava limitado “àquilo que o indivíduo podia razoavelmente exigir da sociedade”¹⁵². Apesar de o modelo ter-se desenvolvido de maneira mais sistematizada em solo alemão, importante fazer a ressalva, já assinalada por Romeu Felipe Bacellar Filho, de que já no começo do século XX, em 1903, no caso “Terrier”, o Conselho de Estado Francês decidiu que o Estado não poderia se eximir de seus deveres alegando falta de disponibilidade de caixa. Nessa linha, Bacellar Filho, ao analisar especificamente a

¹⁵¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 278.

¹⁵² NOVAIS, Jorge Reis. **Idem**, p. 90.

problemática da responsabilidade extracontratual do Estado, defende, com razão, que a teoria da reserva do possível não pode constituir excludente ou atenuante da responsabilidade estatal.¹⁵³

De qualquer forma, na ambiência alemã, o caso concreto que orientava a Corte era em relação a alguns cidadãos que exigiam o fornecimento de vagas no ensino superior público. Então, a ideia de *razoabilidade* apontava para a necessidade de se investigar o caso concreto para verificar, de um lado, as condições materiais do próprio cidadão que reclama a concretização do direito e, de outro, se seria razoável esperar do Estado o fornecimento da prestação fática requerida. Assim, sustentou a jurisprudência alemã que, ainda que o Estado efetivamente dispusesse de recursos e tivesse a competência específica para escolher o seu direcionamento, não se poderia cogitar de uma obrigação positiva que desrespeitasse os limites do razoável.¹⁵⁴

A partir desse panorama, Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que a reserva do possível deve ser compreendida por uma dimensão tripla:¹⁵⁵ (i) da disponibilidade material dos recursos necessários ao fornecimento das prestações; (ii) da distribuição de receitas e competências (tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outros), ou seja, da estrutura de decisão quanto à alocação e gestão dos recursos públicos; (iii) da perspectiva do particular que demanda a prestação material, de modo a se verificar a proporcionalidade e razoabilidade da conduta pleiteada.¹⁵⁶

¹⁵³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 243. Ainda, fazendo uma análise mais detida do caso “Terrier”, cf. PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia**. Curitiba, 2009. 287 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, f. 84-85.

¹⁵⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Idem**, p. 90.

¹⁵⁵ Merece registro a posição de Paulo Caliendo, que destaca a íntima relação entre a reserva do possível, realização de direitos fundamentais e o poder de tributação do Estado. As escolhas políticas do Estado quanto à forma de administração tributária poderiam ampliar ou restringir a incidência dessa reserva. Ou seja, instituindo-se, por exemplo, Contribuições Sociais e fazendo uso da extrafiscalidade como forma de concretização de políticas públicas voltadas a direitos sociais, poder-se-ia ampliar as possibilidade de realização desses direitos ao aumentar a arrecadação estatal. Por outro lado, situações como a de “guerra fiscal” entre os Estados, que oneram as receitas públicas de maneira geral, fortalecem as possibilidade de incidência da reserva do possível. CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 184-185.

¹⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais... Op. Cit.**, p. 287.

Há que se situar, portanto, a problemática da escassez de recursos. Em primeiro lugar porque tal escassez é de caráter *moderado*, jamais absoluto, pois não se está a refletir sobre um Estado despojado de recursos financeiros – pelo contrário, a atividade de arrecadação tributária no Brasil é bastante significativa.¹⁵⁷ Em segundo lugar, a reserva do possível denota que a realização de direitos sociais demanda escolhas políticas quanto à distribuição dos recursos, o que geralmente é feito em ambiente de conflito, haja vista as variadas possibilidades quanto a fins e meios a serem definidos.¹⁵⁸

Apesar da complexidade de elementos que envolve a temática da reserva do possível, o problema muitas vezes é colocado de maneira inadequada. Os equívocos ocorrem, notadamente, ao se compreender que apenas os direitos sociais exigiriam recursos para a sua concretização. Esta incompreensão decorre do entendimento, já assinalado anteriormente (vide subcapítulo 1.1.2), de que os direitos de liberdade exigiriam somente posturas negativas (abstencionistas), enquanto que os direitos sociais demandariam apenas condutas positivas (prestacionais) para serem concretizados. Naquela oportunidade se demonstrou que os direitos fundamentais expressam-se como *feixes de posições jusfundamentais*, exigindo, para a sua realização, a observância de deveres ora positivos ora negativos por parte do Estado.

Como apontam Holmes e Sunstein, independentemente de se tratar de um direito de liberdade ou de um direito social, o que releva notar é qual dever específico está em questão.¹⁵⁹ Desse modo, por exemplo, o direito à liberdade de expressão pode reclamar que o Estado e outros particulares se abstenham de intervir arbitrariamente sobre a esfera de autonomia de um cidadão específico (dever de respeito) – como no caso em que se exige que o Poder Público não reprima, com a força policial, uma manifestação em defesa da descriminalização da maconha.¹⁶⁰ Por outro lado, para

¹⁵⁷ Dados da Receita Federal apontam que, em 2012, o Brasil arrecadou aproximadamente R\$ 1,029 trilhão de reais, um recorde na história do país. Informação disponível em: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/noticias/2013/jan/Arrecadacao.html>> Acesso em 30/01/2013.

¹⁵⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**, p. 91.

¹⁵⁹ HOLMES, Stephens; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York, 1999, p. 119.

¹⁶⁰ Em relação a esta situação específica, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal inclusive já reconheceu a constitucionalidade das manifestações em defesa da descriminalização do uso da maconha por ocasião do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187.

proteger este mesmo direito de liberdade de expressão, é possível que determinado indivíduo solicite a intervenção do Estado, até mesmo com o uso de força policial, para assegurar que uma manifestação pacífica em prol do reconhecimento do casamento entre pessoas do mesmo sexo não sofra ataques violentos de grupos preconceituosos (dever de proteção). Ainda, um grupo de cidadãos pode pleitear junto à prefeitura o fornecimento de materiais para a estruturação de um pequeno jornal comunitário (dever de promoção).

Percebe-se, com isso, que a reserva do possível jamais pode ser utilizada como argumento capaz de restringir ou afastar a jusfundamentalidade do direito à saúde ou de qualquer direito social, na medida em que os direitos de liberdade podem também reclamar o dispêndio de recursos financeiros do Estado (como demonstrado acima, nas hipóteses de proteção e promoção do direito à liberdade de expressão).¹⁶¹ É o dever que corresponde ao direito que pode ou não ser custoso.¹⁶² No caso do direito à saúde, por exemplo, há deveres estatais correlatos que não exigem recursos públicos, como, por exemplo, aquele que impõe ao Estado respeitar que o indivíduo tenha acesso, por seus próprios meios, ao tratamento de saúde que deseja (dentre aqueles permitidos por lei). Por outro lado, há igualmente deveres que *custam*, como nas situações em que o Poder Público realiza atividades de fiscalização sanitária em restaurantes (dever de proteção), e na hipótese do grupo de moradores que reclama a construção de um posto de saúde em seu bairro (dever de promoção).

É possível, ainda, diferenciar os “gastos institucionais” e os gastos ligados diretamente a determinado direito. Os gastos institucionais seriam custos ligados a todo e qualquer direito, como os gastos necessários para manter as instituições políticas e os órgãos judiciais, por exemplo. De outra sorte, haveria os gastos relacionados à realização de um direito social específico, com o fornecimento de prestações materiais à população (como a construção de casas populares para a efetivação do direito à moradia e a manutenção de hospitais para o atendimento

¹⁶¹ Sobre a utilização ideológica da reserva do possível, cf. SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos**: reserva do possível. Vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010, p. 240 e ss.

¹⁶² NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 97.

constante da população).¹⁶³ Nessa esteira, a dimensão principal dos direitos sociais, de caráter prestacional, realça com maior nitidez a exigência de recursos para a sua concretização – o que não se trata de regra absoluta, haja vista que os direitos de liberdade também podem exigir intervenções positivas do Estado, como através da manutenção de instituições que assegurem a esfera de autonomia dos indivíduos.

Colhe-se, portanto, (i) que a escassez de recursos é apenas *moderada* – ou seja, o Estado dispõe de recursos significativos, de modo que o problema está em verificar sua adequada alocação entre as finalidades previstas pela Constituição e pela legislação ordinária; (ii) a reserva do possível não pode ser compreendida como restrição oponível somente aos direitos sociais, haja vista que o que pode demandar recursos é o dever correlato exigido no caso concreto, e não o direito “como um todo”; (iii) que ainda que seja demandada uma prestação “custosa”, o seu deferimento (judicial ou administrativo) não deve levar em conta apenas a repercussão financeira de sua concretização – nem sempre a escassez é relevante normativamente, de modo que a reserva do possível deve ser analisada em conjunto com as demais reservas que sujeitam os direitos fundamentais (reserva imanente de ponderação e reserva do politicamente adequada ou oportuno).

As reservas anteriormente analisadas constituem elementos que podem justificar a afetação negativa, do ponto de vista do titular, do conteúdo normativo do direito à saúde no caso concreto – a problemática será retomada no capítulo 4 deste trabalho, quando será analisado como estas reservas podem ser articuladas em situações concretas. Por outro lado há construções teóricas que constituem contraponto às possibilidades restritivas dos direitos sociais, objetivando atribuir-lhes relevância jurídica, especialmente a teoria do mínimo existencial, que será analisada a seguir.

¹⁶³ Veja-se, a respeito, SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 593.

1.2.3 *Mínimo existencial como estratégia teórico-jurídica de reconhecimento da relevância jurídica do direito à saúde*

Acima foram analisadas as restrições que podem ser opostas à aplicabilidade dos direitos fundamentais e do direito à saúde, em especial. As reservas podem afetar negativamente o direito na medida em que, por sua natureza eminentemente principiológica, seu conteúdo é *parcialmente* indeterminado, haja vista os diversos deveres reclamados para a realização concreta da norma. Neste ponto será abordado aspecto oposto, que consiste justamente em como se construir a relevância jurídica do direito à saúde nos termos da dogmática dos direitos fundamentais, a partir do modelo teórico do *mínimo existencial*.

A estratégia teórico-jurídica de se restringir a relevância jurídica dos direitos sociais a um chamado *mínimo* resulta da confluência de diferentes modelos, com origens e motivações diversas. No entanto, a edificação de um constructo de tal ordem deriva de elementos já analisados ao longo do trabalho – principalmente, de um lado, a dificuldade de se delimitar rigorosamente o alcance do conteúdo normativo da dimensão positiva dos direitos sociais e, de outro, a imperiosa necessidade de lhes assegurar algum nível de força jurídica que seja adequado à natureza jusfundamental das normas que os garantem. Com isso, buscam delimitar uma esfera de juridicidade que serviria de critério para a identificação das omissões inconstitucionais.¹⁶⁴

A necessidade de se conferir força jurídica aos direitos sociais decorre especialmente, no ordenamento brasileiro, da previsão consignada no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, que assegura a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (inclusive dos direitos sociais). Em outros contextos, onde inexistente o reconhecimento expresso da fundamentalidade dos direitos sociais, a delimitação de um *mínimo* de eficácia jurídica a tais direitos encontra amparo em outros princípios ou dispositivos, como a dignidade da pessoa humana, ou, ainda, em razão da exigência de tutelar *standard* mínimo de bens materiais que garantam ao cidadão as possibilidades fáticas de exercício dos direitos de liberdade.

Como exemplo desse último caso, tem-se a Alemanha, onde a inexistência da consagração expressa dos direitos sociais como direitos fundamentais exigiu a

¹⁶⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 191.

construção de outros modelos teóricos que viabilizassem a atribuição de algum grau de vinculatividade em relação àqueles direitos. Assim, naquele ambiente histórico-jurídico a jurisprudência, a partir de 1975, desenvolveu a noção de *mínimo vital*, através da qual foi assegurado um núcleo de proteção jurídica aos bens sociais.

Entretanto, como aponta Jorge Reis Novais, o constructo alemão é bastante arrojado, e não minimalista como a expressão poderia fazer supor. Ao contrário, ele coloca ao lado dos tradicionais direitos sociais (moradia, saúde, educação etc.), um novo direito, subjetivamente autônomo, que reconhece o dever estatal de respeitar um *mínimo vital* ao qual acedeu o indivíduo por meios próprios (traduzido na delimitação de uma parcela patrimonial mínima que restaria imune à tributação), bem como reconhece um dever de promoção, que consiste no direito de receber do Estado um *rendimento mínimo* (“rendimento social de inserção”) a todos aqueles que não o puderem obter por si próprios.¹⁶⁵

O problema das construções do mínimo reside justamente em como se estabelecer o *quantum* do direito por ele assegurado. Seria protegido apenas um *mínimo vital* (necessário tão somente à manutenção da mera existência fisiológica), ou poder-se-ia cogitar da tutela de um *mínimo existencial sociocultural* (que destina a garantir conteúdos necessários não só à vida biológica, mas também à inserção do cidadão em seu meio social)? Ainda, somente tal mínimo integraria o conteúdo jusfundamental da norma de direito social? É necessário esclarecer tais questões, de modo a se evitar sua utilização descriteriosa, como frequentemente é feita no Brasil, seja para contemplar qualquer prestação material judicialmente reclamada, seja para restringir rigorosamente seu conteúdo normativo.¹⁶⁶

São, portanto, dois pontos principais que devem ser investigados para uma compreensão adequada do tema: (i) em primeiro lugar, seria possível delimitar, ainda que em traços largos, o conteúdo jusfundamental do direito à saúde diretamente do texto da norma constitucional ou tal definição seria apenas possível diante do caso

¹⁶⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Idem*, p. 191.

¹⁶⁶ HACHEM, Daniel Wunder. **A jusfundamentalidade dos direitos sociais para além do mínimo existencial**. Artigo apresentado como requisito parcial para aprovação na disciplina "Crítica do Direito Constitucional Moderno", ministrada pelo Prof. Dr. Tit. Clèmerson Merlin Clève. Curitiba: Programa de Pós-Graduação em Direito (Doutorado) - UFPR, 2011. No prelo. fl. 34.

concreto?; (ii) em segundo lugar, o mínimo existencial conformaria o limite máximo de fundamentalidade dos direitos sociais?

Com relação ao conteúdo que seria abarcado pelo mínimo existencial, Daniel Wunder Hachem aponta a existência de duas correntes doutrinárias: uma, que defende a existência de um “conteúdo determinável no caso concreto”, e outra, que propugna a existência de um “rol constitucional preferencial”. Aqueles partiriam da premissa de que o conteúdo específico do mínimo existencial não poderia ser definido de maneira apriorística, reclamando, para tanto, a investigação da situação fática e das necessidades da pessoa que exige a tutela. Já os adeptos do rol constitucional preferencial, embora reconheçam a relevância do contexto fático e jurídico de cada Estado para se delinear com maior clareza o teor do mínimo existencial, defendem que a Constituição oferece elementos para a definição deste conteúdo mínimo, considerando as peculiaridades do momento histórico considerado.¹⁶⁷

Alinhando-se à segunda corrente, Hachem denota que tal concepção não ignora que as necessidades individuais podem variar no tempo e no espaço, contudo, diferentemente dos defensores do “conteúdo determinável no caso concreto”, aqueles que se filiam à corrente do “rol constitucional preferencial” ressaltam que a identificação de condições mínimas de existência digna não está totalmente submissa a uma realidade cambiante. Com isso, atestam ser possível encontrar, no próprio texto constitucional, as linhas gerais definidoras de conteúdos que garantam aos cidadãos prestações materiais básicas indispensáveis a uma vida minimamente digna.¹⁶⁸

Ana Paula Barcellos, que possui uma refinada construção teórica nessa vertente, explora as disposições constitucionais que permitem delimitar o núcleo material da dignidade da pessoa humana. Tal núcleo, destaque-se, não é absoluto, podendo variar de acordo com as mudanças fáticas e jurídicas da sociedade. De qualquer modo, a jurista distribui os conteúdos em quatro grupos (os três primeiros de índole material e o último de natureza instrumental): educação básica, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à justiça. É a articulação de conteúdos desses

¹⁶⁷ HACHEM, Daniel Wunder. *Idem*, fl. 40.

¹⁶⁸ HACHEM, Daniel Wunder. *A jusfundamentalidade dos direitos sociais... Op. Cit.*, fl. 45.

direitos que conformam o *mínimo existencial*, indispensável para a edificação de uma vida digna.¹⁶⁹

Em razão do foco deste trabalho, importante dar relevo ao conteúdo do mínimo existencial atrelado à saúde. Ressalta Barcellos que, neste âmbito específico, a dificuldade de delimitação de um conteúdo mínimo é ainda maior, haja vista que em inúmeras situações a proteção da saúde não admite flexibilizações: ou se concede a tutela necessária, ainda que extremamente custosa, ou possivelmente o indivíduo terá reduzida chance de sobrevivência.¹⁷⁰ Contudo, alerta a autora que não é qualquer prestação de saúde que integra o mínimo existencial, sob pena de se conceder judicialmente o direito a medicamento extremamente custoso a um único cidadão, capaz de prejudicar até mesmo o funcionamento da estrutura pública de atendimento à coletividade. Assim, compõem o mínimo existencial, no que diz à saúde, apenas aquelas prestações que podem ser disponibilizadas a toda e qualquer pessoa, que conformariam o que Barcellos denomina de “saúde básica”. Para as demais prestações, exige-se a intervenção do legislador ordinário.¹⁷¹

Ainda, Hachem defende que os conteúdos que integram o mínimo existencial possuem estrutura normativa de *regra*, que se aplicam independentemente de ponderação do aplicador. Embora na teoria dos princípios de Alexy não existam direitos infensos à ponderação (e à possível restrição no caso concreto), aduz o professor paranaense que o mínimo existencial já é resultado de um processo de ponderação realizado anteriormente pelo constituinte, de modo que se revela normativamente como um comando definitivo, que se aplica sob a lógica do tudo-ou-nada.¹⁷²

Por outro lado, Hachem distingue duas correntes quanto à relação que fazem entre o mínimo existencial e a fundamentalidade dos direitos sociais: *mínimo existencial como teto máximo* e *mínimo existencial como piso mínimo*. Os adeptos da

¹⁶⁹ BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais...** *Op. Cit.*, p. 257.

¹⁷⁰ BARCELLOS, Ana Paula. **Idem**, p. 324.

¹⁷¹ Veja-se, a respeito, estudo específico realizado por Ana Paula de Barcellos a respeito do mínimo existencial quanto às prestações de saúde: BARCELLOS, Ana Paula. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 807-815.

¹⁷² HACHEM, Daniel Wunder. **A jusfundamentalidade dos direitos sociais...** *Op. Cit.*, fl. 57.

primeira corrente utilizam o parâmetro do mínimo existencial como limite máximo do conteúdo prestacional dos direitos fundamentais. As prestações abarcadas pelo mínimo existencial, de acordo com tais doutrinadores, teria eficácia jurídica vinculante, de aplicação imediata, inclusive sindicáveis através de demanda judicial. Para além desse teto, entretanto, seria necessária a interposição da atividade legislativa ordinária, que através dos procedimentos deliberativos democráticos definiriam quais outros conteúdos integrariam a norma de direito fundamental.¹⁷³ Esta é a posição, entre outros, de Ricardo Lobo Torres, que restringe a jusfundamentalidade dos direitos sociais ao seu conteúdo essencial.¹⁷⁴

Aqueles que se perfilham ao entendimento do mínimo existencial como piso mínimo, diversamente, adotam a posição de que os conteúdos prestacionais mínimos, imediatamente exigíveis inclusive através do Poder Judiciário, não constituem barreira ao reconhecimento da existência de outras parcelas normativas igualmente reclamáveis. A diferença está na forma de aplicação: as prestações integrantes do mínimo existencial seriam imediatamente aplicáveis (comandos definitivos), enquanto que os conteúdos que extrapolassem do mínimo estariam sujeitos à ponderação no caso concreto (comandos *prima facie*).¹⁷⁵

Deve-se compreender, portanto, que a defesa da aplicação do mínimo existencial enquanto regra não decorre da compreensão de que exista um *conteúdo essencial absoluto* do direito fundamental. Segundo Virgílio Afonso da Silva, o entendimento de que os direitos fundamentais possuem um conteúdo essencial absoluto está bastante próxima da concepção teórica que defende a existência de um *suporte fático restrito* para a definição dos contornos que o direito deve ter.¹⁷⁶ Em geral, os pensadores dessa corrente buscam definir a essência de um dado direito, que constituiria um conteúdo intangível e, por isso, insuscetível de ser ponderado diante de outros direitos. O suporte fático de incidência da norma excluiria, *a priori*, algumas

¹⁷³ HACHEM, Daniel Wunder. **Idem**, fl. 57.

¹⁷⁴ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2ª ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.73.

¹⁷⁵ HACHEM, Daniel Wunder. **A jusfundamentalidade dos direitos sociais...** *Op. Cit.*, fl.58. Ainda, nesse sentido, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 350.

¹⁷⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 82 e ss.

condutas, permanecendo no âmbito de proteção do direito apenas seu *conteúdo essencial*.¹⁷⁷

Diferentemente, a defesa de um *conteúdo essencial relativo* dos direitos fundamentais está intimamente ligada à ideia de suporte fático amplo: ou seja, não são excluídas, *a priori*, determinadas condutas que não se amoldariam ao direito. De acordo com Virgílio Afonso da Silva, a definição abstrata de um conteúdo do direito fundamental apenas pode ser realizada *prima facie*, de modo que sua prevalência no caso concreto estará sujeita ao sopesamento diante das circunstâncias fáticas e jurídicas – somente após a devida ponderação, portanto, é possível alcançar um comando definitivo, o conteúdo concreto do direito. Trata-se de posição diretamente ligada à teoria dos princípios de Alexy, que compreende que todo direito possa ser restringido na situação concreta de sua aplicação, desde que seja respeitado o teste da proporcionalidade (em seus três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).¹⁷⁸ A restrição não significa, automaticamente, violação ao conteúdo essencial do direito, desde que haja uma fundamentação adequada que justifique a limitação.¹⁷⁹

Conforme anteriormente exposto, o entendimento do mínimo existencial como um *piso mínimo* e de aplicabilidade imediata não parte da premissa de que os direitos fundamentais tenham um suporte fático restrito. Há que se destacar que aquela construção teórica, com a qual se concorda, compreende que o próprio texto constitucional positivo definiu prioridades e, a partir das normas nele consagradas, torna-se possível extrair conteúdos prestacionais imediatamente reclamáveis, ainda que mínimos. Este conteúdo que compõe o mínimo existencial, portanto, tem a natureza de *regra*, pois compreende o resultado de ponderações que já foram feitas

¹⁷⁷ Nesse sentido, cf. ANDRADE, José Vieira de. **Os direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 294.

¹⁷⁸ Cabe a ressalva de que o próprio Alexy defende que a dignidade da pessoa humana possui um caráter dúplice: haveria uma parcela que se expressaria como *regra*, dotada de conteúdo absoluto, e uma parcela que se expressaria como *princípio*, que poderia ser relativizada diante do caso concreto. Este entendimento, contudo, não é compartilhado por Virgílio Afonso da Silva, para quem as restrições sobre o conteúdo da dignidade da pessoa humana aplicam-se da mesma forma que em relação a outros princípios. ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales...** *Op. Cit.*, p. 95 e ss; SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 201. Acompanhando o posicionamento de Alexy, cf. BARCELLOS, Ana Paula. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 193-194.

¹⁷⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. **Idem**, p. 197.

pelo próprio constituinte. Ou seja, não se defende que o mínimo existencial tenha um conteúdo imanente absoluto, mas sim que as opções feitas pela Constituição incluem algumas prestações materiais – as quais, contudo, não restringem o conteúdo jusfundamental do direito.¹⁸⁰

Em relação ao direito à saúde esta temática já foi trabalhada algumas linhas atrás (item 1.2.1), ocasião em que se afirmou que do art. 196 e do art. 198, inciso II, ambos da Constituição, seria possível extrair vetores gerais do conteúdo do direito à saúde em sua dimensão positiva, que envolve tanto prestações preventivas (correlatas sobretudo aos deveres de proteção) como prestações promocionais (de cura e incremento da qualidade de vida), que deverão ser orientadas pela noção de atendimento integral. Soma-se a isso o fato de que a ordem constitucional alçou a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento da República (art. 1º, inciso III da Constituição), o que permite concluir que as prestações mínimas de saúde não se resumem a garantir a mera existência biológica dos cidadãos (o que estaria atrelado a uma compreensão do mínimo enquanto *mínimo vital*), mas sim a garantir uma vida condigna.

Com efeito, não se deve banalizar a utilização do princípio da dignidade da pessoa humana, utilizando-o como “carta coringa” capaz de resolver qualquer situação. Por outro lado, não se pode ignorá-lo, sob pena de se aniquilar um dos baldrames do ordenamento jurídico pátrio. Assim, na linha do que vem sendo defendido, o próprio texto constitucional positivo permite concluir pela existência do direito subjetivo a prestações materiais básicas ligadas à saúde e que permitam uma vida condigna para o cidadão – o que permite afastar, de antemão, eventual oposição de que tais condutas positivas estariam sujeitas à reserva de ponderação perante outros objetivos igualmente tutelados pelo ordenamento jurídico. Ao argumento ora defendido não se pode opor a reserva do financeiramente possível, haja vista inclusive

¹⁸⁰ Neste ponto, é ilustrativo o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, que ao se referir às necessidades que o salário mínimo deveria ser capaz de suprir, registra que “‘necessidades vitais’ não é conceito inapreensível. Não é expressão cabalística, de ocultismo, pertencente ao reino das coisas que escapam à compreensão humana. Aliás, se o fora, o Texto Maior não a haveria mencionado. Trata-se, pois, de noção acessível à mente humana.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 1ª ed., 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 50.

a previsão constitucional de recursos mínimos que obrigatoriamente devem ser destinados às políticas sanitárias (art. 198, § 2º da Constituição).

Compreendendo a estruturação do direito à saúde na Constituição, percebe-se que já houve depurado processo de ponderação que delimitou, em linhas gerais, os conteúdos que devem obrigatoriamente ser observados na gestão da saúde pública. Seria possível argumentar-se, ainda, que apesar disso o direito à saúde permaneceria indeterminado, haja vista que não haveria como se estabelecer, a partir da Carta Magna, quais prestações específicas estariam compreendidas na estrutura do direito – as quais estariam, nessa linha argumentativa, sujeitas à reserva do politicamente oportuno ou adequado.

Ou seja, o Poder Público deve fornecer medicamentos destinados à cura da diabetes e da hipertensão ou deveria destinar os recursos a tratamentos de alto custo para pacientes portadores de neoplasias? Conforme vem sendo defendido neste subcapítulo, amparado especialmente no magistério de Ana Paula Barcellos, as prestações básicas de saúde são aquelas que podem ser fornecidas pelo Estado a toda a população – ou seja, toma-se como critério a universalização do acesso ao bem jurídico. Estas prestações compõem o mínimo existencial e são exigíveis de plano, independentemente de regulamentação infraconstitucional.¹⁸¹

Contudo, esse debate tem sua importância diminuída no contexto brasileiro, porquanto o legislador ordinário e a Administração Pública já conformaram em grande medida os contornos concretos das políticas públicas sanitárias. Veja-se, como exemplo, a Lei nº 8.080/1990, que disciplina a gestão e execução das ações e serviços de saúde pelos entes federativos. Neste caderno normativo são especificadas, ainda, políticas específicas de tutela da saúde, como a de proteção da saúde do trabalhador (art. 6º, inciso I, alínea “c”), além de serem estabelecidos subsistemas de proteção especial aos indígenas (art. 19-A e seguintes), ao paciente que necessita de tratamento domiciliar (art. 19-I) e à parturiente (art. 19-J). Ainda, há outras leis ordinárias e inúmeros atos administrativos que esclarecem, em variados níveis, o conteúdo do direito à saúde em suas diversas dimensões (de respeito, proteção e promoção).

¹⁸¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais...** *Op. Cit.*, p. 328-329.

E como já defendido acima (item 1.2.1), os conteúdos explicitados pelo legislador e pela Administração Pública integram a própria norma constitucional do direito à saúde, aplicando-se-lhes o regime reforçado típico dos direitos fundamentais. Por isso é possível alegar que o direito fundamental à saúde encontra-se amplamente determinado no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que as restrições eventualmente oponíveis (reserva de ponderação, reserva do politicamente oportuno ou adequado e reserva do financeiramente possível) possuem um reduzido campo de incidência.

CAPÍTULO 2 – ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA E POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

O delineamento de uma dogmática constitucional adequada para o direito à saúde é o primeiro passo para que se possa discutir, em termos concretos, sobre os problemas relacionados à sua efetivação. Os aportes teórico-normativos apresentados, portanto, sedimentam os conceitos sobre os quais se constrói o direito à saúde enquanto direito fundamental, aplicando-se a ele um regime jurídico dotado das especificidades anteriormente traçadas. Neste momento, o trabalho volta-se à análise das estruturas estatais que possuem a incumbência de concretizar os comandos constitucionais, sobretudo a Administração Pública e os instrumentos que esta dispõe para aquele desiderato.

A reflexão será desenvolvida inicialmente em três eixos: a conformação constitucional da Administração Pública, de modo a compreender como o âmbito administrativo restou disciplinado no texto constitucional; a noção de políticas públicas, especialmente no que tange à sua relevância para o Direito Administrativo e constitucional; a relevância da atividade de planejamento das políticas sanitárias e a vinculação que exercem sobre o agir estatal. Num segundo momento, a abordagem focará a estruturação normativa do Sistema Único de Saúde, fazendo uma breve reconstrução histórica para finalmente aprofundar o estudo em cada uma das diretrizes constitucionais estabelecidas para o SUS.

2.1 Conformação constitucional da Administração Pública e políticas públicas como instrumento de efetivação de direitos fundamentais sociais

2.1.1 Administração Pública na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 constitui o marco de uma profunda alteração no panorama administrativo brasileiro. Em termos jurídico-positivos, o próprio texto constitucional reservou capítulo específico para o tema (Capítulo VII – “Da Administração Pública”, inserido no Título III – “Da Organização do Estado”). Assim, como leciona Romeu Felipe Bacellar Filho, com a Constituição identifica-se um “regime jurídico constitucional-administrativo, fundado em princípios constitucionais

expressos: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*).”¹⁸² Mas não é apenas quanto aos princípios explícitos que a estrutura constitucional da Administração Pública merece destaque. Com efeito, a Carta Magna, com os diversos dispositivos que dedica àquela, conforma institucional e funcionalmente o agir administrativo.¹⁸³

Para se compreender em toda sua extensão este novo estatuto constitucional da Administração Pública, deve-se inseri-lo num contexto mais amplo, que o engloba, geralmente denominado “constitucionalização do Direito”, já fartamente trabalhado pela doutrina.¹⁸⁴ A expressão denota mais do que a mera regulamentação formal, no texto da Constituição, de assuntos até então pertinentes a ramos infraconstitucionais do Direito. Trata-se, na linha defendida por Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso, de um “efeito expansivo das normas constitucionais”, de modo que seu conteúdo material e axiológico passa a espargir sobre todo o ordenamento jurídico. Tal repercussão não se resume a um “convite” aos Poderes Públicos: os valores e os objetivos encartados nas regras e princípios constitucionais vinculam o agir dos agentes públicos, condicionando a validade das normas elaboradas em sede infraconstitucional.¹⁸⁵

Especificamente em relação à Administração Pública, a constitucionalização do Direito promove:¹⁸⁶ (i) a limitação da discricionariedade administrativa (tema que será retomada mais adiante, neste subcapítulo); (ii) a imposição de deveres positivos de conduta; (iii) a outorga de fundamento normativo para a realização de atos vinculados diretamente à Constituição Federal, independentemente da atividade do legislador infraconstitucional.¹⁸⁷ Ainda, a Constituição de 1988 faz com que os

¹⁸² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 27.

¹⁸³ MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 71-72.

¹⁸⁴ Veja-se, a respeito: SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do Direito...** *Op. Cit.*, p. 38-49; BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas essenciais: Direito Constitucional**. Vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 157 e ss.

¹⁸⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória...** *Op. Cit.*, p. 42-43; BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização... *Op. Cit.*, p. 146.

¹⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Idem*, p. 158.

¹⁸⁷ Quanto à possibilidade do agir administrativo amparado diretamente na Constituição, importante a lição de Thiago Marrara, que admite aquela possibilidade desde que observadas as seguintes

tradicionais institutos do Direito Administrativo sejam relidos a partir dos princípios e regras nela consubstanciadas.¹⁸⁸

Este movimento, embora não tenha sido o resultado de um percurso linear nem uniforme,¹⁸⁹ pode encontrar raízes na experiência jurisprudencial alemã da segunda metade do século XX, em que se fortaleceu a ideia de que as normas constitucionais devem orientar a interpretação da legislação infraconstitucional.¹⁹⁰ Ainda, os direitos fundamentais deixaram de ser considerados exclusivamente da perspectiva subjetiva, passando também a constituir-se como elementos objetivos que vinculam a ação do Poder Público.¹⁹¹ Trata-se da já debatida eficácia objetiva dos direitos fundamentais, abordada brevemente no subcapítulo 1.1.3, acima.

O cenário alemão daquele contexto acenava para as profundas mudanças por que passava o próprio constitucionalismo, que erigiram a Constituição a um novo patamar, alterando-se as bases estruturais do próprio Direito. Estas mudanças, na esfera do Direito Constitucional, culminaram no chamado “neoconstitucionalismo”, que pode ser analisado partir de três perspectivas: histórica, filosófica e teórica.

Historicamente, o Direito Constitucional contemporâneo remonta suas bases à ambiência do segundo pós-guerra (em relação ao constitucionalismo europeu),

condições: “(1) que a existência de regra explícita não seja considerada necessária pelo legislador (principalmente porque a ação não gera prejuízos aos direitos fundamentais do administrado e nem a interesses públicos primários) e (2) que a ação se justifique em princípios da Administração Pública e objetivos estatais reconhecidos na Constituição.” MARRARA, Thiago. As fontes do Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade. In: DI PIETRO; Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 233.

¹⁸⁸ Um exemplo disso é a obrigatoriedade de observância, pela administração, das garantias do contraditório e da ampla defesa em todas as etapas do processo administrativo disciplinar. Sobre o tema, cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Reflexões a propósito do regime disciplinar do servidor público. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 7, nº 30, p. 11-27, out./dez. 2007.

¹⁸⁹ Barroso refere-se, a título exemplificativo, às experiências constitucionais do Reino Unido, da França e dos Estados Unidos, países em que o movimento de constitucionalização possui características peculiares que os individualizam em relação a outros contextos, demandando, portanto, análises específicas. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização... *Op. Cit.*, p. 145.

¹⁹⁰ Como aponta Clèmerson Merlin Clève, a constitucionalização do Direito, e dos direitos fundamentais em especial, promove uma “viragem”, de maneira que, “a partir daí, tem-se que as leis é que haverão de ser editadas nos termos dos direitos fundamentais”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 391.

¹⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização... *Op. Cit.*, p. 146.

sobretudo, na Alemanha e na Itália. As atrocidades da 2ª Guerra Mundial, bem como as experiências totalitaristas do período entre guerras (como o nazismo alemão e o fascismo italiano) impulsionaram transformações profundas no Direito e na própria sociedade. Em relação ao Estado brasileiro, o novo constitucionalismo ganhou vigor no contexto de redemocratização do Estado brasileiro, em que foi produzida a Constituição Federal de 1988.

Na Europa da segunda metade do século XX, a aproximação entre as noções de democracia e constitucionalismo forjou a estruturação de uma organização política nova, comumente chamada de “Estado democrático de Direito” – anote-se que, sobre este mesmo fenômeno costuma-se atribuir diferentes nomes, como “Estado constitucional de Direito”, “Estado constitucional democrático” etc.¹⁹² A Lei Fundamental de Bonn (como é conhecida a Constituição alemã de 1949), foi um ponto de referência para essa nova fase do constitucionalismo, especialmente com a criação do Tribunal Constitucional Federal, cujas decisões contribuíram significativamente para o crescimento científico do Direito Constitucional nos ambientes de tradição romano-germânica.¹⁹³

No contexto brasileiro, a Constituição Federal de 1988 foi responsável por promover um “renascimento” do constitucionalismo pátrio, além de possibilitar a instauração de um Estado democrático de Direito no Brasil. Como aduz Barroso, não se trata apenas de uma nova Carta em termos formais, mas de um documento capaz de aglutinar diversos segmentos da sociedade, principalmente aqueles que até então eram excluídos da cidadania, mobilizando-os em torno de um “sentimento constitucional” que impulsiona as mudanças necessárias à concretização da Constituição.¹⁹⁴ Clèmerson Merlin Clève destaca, ainda, que a Constituição brasileira é

¹⁹² Como ressalta Jorge Reis Novais, três elementos são estruturantes dessa nova forma de organização político-jurídica, de maneira que a nomenclatura a ele atribuída torna-se questão secundária: “a segurança jurídica que resulta da protecção dos direitos fundamentais, a obrigação social de configuração da sociedade por parte do Estado e a autodeterminação democrática”. NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito...** *Op. Cit.*, p. 210.

¹⁹³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização... *Op. Cit.*, p. 146.

¹⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização... *Op. Cit.*, p. 147. Para uma análise sobre os aspectos problemáticos da elaboração do texto da constituição de 1988 (“prolixa e corporativa”): BARROSO, Luís Roberto. Doze anos da Constituição brasileira de 1988: uma breve e acidentada história de sucesso. In: **Temas de Direito Constitucional**. T. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

compromissória, pois sedimentou posições de interesse das diversas classes sociais que participaram da disputa política que conduziu à sua confecção.¹⁹⁵

Sob a perspectiva filosófica, o novo constitucionalismo tem como marco o chamado *pós-positivismo*. Uma análise profunda do pensamento pós-positivista exigiria um trabalho de fôlego. De qualquer forma, em linhas gerais, tal corrente tem como objetivo evitar a redução do Direito a uma legalidade estrita sem, contudo, menosprezar o Direito positivo. Ainda, busca-se fazer uma nova leitura moral do Direito, mas sem recorrer a fundamentação de concepções metafísicas.¹⁹⁶

No plano teórico, o Direito Constitucional da segunda metade do século XX sofreu significativas transformações, notadamente no que diz respeito: (i) ao reconhecimento de normatividade à Constituição; (ii) ao crescimento da jurisdição constitucional; (iii) à construção de uma nova dogmática de interpretação constitucional.¹⁹⁷ Para o presente estudo releva, principalmente, a primeira mudança: a atribuição de *status* jurídico às normas constitucionais, de modo a superar a concepção de que a Constituição seria mero documento político, exigindo a interposição legislativa ou administrativa para que passassem a ter conteúdo vinculante.¹⁹⁸ No Brasil, apenas com a Constituição de 1988, bem como com a doutrina e jurisprudência, passou-se a reconhecer o caráter vinculativo e obrigatório das normas insertas no texto constitucional.¹⁹⁹

Com esse movimento, não apenas se reconheceu a força jurídico-normativa da Constituição, como também foi ela alçada ao topo da hierarquia das fontes do direito.

¹⁹⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Para uma dogmática constitucional emancipatória...** *Op. Cit.*, p. 39.

¹⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização... *Op. Cit.*, p. 148.

¹⁹⁷ Como aponta Clève, atrelado a este movimento de renovação do constitucionalismo está a emergência de uma nova dogmática, de caráter emancipatório, que “não é positivista, embora respeite de modo integral a normatividade constitucional, emergindo de um compromisso principialista e personalizador para afirmar, em alto e bom som, que o Direito Constitucional realiza-se, verdadeiramente, na transformação dos princípios constitucionais, dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e dos direitos fundamentais em verdadeiros dados inscritos em nossa realidade existencial.” CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais... *Op. Cit.*, p. 96. Sobre tema, cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito Constitucional, novos paradigmas, constituição global e processos de integração. In: BONAVIDES, Paulo; BEDÊ, Fayga Silveira (Coord.). **Constituição e democracia**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 36-41.

¹⁹⁸ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição** (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 15.

¹⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização... *Op. Cit.*, p. 149.

Ou seja, não mais a Constituição estaria na dependência da atividade conformadora da legislação ordinária, mas sim a atividade legislativa passa a subordinar-se aos comandos insculpidos no texto constitucional. Essa é a passagem da chamada “superioridade da lei” para a “supremacia da Constituição”.²⁰⁰

É a partir desse panorama que deve ser compreendido o movimento da “constitucionalização do Direito”: a Constituição passa a dirigir a atividade do legislador ordinário e do administrador público, sujeitando-a às determinações do texto constitucional. Portanto, tem-se uma Constituição *dirigente*, conforme celebrada nomenclatura do jurista português José Joaquim Gomes Canotilho, que não apenas orienta, mas impõe, aos poderes constituídos, a consecução dos objetivos traçados na Carta Constitucional.²⁰¹

Nessa esteira, e no que tange ao objeto desta pesquisa, a Administração Pública encontra-se vinculada a dar efetividade aos direitos fundamentais sociais assegurados constitucionalmente (além, é claro, dos demais objetivos e comandos traçados pela Constituição). Como destaca Bacellar Filho, a passagem de um Estado liberal para um Estado democrático de Direito importa, outrossim, na passagem de uma “Administração de agressão” para uma “Administração de prestação”. Ou seja, não se tem mais uma esfera administrativa que intervém apenas agressivamente, para evitar lesões aos direitos de liberdade. A tônica do agir administrativo passa a ser justamente de caráter prestacional, de modo a promover as condições fáticas necessárias para a satisfação dos direitos sociais.²⁰² Notadamente, tal imposição recai sobre o dever de formular e implementar *políticas públicas*, que concentrarão os atos voltados à realização da finalidade constitucional.²⁰³

Desse modo, a constitucionalização do Direito, no que diz respeito à Administração Pública, estabelece não apenas um “regime jurídico constitucional-

²⁰⁰ Sobre o tema, cf. ENTERRÍA, Eduardo García de. Constituição como norma. In BARROSO, Luís Roberto; CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.). In: **Doutrinas essenciais: Direito Constitucional**. Vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

²⁰¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente...** *Op. Cit.*, p. 149 e ss.. Ainda, sobre o poder “dirigente” da Constituição brasileira, cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro**. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 313-318.

²⁰² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil...** *Op. Cit.*, p. 112-113.

²⁰³ A problemática das políticas públicas no direito será objeto do próximo subcapítulo deste trabalho.

administrativo”, que disciplina o seu agir, como também lhe impõe objetivos que inobjetavelmente devem ser alcançados, como a realização de direitos sociais. No campo específico do direito à saúde, a vinculação da Administração Pública encontra-se expressamente definida. Em primeiro lugar, pelo fato de a norma constitucional que o consagra (art. 6º da Constituição) possuir aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º da Constituição): ao irradiar seus efeitos imediatamente, o direito à saúde impõe deveres de respeito, proteção e promoção, de observância obrigatória pelo administrador público.²⁰⁴ Em segundo lugar, o próprio legislador constituinte já especificou, em sessão própria (Sessão II – “Da Saúde”, que compreende os artigos 196 a 200), a estrutura substancial e o regime de efetivação das políticas sanitárias, motivo pelo qual já se alegou, acima (subcapítulo 1.2.1), que o conteúdo do direito à saúde é apenas parcialmente indeterminado.

Não resta dúvida, portanto, sobre a vinculação da Administração Pública em dar concretude ao direito à saúde. Contudo, como também já se debateu anteriormente neste trabalho (subcapítulo 1.2.2), os limites exatos da vinculação não são absolutamente inequívocos – o que, ademais, não significa omissão do legislador constituinte, haja vista que os contornos exatos das prestações a serem fornecidas pelo Estado demandarem avaliações que reportam às necessidades e possibilidades de determinado contexto concreto. No âmbito da Administração Pública, este tema aponta para o debate entre discricionariedade e vinculação administrativa.

Nessa esteira, a vinculação ao texto constitucional amplia os sistemas de restrição da liberdade de que dispõe o administrador público. Assim, ao lado do clássico princípio da legalidade (consignado no art. 37, *caput*, da Constituição), vigora o chamado princípio da constitucionalidade imediata da Administração,²⁰⁵ que impõe ao administrador o dever de observar as prescrições constitucionais, inclusive quando

²⁰⁴ Deve-se esclarecer que a vinculação atinge não só as pessoas jurídicas de direito público, mas também as pessoas jurídicas de direito privado que exerçam função administrativa. Ou seja, submetem-se à vinculação aos direitos fundamentais as pessoas que, embora tenham natureza jurídica de direito privado, gozem das prerrogativas e sujeições típicas da Administração Pública. Assim, impede-se a utilização das técnicas de descentralização administrativa para se furtar ao dever de observância dos direitos fundamentais. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 369.

²⁰⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição...* *Op. Cit.*, p. 595.

inexistente legislação ordinária. Na literatura administrativista, os autores divergem se a vinculação à Constituição decorreria do próprio princípio da legalidade,²⁰⁶ ou se conviveriam concomitantemente dois níveis de sujeição: um ligado à legislação ordinária de modo geral (princípio da legalidade), e outro mais amplo, relativo ao Direito em geral e abarcando os princípios e regras constitucionais.²⁰⁷

Esta última posição é a mais coerente: como defende Bacellar Filho, o princípio da legalidade não esgota a regulação constitucional da Administração Pública. Trata-se, em verdade, de um primeiro nível de condicionamento, ligado ao nível da legalidade estrita. Em outro patamar normativo, de hierarquia superior, estão os comandos constitucionais (aqueles que estabelecem o regime jurídico constitucional-administrativo e, sobretudo, os direitos fundamentais).²⁰⁸ Esta distinção é relevante inclusive para se verificar se a violação normativa enseja controle de legalidade ou controle de constitucionalidade, cada qual com seu respectivo remédio processual.²⁰⁹

Da disciplina constitucional e legal exsurtem situações em que o administrador goza de competência vinculada e outras em que dispõe de competência discricionária.²¹⁰ Aquela estaria caracterizada quando da própria dicção normativa se extrai um comando completo, impondo à Administração Pública um único comportamento quando realizada a hipótese fática descrita na norma. Por outro lado, a competência discricionária estaria presente quando a norma que regula o caso não

²⁰⁶ Nesse sentido, cf. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 40; MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo moderno**. 16ª ed., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 147; ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 80.

²⁰⁷ Nesse sentido, cf. DI PIETRO, Maria Sylvania. **Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 61.

²⁰⁸ Sobre a possibilidade de utilização do princípio da moralidade (especificamente a partir de seu vetor de razoabilidade) como fundamento de controle da atuação discricionária da Administração Pública, cf. MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. In: _____ (Org.). **Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 171-174.

²⁰⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar... Op. Cit.**, p. 162.

²¹⁰ O tema merece uma ressalva inicial: isso porque, em verdade, não existem atos administrativos puramente discricionários e atos puramente vinculados. Tanto discricionariedade como vinculação são termos aproximativos, que classificam os atos por um aspecto de intensidade – alguns são mais fortemente discricionários, outros, mais vinculados. Nesse sentido, cf. FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 34.

dispôs rigorosamente sobre a atuação administrativa, permanecendo uma esfera de liberdade que demanda uma apreciação subjetiva quanto à conduta que deverá ser adotada no caso concreto.²¹¹

Celso Antônio Bandeira de Mello aponta que a discricionariedade pode ser verificada: (i) na hipótese da norma, quando a situação fática (motivo) por ela descrita é bastante vaga, exigindo algum nível de subjetivismo na identificação do acontecimento que provocará sua incidência; (ii) no comando da norma, nas hipóteses em que a lei oportuniza ao agente público liberdade para *a)* expedir ou não o ato, *b)* decidir o momento oportuno e adequado para realizá-lo, *c)* escolher a forma jurídica através da qual se expressará o ato, *d)* adotar a conduta que seja mais pertinente em função das circunstâncias do contexto; (iii) na finalidade da norma, pois o fim legal geralmente é expresso em termos vagos, plurissignificativos, que comportam interpretações muitas vezes divergentes sobre a sua configuração (como é o caso, por exemplo, de uma norma que outorga uma competência ao agente para que seja protegida a “moralidade pública”).²¹²

Tais esferas de liberdade, aduz Bandeira de Mello, impõem sempre ao administrador o dever da *escolha ótima*, considerando as circunstâncias do caso concreto.²¹³ Assim, muito mais do que um “poder” discricionário tem-se um dever de manejar a competência de modo a mais bem alcançar a finalidade encartada na norma (dever-poder).²¹⁴ Esta conclusão é decorrência lógica da própria existência da discricionariedade: se possível fosse, o próprio legislador poderia de antemão fixar objetivamente todos os elementos necessários para ensejar a aplicação da norma, bem

²¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª ed., 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 11.

²¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Idem**, p. 19.

²¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Idem**, p. 20.

²¹⁴ O *dever* de escolha ótima faz com que se admita, inclusive, o controle judicial dos atos administrativos que não alcancem o ponto ótimo. Juridicamente, a possibilidade de controle tem se fortalecido com a inclusão, no catálogo do artigo 37 da Constituição, do princípio da eficiência administrativa. GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 137. Também nessa linha, Bacellar Filho ressalta que, contemporaneamente, é mais adequado substituir a utilização do termo “poder” para “prerrogativa”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Ética pública, o Estado Democrático de Direito e os princípios consectários. In: ADRI, Renata Porto; PIRES, Luis Manuel Fonseca Pires; ZOCKUN, Maurício. **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 357.

como as consequências jurídicas dela resultante.²¹⁵ Assim, ainda que, em abstrato, a norma comporte variadas ações, as características da situação considerada podem determinar que apenas uma conduta é admissível por parte do administrador.²¹⁶ Portanto, poucas são as hipóteses em que, sopesados os elementos da realidade concreta, remanesce efetiva margem de liberdade ao gestor público – nessa situação poderá ele optar por aquela que lhe parecer mais conveniente e oportuna, haja vista que qualquer delas cumprirá a finalidade estatuída na norma. Este é o restrito espaço em que se pode verificar o chamado “mérito” do ato administrativo.²¹⁷

Com relação à forma como foi disciplinado o direito à saúde na Constituição, é de se concluir que, apesar de não vincular rigorosamente as condutas da Administração Pública (o que, ademais, é desejável), foram estabelecidos parâmetros que restringem a liberdade de conformação, seja do legislador seja do administrador. Com efeito, o texto constitucional não especifica quais prestações específicas devem ser oferecidas pelo Estado para que a finalidade das normas pertinentes seja alcançada (realizar o direito à saúde). Isso não significa, contudo, que o administrador goza de ampla liberdade para escolher quais condutas serão adotadas na realidade concreta. Essa conclusão decorre de três motivos principais.

Em primeiro lugar porque, por estar diretamente vinculado à Constituição, não há qualquer margem de escolha para se decidir entre realizar ou não realizar o comando constitucional. Sendo reconhecido o direito à saúde, inclusive alçado ao *status* de direito fundamental, não há opção a não ser concretizá-lo, através da formulação e execução de *políticas públicas* sociais e econômicas, como impõe expressamente o art. 196 da Carta Magna. A necessidade de formular políticas públicas ressalta que o direito à saúde, como de regra os demais direitos sociais, exige

²¹⁵ Nesse sentido, cf. MARRARA, Thiago. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 259, p. 207-247, jan./abr. 2012, p. 209.

²¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional...** *Op. Cit.*, p. 32.

²¹⁷ Nas palavras do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, “*mérito é o campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada*” (destaque no original). MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Idem**, p. 35.

condutas positivas do Estado para que seja plenamente realizado. Trata-se, em síntese da irradiação da eficácia *objetiva* dos direitos fundamentais, vinculando a conduta dos agentes públicos integrantes dos três Poderes da República.

Em segundo lugar, o próprio texto constitucional traça as linhas gerais sobre o conteúdo que deverá ter aquelas políticas. De acordo com o art. 196 da Constituição, as ações e serviços de saúde devem obrigatoriamente abranger: (i) prestações preventivas, ligadas aos deveres de proteção (que reduzam o risco de doença e outros agravos); (ii) prestações ligadas aos deveres de proteção e promoção do direito (fornecer bens à população que permitam não apenas a cura de enfermidades, mas também a realização de condutas que incrementem a qualidade de vida dos cidadãos); (iii) ainda, tais prestações serão orientadas pela diretriz de “atendimento integral” (art. 198, inciso II da Constituição). Políticas que estejam em desacordo com estas linhas gerais serão, naturalmente, inconstitucionais.

Em terceiro lugar, restringindo ainda mais a discricionariedade do administrador público, o direito à saúde encontra-se fartamente regulamentado pela legislação ordinária e por atos normativos (que igualmente vinculam a Administração Pública). Destaque-se apenas a título de exemplo: a Lei nº 8.080/1990 (que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, além de estruturar o Sistema Único de Saúde) e a Lei nº 8.142/1990 (que dispõe sobre a participação da comunidade no SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros da área da saúde), que disciplinam rigorosamente a estrutura de formulação e gestão das políticas sanitárias. As disposições constantes naqueles instrumentos legais e administrativos, como já apresentado acima (subcapítulo 1.2.1, acima), integram a norma de direito fundamental que consagra o direito à saúde, conferindo-lhe maior densidade normativa.

Com isso, resta esclarecido que é diminuto o âmbito de discricionariedade de que goza o administrador no tocante à realização do direito à saúde, na medida em que a conformação constitucional e legal daquele direito erige sólidos traços dentro dos quais as condutas devem ser realizadas. No entanto, pela própria natureza do direito social, há que se conferir à Administração certa margem de apreciação da realidade em que irá intervir, haja vista que a legislação nem sempre é capaz de acompanhar o

desenvolvimento tecnológico da área sanitária (que viabiliza a adoção de novos tratamentos e medicamentos, por exemplo), bem como não se mostra capaz de prever de antemão todas as prestações necessárias para as demandas da população, que estão continuamente sujeitas a modificações.

Na sequência, o trabalho abordará a compreensão jurídica do conceito de políticas públicas, oportunidade em que será possível melhor entender os instrumentos de que dispõe a Administração Pública para articular as vinculações constitucionais que a ela se impõem com a necessidade de se avaliar as circunstâncias do caso concreto para a definição das condutas a serem realizadas.

2.1.2 Concepção jurídica de políticas públicas e sua estrutura normativa

O tema das políticas públicas não encontra, em nosso ordenamento jurídico, tratamento sistemático. Não existe qualquer padronização normativa quanto à estruturação de uma política pública, quais fases seriam exigidas para a sua elaboração e execução, quais as formas de participação popular etc. Contudo, tal termo encontra-se em diversos dispositivos da Constituição,²¹⁸ além de constituir termo de larga utilização em publicações jurídicas.²¹⁹ Assim, como ressalta Vanice Regina Lírio do Valle, “a incorporação do conceito de políticas públicas à matriz de raciocínio e aplicação da ciência jurídica se revela importante elemento de consolidação de um

²¹⁸ Cite, como exemplo, a competência privativa da União para legislar sobre a “política nacional de transportes” (art. 22, inciso IX), a exigência de participação popular na formulação das políticas de assistência social (art. 204, inciso II), o dever do Estado de promover políticas específicas para a promoção da assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem (art. 227, § 1º), dentre outros.

²¹⁹ Como exemplo, veja-se os seguintes livros e artigos: OLIVIERI, Cecília. **A lógica política do controle interno**: o monitoramento das políticas públicas no presidencialismo brasileiro. São Paulo: Fapesp, 2010; LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos (Orgs.). **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006; DAL BOSCO, Maria Goretti. **Discricionariedade em políticas públicas**: um olhar garantista da aplicação da lei de improbidade administrativa. Curitiba: Juruá, 2007; PINTO, Élica Graziane. **Financiamento de direitos fundamentais**: políticas públicas vinculadas, estabilização monetária e conflito distributivo no orçamento da União do pós-Plano Real. Belo Horizonte: O lutador, 2010; SANTOS, Marília Lourido dos. **Interpretação constitucional das políticas públicas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. A constitucionalização do Direito Administrativo e as políticas públicas. In: BERARDI, Luciana Andrea Accorsi; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes (Org.). **Estudos de Direito Constitucional**: homenagem à professora Maria Garcia. 2ª ed. São Paulo: IOB, 2008; BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

novo tratamento sistêmico dos misteres cometidos ao Estado, e dos respectivos mecanismos de concretização”.²²⁰

A relevância das políticas públicas enquanto categoria do direito público é revigorada com a constitucionalização dos direitos sociais, especialmente a partir do momento em que são consagrados enquanto direitos fundamentais. Isso porque, como demonstrado no subcapítulo anterior, os direitos sociais passam a vincular a ação do Poder Público, que deverá estruturar procedimentos e instituições que viabilizem a proteção e o acesso aos bens tutelados por aquelas normas.

Pois bem, uma primeira aproximação do conceito de políticas públicas aponta para um maior intercâmbio entre as esferas jurídica e política, pois o Direito e a estrutura burocrática do Estado passam a incorporar mecanismos que viabilizam a deliberação pública sobre a orientação do agir estatal. Assim, situações que anteriormente eram consideradas tipicamente políticas (como a escolha de quais demandas da população seriam objeto de atenção do Poder Público, bem como quais meios seriam utilizados para supri-las), assumem relevância jurídica, inclusive com a possibilidade de controle judicial, seja em relação aos objetivos que informarão as ações públicas, seja em relação às medidas adotadas para o seu cumprimento.²²¹ Ou seja, todo o processo, essencialmente político, de definição das prioridades e das prestações que serão entregues à população, está sujeito ao crivo de constitucionalidade e de legalidade.

Trata-se, portanto, de uma problemática sentida com vigor na realidade brasileira, em que a Constituição de 1988 possui um inegável caráter *dirigente*, com a imposição de metas e a estruturação de instituições voltadas à realização de direitos sociais, que demandam conseqüentemente a formulação e execução de políticas públicas.²²² Isso não quer dizer que os direitos de liberdade não demandem políticas

²²⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 61.

²²¹ O tema do controle judicial de políticas públicas será retomado no capítulo 4, abaixo.

²²² A relevância do tema transborda, evidentemente, a problemática do direito à saúde. Ganha corpo, inclusive, um debate mais amplo, a respeito dos deveres do Estado em prover as cidades com infraestrutura adequada à plena satisfação das necessidades do cidadão. Nesse sentido, cf. COSTALDELLO, Ângela Cassia. Perspectivas do desenvolvimento urbano à luz do direito fundamental à cidade. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Globalização, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo**: novas

públicas para serem protegidos ou promovidos. Como já defendido anteriormente, tanto direitos sociais como direitos de liberdade atuam como feixes de posições jusfundamentais, de modo que, a depender da situação considerada, poderão atuar como direitos de defesa ou direitos a prestações, ensejando condutas positivas ou negativas para que sejam concretizados.²²³ Cada uma dessas dimensões de eficácia pode demandar uma política pública específica para que o direito seja realizado.

A partir do já exposto, é possível conceituar políticas públicas como instrumentos de ação do Estado, que pressupõem planejamento e participação popular (direta ou indireta), articulando a atividade administrativa para a realização dos objetivos constitucional e legalmente traçados. Nada há de novo neste conceito – ele apenas sistematiza elementos que são apresentados de maneira mais ou menos consensual entre os autores.

Colhem-se do conceito apresentado os seguintes elementos: (i) políticas públicas são instrumentos de ação do Estado que se voltam à concretização dos objetivos traçados pela Constituição e pela lei; (ii) sua conformidade à Constituição pressupõe um adequado planejamento e uma efetiva participação popular; (iii) através delas é articulada a atividade administrativa, de modo a obter-se um resultado ótimo em relação ao fim a ser alcançado. Ainda, há que se destacar que tais elementos não foram escolhidos arbitrariamente – eles decorrem de própria imposição constitucional, como será demonstrado a seguir.

(i) Políticas públicas são instrumentos de *ação* para a realização de determinados *fins*. Este elemento evidencia ao menos dois aspectos que afetam o tema: em primeiro lugar, destaca a existência de obrigações positivas a que se sujeita o Estado. Ou seja, ao Estado Constitucional não basta a abstenção para que os direitos dos cidadãos sejam assegurados. Exige-se, em verdade, que os órgãos estatais intervenham de maneira ativa na realidade social, e não apenas para reprimir condutas que violam liberdades individuais (como seria típico de um Estado legislativo), mas também para criar as condições de efetivação das diversas funções dos direitos

perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2011. MARRARA, Thiago. Acessibilidade da infraestrutura urbana: conceito e análise evolutiva da legislação brasileira a partir da década de 1990. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 159-180, jul./set. 2012.

²²³ Sobre a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, cf. item 1.1.2, acima.

fundamentais (função de defesa ou prestacional). Como adverte Clèmerson Merlin Clève, a emergência deste novo tipo de conformação estatal (Estado social), altera-se inclusive a estrutura da lei, que passam também a cumprir papel transformador na sociedade, através das chamadas *leis-objetivo*.²²⁴

Cabe ao Poder Público promover as condições para que os cidadãos possam ter acesso aos bens encartados nas normas constitucionais e legais. Trata-se, portanto, de conceito ligado ao paradigma jurídico do pós-positivismo, que reconhece a juridicidade dos princípios constitucionais e a vinculação de todos os Poderes do Estado aos fins entabulados no ordenamento jurídico. Maria Paula Dallari Bucci ressalta que a função de governar é o núcleo do conceito de políticas públicas. Seria o *government by policies*, que aprimora o *government by law*. Deixa-se, assim, uma concepção de legalidade estrita a informar a ação administrativa, orientando a burocracia estatal a partir de um novo esquema normativo, de “fim-meio”, e não apenas de “se-então” (típico esquema da subsunção do positivismo clássico).²²⁵

Nesse sentido a posição de Fábio Konder Comparato, para quem a superação do Estado liberal impôs a reorganização da atividade estatal a partir de finalidades coletivas, que visam à constituição de uma sociedade mais igualitária. Neste contexto, de passagem da “nomocracia liberal” para o “Estado telocrático”, os “Poderes Públicos não se contentam em produzir leis ou normas gerais, mas guiam efetivamente a coletividade para o alcance de metas predeterminadas”²²⁶, que constituem o critério de legitimidade do Estado. Política pública, nesse quadro, apresentar-se-ia como *atividade* voltada a determinado fim, que unifica e dá sentido às normas e atos que a

²²⁴ Registra o constitucionalista paranaense que “em um segundo momento, coincidente com a emergência do Estado social, a lei aceita perceptíveis alterações em sua estrutura. Manifesta-se o fenômeno das *leis-objetivo*. É neste momento que a lei, ademais de ser instrumento de conservação, adquire o caráter de instrumento de reforma. A lei assume o papel reformador porque interfere na realidade jurídica para alterá-la.” CLÈVE, Clèmerson Merlin. A lei no Estado contemporâneo... *Op. Cit.*, p. 154.

²²⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2006, p.252-253.

²²⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Interesse público - IP**, v. 4, n. 16, p. 49-63, out./dez. de 2002, p. 53.

compõem. Conceitos similares adotam Vanice Regina Lírio do Valle²²⁷, Antônia Teresinha de Oliveira²²⁸ e Eduardo Appio²²⁹.

(ii) Políticas públicas pressupõem adequado planejamento e participação popular. Os dois componentes deste elemento – planejamento e participação popular – serão analisados com mais profundidade em tópicos específicos deste trabalho (subcapítulo 2.1.3 e 2.2.3). Por ora, cumpre assinalar que o planejamento é indispensável para que o quadro de ação do Estado ganhe previsibilidade e transparência (que viabilizam seu posterior controle), bem como se mostra relevante para que as finalidades sejam alcançadas com eficiência.²³⁰ Isso porque, ao estruturar uma ação administrativa que se projeta no tempo, planejar significa estabelecer os parâmetros espaciais, temporais e de conteúdo que se pretendem com a política.²³¹ Ademais, o próprio texto constitucional reconhece que o planejamento é “determinante” para a atuação do Estado enquanto agente normativo e regulador da atividade econômica.²³²

²²⁷ A autora ressalta a noção de políticas públicas enquanto instrumento de ação estatal. Elas seriam quadros normativos de ação, o “elemento dinâmico do poder político organizado”. VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas...** *Op. Cit.*, p.74.

²²⁸ OLIVEIRA, Antônia Teresinha de. **Políticas públicas e atividade administrativa**. São Paulo: Fiúza, 2005, p. 69 e ss.

²²⁹ APPIO, Eduardo. **Controle judicial de políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 143-144.

²³⁰ Acompanhando Daniel Wunder Hachem e Emerson Gabardo, adota-se o entendimento de que o conteúdo jurídico do princípio da eficiência, de maneira sintética, consiste no dever imposto à Administração Pública para que esta exerça suas competências jurídicas de modo a conferir o maior grau de concretização aos fins constitucionais que sobre ela recaem, utilizando-se dos meios mais adequados, e sem descuidar dos direitos fundamentais e normas jurídicas que a vinculam. Para uma análise minuciosa do conteúdo jurídico deste princípio, cf. GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manoel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Quartier Latam, 2010, p. 245.

²³¹ Vale a pena anotar o alerta de Vanice Regina Lírio do Valle: “Essa afirmação se faz tendo em conta condições regulares de exercício do poder, e ausência de situações fáticas imprevisíveis. Afinal, é certo que o planejamento poder ser “abalroado” por circunstâncias fáticas imprevisíveis; ou, ainda, que ele pode se revelar deficiente de origem, posto que, afastado dos imperativos constitucionais desde sua origem, deixa de contemplar ações que são exigíveis do Estado. Todavia, no puro desenho teórico, o agir do Estado exige o planejamento, para com ele se habilitar ao controle (pela transparência e previsibilidade) e ainda à análise da eficiência.” VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas...** *Op. Cit.*, p. 74.

²³² Artigo 174 da Constituição Federal: “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

Por outro lado, e adiantando o que será objeto de debate abaixo, a participação popular constitui elemento que não pode ser afastado do processo de formulação e gestão da política pública. Isso se justifica, normativamente, por haver o constituinte empreendido um verdadeiro projeto de democratização do agir estatal e, ainda, pelo fato de que os objetivos constitucionais encontram-se comumente insculpidos em normas de caráter principiológico, que demandam processos deliberativo-democráticos para a definição de seu conteúdo concreto.²³³ Ademais, uma das dimensões de eficácia dos direitos fundamentais é justamente o de garantir a possibilidade de participação nas esferas decisórias da Administração Pública, inclusive no momento de elaboração das políticas públicas.²³⁴

(iii) Políticas públicas articulam a atividade administrativa para que os objetivos constitucionais sejam alcançados de maneira ótima. Não é só a Administração Pública quem formula políticas públicas – como se verá doravante, a estrutura normativa de política pode abranger tanto normas constitucionais, como leis e atos administrativos.²³⁵ Contudo, a execução da política se mostra essencialmente como atividade administrativa, na medida em que é o administrador público quem dispõe de privilegiados instrumentos jurídicos de conformação material dos objetivos constitucionais (como a gestão do orçamento público, a possibilidade de manejar servidores, entabular parcerias com outros entes da federação, editar atos normativos, fixar os instrumentos de planejamento, fomentar a realização de serviços públicos

²³³ No caso específico do direito à saúde, assinala-se que a Constituição assegura expressamente a participação da comunidade como uma das diretrizes a orientar o SUS. É o que se extrai do seguinte dispositivo constitucional: Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (...) III - participação da comunidade.

²³⁴ Aduzem Thiago Marrara e Lydia Nunes que “o *status* ativo dos direitos fundamentais, representado por direitos de participação (*Teilnahmerecht*) e de formulação (*Gestaltungsrecht*), os quais consistem na possibilidade de o cidadão participar da Administração Pública a fim de colaborar com a elaboração de políticas públicas em setores estratégicos para a garantia dos seus direitos.” MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Reflexões sobre o controle das políticas... *Op. Cit.*, p. 219.

²³⁵ Sobre a relevância da Administração Pública na promoção de políticas públicas que assegurem a construção de uma sociedade mais justa e igualitária, cf. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública** (trad. Daniel Wunder Hachem). Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 25 e ss.

etc.). Em suma, pode o administrador articular vários atores e estruturas para a consecução das finalidades estabelecidas pela Constituição.²³⁶

Ainda, as políticas públicas apresentam-se como mecanismo através do qual as competências discricionárias de que dispõem a Administração Pública sejam utilizadas para que se alcance da melhor maneira possível a finalidade albergada pela norma. Desse modo, ainda que muitas vezes as disposições constitucionais ou legais outorguem certa margem de liberdade ao administrador, as políticas públicas, devidamente planejadas e informadas pelas demandas dos cidadãos, possibilitam a realização dos objetivos constitucionais de maneira mais eficiente, balizando a escolha administrativa ótima.²³⁷

Com relação ao conceito de políticas públicas apresentado é necessário fazer alguns esclarecimentos antes de se aprofundar no tema. Afinal, como as políticas públicas se expressam juridicamente? Em outras palavras, qual estrutura normativa que lhes assegura sua aplicabilidade? Em segundo lugar, qual a relevância do Direito Administrativo nessa seara? Existiria um regime jurídico apartado do regime jurídico-administrativo para as políticas públicas?

Inicialmente, convém ressaltar que as políticas públicas são dotadas de estrutura normativa complexa. Ainda, não existe um padrão rigoroso, uniforme, através do qual as políticas passam a integrar o sistema jurídico.²³⁸ A complexidade da estrutura normativa é verificada na medida em que elas não se expressam através de

²³⁶ Como ressalta Ana Paula de Barcellos políticas públicas representa “conceito bastante abrangente que envolve não apenas a prestação de serviços ou o desenvolvimento de atividades executivas diretamente pelo Estado, como também sua atuação normativa, reguladora e de fomento, nas mais diversas áreas. Com efeito, a combinação de um conjunto normativo adequado, uma regulação eficiente, uma política de fomento bem estruturada e ações concretas do Poder Público poderá conduzir os esforços públicos e as iniciativas privadas para o atingimento dos fins considerados valiosos pela Constituição e pela sociedade.” BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2ª ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 102.

²³⁷ Repise-se que o dever de escolha ótima, pelo administrador público, decorre do próprio princípio da eficiência administrativa. Sobre o tema, cf. GABARDO, Emerson. *A eficiência no desenvolvimento do Estado brasileiro: uma questão política e administrativa*. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de Direito Administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 340-342.

²³⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas...** *Op. Cit.*, p. 257.

um único instrumento normativo, nem decorrem de deliberações tomadas em uma única esfera de Poder. Nesse sentido, uma política pública pode ser conformada no ordenamento jurídico por meio de normas de diversificados escalões: os objetivos e as linhas gerais da política, via de regra, estão elencados no texto constitucional, que por sua vez pode ser disciplinado por alguma espécie legislativa; a Administração Pública, em seu âmbito de competência, pode elaborar atos administrativos de caráter normativo que viabilizem o delineamento concreto da política.

Trata-se de verdadeiro processo de lapidação dos contornos e da substância que passarão a integrar o conteúdo da norma constitucional que veicula um objetivo ao Estado (como é o caso das normas de direitos sociais). Todos os comandos normativos elaborados a partir da mesma finalidade (concretizar o objetivo constitucionalmente traçado) passam a integrar a estrutura jurídica da política pública. Com isso, vai-se explicitando como os objetivos elencados pelo constituinte ganham corpo na esfera jurídico-subjetiva do cidadão – em suma, vai-se explicitando, em termos concretos, quais direitos subjetivos são reconhecidos ao cidadão, em termos individuais (direitos subjetivos), coletivos ou difusos.²³⁹

De outro lado, não há uniformidade quanto à nomenclatura utilizada pela legislação para expressar uma política: conceitos como “plano”²⁴⁰, “programa”²⁴¹ ou mesmo “política”²⁴² são utilizados indistintamente para se referir a políticas públicas. Todos se destinam, basicamente, a explicitar objetivos e os instrumentos necessários à sua realização que devem ser observados pelo Poder Público, especialmente pela Administração Pública.

²³⁹ Sobre a problemática da titularidade do direito à saúde, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

²⁴⁰ Como o Plano Nacional de Educação para o decênio 2011-2020, proposto pelo Poder Executivo e recentemente aprovado pelo Plenário da Câmara dos Deputados (Projeto de Lei nº 8.035/2010), que estabelece metas e estratégias a serem cumpridos por todos os entes da federação em matéria educacional.

²⁴¹ Por exemplo, o Programa Minha Casa, Minha Vida, disciplinado pela Lei nº 11.977/2009, que cria mecanismos de incentivo à produção e aquisição de unidades habitacionais novas, bem como à requalificação de imóveis urbanos e reforma de habitações rurais.

²⁴² A exemplo da Política Nacional de Resíduos Sólidos, estabelecida pela Lei nº 12.305/2010, que dispõe sobre princípios, objetivos e instrumentos relativos à gestão e gerenciamento de resíduos sólidos.

Com relação ao direito à saúde, percebe-se que a Constituição Federal impôs expressamente o dever de o Poder Público formular políticas públicas (art. 196 da Constituição). Tal comando constitucional recebeu atenção do legislador ordinário em diversas oportunidades, dentre as quais se destacam a Lei nº 8.080/1990 (que disciplina as ações e serviços de saúde, bem como estrutura o SUS), a Lei nº 8.142/1990 (que disciplina a participação popular no SUS e as transferências intergovernamentais para a aplicação em ações e serviços de saúde) e a Lei Complementar nº 141/2012 (que disciplina os recursos mínimos a serem aplicados pelos entes federados com as ações e serviços de saúde). Há, ainda, uma série de leis sobre matérias específicas que também estão relacionadas ao direito à saúde.²⁴³ Ainda, na esfera administrativa, há diversos atos administrativos que regulamentam a atuação da Administração Pública na gestão das políticas sanitárias.²⁴⁴

Portanto, ao se falar em políticas públicas em geral, e políticas sanitárias em específico, deve-se ter em mente este complexo quadro normativo. Trata-se de conceito que permite compreender de maneira mais adequada como o Poder Público articula os objetivos constitucionalmente definidos com os instrumentos jurídicos de que dispõe. O controle de constitucionalidade e de legalidade das políticas públicas formuladas é plenamente viável – o que é feito justamente a partir dos elementos de sua estrutura normativa.²⁴⁵

Com isso compreende-se a relevância do estudo das políticas públicas no âmbito do Direito Administrativo: num primeiro momento, pelo fato de a Constituição Federal de 1988 estabelecer um rol de prioridades que vinculam a ação do administrador público, o que muitas vezes se dá por intermédio da formulação de políticas públicas. Ainda, pelo fato de a concretização daquelas prioridades exigir, com frequência, a articulação de instrumentos tipicamente de Direito Administrativo – como a desapropriação para a construção de hospitais, a realização de concurso

²⁴³ Como exemplo, cite-se a Lei nº 9.782/1999, que estabelece o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, além de criar a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e a Lei nº 8.842/1994, que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso.

²⁴⁴ Como a Portaria/MS nº 3.908/1998, que estabelece diretrizes para a atuação do SUS no âmbito da Saúde do Trabalhador, a Portaria/MS nº 2.715/2011, que atualiza a Política Nacional de Alimentação e Nutrição, a Portaria/MS nº 254/2012, que institui a Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas.

²⁴⁵ O tema do controle judicial de políticas públicas será objeto específico do capítulo 4, abaixo.

público para a contratação de enfermeiros, a formalização de convênios entre os entes da federação para o fortalecimento de determinadas ações de saúde. Em verdade, há uma relação recíproca entre Direito Administrativo e políticas públicas, pois se estas passam a informar e orientar a atividade administrativa, são os institutos de Direito Administrativo que viabilizam o manejo das prerrogativas públicas em prol do interesse público.²⁴⁶

2.1.3 Planejamento das políticas sanitárias

O planejamento, em sede de políticas públicas, constitui o elemento através do qual os diversos fins estatais têm sua realização coordenada pela Administração Pública. Planejar, nessa esteira, mostra-se essencial para que as ações do Poder Público sejam dotadas de previsibilidade e transparência. Previsibilidade e transparência são elementos que remetem diretamente à chamada organização burocrática da Administração Pública, a partir da concepção weberiana de burocracia. Max Weber denominou de dominação racional-legal aquela exercida de maneira impessoal, que é realizada a partir de normas válidas, e que conferem ao agir estatal previsibilidade e eficiência.²⁴⁷ No contexto do novo constitucionalismo, é certo que o esquema racional-legal ganhou novos contornos, sobretudo com a superação da ideia de que o agir estatal é disciplinado a partir de um legalismo estrito – o reconhecimento de juridicidade aos princípios impõe novos desafios e novas formas de se estabelecer a vinculação do Poder Público ao ordenamento jurídico.²⁴⁸ Nesse sentido, aduz Thiago Marrara que “Para atingir objetivos complexos e, simultaneamente, para lidar com os problemas de escassez de recursos das mais diversas ordens, o Estado, assim como o

²⁴⁶ Nesse sentido, cf. BUCCI, Maria Paula Dallari, **Direito Administrativo e políticas públicas...** *Op. Cit.*, p. 250; OLIVEIRA, Antônia Teresinha de. **Políticas públicas e atividade administrativa...** *Op. Cit.*, p. 116;

²⁴⁷ Weber faz a distinção de três formas de legitimação da dominação (ou seja, de formas através das quais os indivíduos reconhecem em outro como detentor de autoridade): (i) a legitimação tradicional (a autoridade do “ontem eterno”, que remonta a tempos passados), domínio exercido pelo patriarca; (ii) a legitimação carismática, que decorre de carisma (graça) extraordinário e pessoal; (iii) a legitimação legal, que se origina da crença na validade do regime legal estatuído e da repartição da competência através de regras criadas racionalmente. WEBER, Max. A política como vocação. In: **Ensaio de sociologia política**. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1963, p. 94-152. Ainda, cf. WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Vol. I. 3ª ed. Brasília: UNB, 1994, p. 31.

²⁴⁸ Sobre o modelo racional-burocrático de Administração Pública, cf. GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa...** *Op. Cit.*, p. 31-44.

indivíduo, é obrigado a agir de modo racional e estratégico, fazendo considerações sobre o futuro.”²⁴⁹

Diante deste panorama, a subordinação direta da Administração Pública aos ditames constitucionais, inclusive às finalidades elencadas na Constituição, exige a adoção de novas medidas para que seu agir seja previsível e transparente. Ou seja, a imposição de objetivos a serem alcançados demanda o devido planejamento das ações administrativas para que, ao olhar do cidadão, seja possível identificar como e em que medida estão sendo cumpridos aqueles deveres constitucionais. Nesse sentido, Ângela Cassia Costaldello ressalta a importância do *planejamento estratégico*, que deve estar associado ao processo de concretização da política pública. De acordo com a autora, “*estratégia* está em reunir os vários elementos e *planejar* a ação administrativa vinculativa por certo tempo, independentemente da alternância dos titulares que exercem a tarefa de governar.”²⁵⁰

A execução de uma política pública, portanto, pressupõe a realização de um adequado planejamento para que a Administração Pública possa concretizar os objetivos a que se vincula. Planejar envolve uma dimensão prospectiva: não se trata mais de conceber apenas o presente enquanto plano temporal de ação do Poder Público. Não basta ao administrador gerir a coisa pública com a visão voltada aos problemas cotidianos, às questões ordinárias que se colocam perante a Administração. O dever de planejamento, imposto pela Carta Magna (art. 174, *caput*, da Constituição Federal), traduz a necessidade de serem organizados programas de ação que incorporem os efeitos futuros das condutas que são realizadas presentemente.²⁵¹ Como adverte Comparato, o planejamento exige não apenas uma análise temporal que supere a cotidianidade, mas também uma visão global e integrada dos fatos sociais com que tem que lidar o administrador público.²⁵²

²⁴⁹ MARRARA, Thiago. A atividade de planejamento na Administração Pública: o papel e o conteúdo das normas previstas no anteprojeto da Nova Lei de Organização Administrativa. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 9-45, jul./set. 2011, p. 10.

²⁵⁰ COSTALDELLO, Ângela Cássia. Aportes para um ideário brasileiro de gestão pública: a função do controle externo. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C**, ano 10, n. 40, p. 13-31, abr./jun. 2010, p. 21.

²⁵¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas...** *Op. Cit.*, p. 77.

²⁵² COMPARATO, Fábio Konder. A organização constitucional da função planejadora. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). **Desenvolvimento Econômico e intervenção do Estado**

Planejar, assim, consiste basicamente em coordenar as ações administrativas, o que pode ser analisado a partir de duas frentes: quanto às relações internas e quanto às relações externas. Como bem assevera Thiago Marrara, o dever de cooperação administrativa pode ser extraído diretamente do princípio da moralidade, encartado no art. 37, *caput*, da Constituição, impondo ao Estado o dever de adequado funcionamento e de promover o respeito mútuo nas relações jurídico-administrativas. Nesse sentido, a cooperação pode ser de caráter intra-administrativo e inter-administrativo, incidindo, ainda, na relação entre Administração Pública e cidadão.²⁵³ Quanto ao plano interno (*cooperação intra-administrativa*), a coordenação aponta para a necessidade de a Administração Pública estruturar-se de maneira que seus órgãos e entes estejam orquestrados para que, ao desempenharem suas funções, sejam capazes de concretizar as finalidades constitucionais que pesam sobre eles. Trata-se, em suma, de articular os vários segmentos da estrutura administrativa para suas ações sejam executadas em consonância com os objetivos pretendidos pela política pública em questão.²⁵⁴

Com relação ao plano externo, o planejamento das ações estatais envolve, por um lado, a forma como os entes federados coordenam políticas de comum interesse a todos eles – são estabelecidas questões como repartição de recursos, unidades gestoras de cada atividade, divisão de responsabilidades etc. (*cooperação inter-administrativa*).²⁵⁵ Por outro lado, o planejamento deve ser capaz de articular todos os atores que poderão integrar o plano de execução da política pública.²⁵⁶ Este segundo aspecto do plano externo do planejamento chama a atenção para a atuação de agentes, públicos ou privados, que tomarão parte em todo o procedimento de gestão da política

na ordem constitucional: estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 87. Ainda sobre o tema, cf. BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas:** reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 158-161.

²⁵³ MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade... *Op. Cit.*, p. 174-177.

²⁵⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas**... *Op. Cit.*, p. 75.

²⁵⁵ MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade... *Op. Cit.*, p. 175.

²⁵⁶ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Idem**, p. 75-76.

pública, que engloba, basicamente, quatro momentos: formulação, execução, controle e avaliação.²⁵⁷

A articulação dos agentes envolvidos na gestão das políticas públicas compreende, em um primeiro momento, a inserção da sociedade no processo decisório das prioridades e das metas que orientarão o agir administrativo. A participação popular, como será tratado na sequência (subcapítulo 2.2.3), além de consubstanciar exigência constitucional, representa importante elemento de informação das condutas do Poder Público, essencial para que os objetivos constitucionais sejam alcançados de maneira mais satisfatória. Em um segundo momento, a articulação de agentes acena para o fato de que a Administração Pública nem sempre atua de maneira direta na execução da política pública, podendo valer-se de mecanismos de cooperação (seja com outros entes da Federação, seja com agentes privados ou até mesmo com entidades internacionais)^{258, 259}.

No quadro do que vem sendo enunciado, o planejamento de uma política pública que seja adequado aos ditames da Constituição Federal de 1988 exige que se leve às últimas consequências o regime jurídico-constitucional da Administração Pública. Isso porque política pública não se resume à mera execução de ações concretas. Nos dizeres de Vanice Regina Lírio do Valle, política pública consubstancia verdadeiro *sistema de ação pública*, que reforça e complexifica a tarefa do planejamento. Os múltiplos agentes envolvidos, bem como os variados objetivos que se impõem ao Poder Público, faz com que o processo de gestão da política pública esteja constantemente aberto à possibilidade de releituras e reavaliações das escolhas operadas (trata-se do momento de *avaliação* da política). Essencial a valorização do princípio da publicidade administrativa (art. 37, *caput*, da Constituição Federal), que torne a prática administrativa amplamente pública, viabilizando assim o incremento de

²⁵⁷ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 70.

²⁵⁸ Vanice Regina Lírio do Valle ressalta que, contemporaneamente, intensifica-se o processo de transbordamento, para além dos limites geográficos internos, das questões atinentes ao objeto de várias políticas públicas, como aquelas relacionadas a questões ambientais, à integração econômica, à transmissão de doenças infecto-contagiosas. Com isso, a coordenação de agentes alcança também um patamar internacional, passando a envolver as políticas de vários Estados. VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas**... *Op. Cit.*, p. 77.

²⁵⁹ A problemática da estrutura federativa da gestão das políticas sanitárias será objeto específico do subcapítulo 2.2.2.

uma *memória institucional*, de modo que os erros e acertos possam encerrar processos de aprendizagem e de aprimoramento das políticas públicas. Enfim, através do planejamento é possível obter intervenções, através das políticas, mais qualificadas e racionais.²⁶⁰

A expressão do planejamento ocorre através de planos, que se aprovados pelo Poder Legislativo, adquirem o *status* normativo de lei. Podem assumir feição geral (como o Plano Nacional de Desenvolvimento), regional ou setorial, quando abarcam uma finalidade mais bem delimitada (como o Plano Nacional de Saúde e o Plano Nacional de Educação), e estabelecem quais objetivos deverão ser alcançados pelo Poder Público, quais mecanismos institucionais serão utilizados bem como outras disposições pertinentes à execução das metas.²⁶¹ Ainda, o plano permite materializar, juridicamente, uma visão prospectiva da realidade social, adequando o agir estatal ao alcance das prioridades previamente definidas.²⁶²

A própria Constituição Federal prevê a elaboração de planos com vistas à realização das finalidades por ela definidas. Por exemplo, a competência da União de elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social (art. 21, inciso IX da Constituição). Igualmente, o planejamento financeiro para a consecução dos objetivos do plano não é realizado apenas anualmente, através da lei orçamentária anual (LOA), exigindo-se também a elaboração do plano plurianual (PPL) e da lei de diretrizes orçamentárias (LDO) – todas de iniciativa do Poder Executivo (art. 165 da Constituição). O plano plurianual se destina a assegurar a execução de metas relacionadas a despesas de capital e a programas de duração continuada.

Os instrumentos orçamentários, portanto, apontam para a determinação constitucional de que a Administração Pública não apenas estabeleça prioridades e

²⁶⁰ Eros Roberto Grau entende o planejamento como atividade-meio, que não se confunde com outras formas de intervenção direta. Trata-se de um *método*, que permite intervenções mais qualificadas e racionais, possuindo como características a “aplicação de técnicas de previsão e a pressuposição de ação coordenada dos vários órgãos e serviços do setor público, na busca da realização de fins previamente determinados, bem assim a predisposição dos meios adequados ao alcance de tais fins”. GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 62.

²⁶¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas...** *Op. Cit.*, p. 259.

²⁶² GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômico e regra jurídica...** *Op. Cit.*, p. 74.

metas a serem alcançadas, mas também que sejam assegurados os recursos financeiros que lhes amparem. Afinal “sem os planos, sem os orçamentos, nada de política pública pode ser implementado”²⁶³. O tema suscita inúmeros questionamentos – como a natureza jurídica do plano, do nível de vinculação entabulado pelas leis orçamentárias, a possibilidade de controle judicial etc.²⁶⁴

Para o objeto ora estudado, o planejamento, inclusive orçamentário, deve ser analisado como elemento essencial que integra uma política pública. De acordo com a concepção ora defendida, a política não se resume ao plano. Embora haja uma forte relação entre eles, o plano não exaure a estrutura normativa da política pública (que engloba diversificados cadernos normativos). De qualquer sorte, no campo específico do direito à saúde, está em vigor o Plano Nacional de Saúde (PNS), referente ao período 2012-2015.²⁶⁵ O documento foi elaborado pelo Ministério da Saúde, sendo discutido e aprovado pelo Conselho Nacional de Saúde – não se trata, portanto, de lei em sentido formal, embora seu conteúdo tenha sido utilizado como parâmetro para a elaboração do plano plurianual no que tange ao setor da saúde.²⁶⁶

Nota-se que da forma como está redigido, o PNS constitui, na verdade, um vetor geral que orienta as políticas específicas a serem encampadas pelos gestores públicos (em todos os níveis da federação). O PNS reúne informações essenciais, que conformam um grande diagnóstico da saúde pública no Brasil, avaliando quais medidas apresentaram resultados satisfatórios e o que precisa ser feito para que melhores níveis sanitários sejam alcançados. Trata-se de fundamental levantamento, que informa e orienta as decisões legislativas e administrativas a serem tomadas no processo de definição dos contornos concretos que deverá assumir o conteúdo do

²⁶³ LOPES, José Reinaldo de Lima. Judiciário, democracia, políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 122, p. 255-265, abr./jun. 1994, p. 259.

²⁶⁴ Veja-se, sobre o tema: SILVA, Sandoval Alves. **Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação**. 1ª ed., 2ª reimp. Curitiba: Juruá, 2011; TORRES, Ricardo Lobo. **O orçamento na constituição**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000; GIACOMONI, James. **Orçamento público**. 15ª ed. ampl. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010.

²⁶⁵ Ademais, a própria Lei nº 8.080/1990 estabelece que os planos de saúde constituem a base da programação e planejamento de cada nível de direção do SUS. É o que está consignado no art. 36, § 1º da referida Lei: “Os planos de saúde serão a base das atividades e programações de cada nível de direção do Sistema Único de Saúde (SUS), e seu financiamento será previsto na respectiva proposta orçamentária.”

²⁶⁶ O PNS pode ser acessado em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/plano_nacional_saude_2012_2015.pdf> Acesso em 12/11/2012.

direito à saúde. Não se trata, igualmente, de documento exclusivamente técnico. O PNS é resultado de amplo debate promovido entre gestores públicos, profissionais de diversas áreas (médica, administrativa, jurídica) e cidadãos, como se apreende do próprio texto do Plano. O documento, portanto, expressa juridicamente uma série de decisões políticas tomadas por agentes do Estado em articulação com a sociedade civil.

Mas qual o nível de vinculação jurídica do PNS? Ou seja, em que medida as suas orientações impõem condutas aos agentes públicos? Essa discussão ganha destaque pelo fato de o Plano não conter apenas objetivos genéricos, como “melhorar a rede de atendimento”. Pelo contrário, o texto prevê especificamente quatorze diretrizes, sendo que para cada uma delas são fixadas metas concretas – como se verifica com a diretriz número dois,²⁶⁷ por exemplo, em relação à qual são estabelecidos os objetivos de, até o ano de 2015, adquirir 2.160 ambulâncias, implantar 2.163 leitos hospitalares, ampliar ou equipar 231 unidades de atenção especializada dentro das redes de urgência e emergência, dentre outros. O mesmo ocorre em cada uma das diretrizes. Pode o gestor público, durante o período de vigência do plano, alterar as metas nele encartadas? Ele pode ser penalizado pelo descumprimento de tais medidas?

Eros Roberto Grau defende que as normas que integram o plano possuem a natureza de *norma-objetivo*. Tais normas se diferenciam das chamadas *normas de conduta*, porque aquelas consubstanciariam apenas diretrizes e prioridades – há que situar que o autor fala a partir do Plano Nacional de Desenvolvimento estabelecido na década de 1970 (Leis nº 5.727/1971 e nº 6.151/1974). Assim, como aquele diploma normativo não fixa condutas específicas a serem realizadas, mas tão somente objetivos a serem perseguidos, as normas que o integram seriam do tipo *norma-objetivo*.²⁶⁸

Assim, apesar de vincularem o agir do administrador quanto aos fins que devem ser alcançados, os meios que serão utilizados, bem como os resultados a serem efetivamente atingidos (dentro dos parâmetros já definidos) estão na contingência da

²⁶⁷ “Aprimoramento da rede de urgência e emergência, com expansão e adequação de unidades de pronto atendimento/UPA, de serviços de atendimento móvel de urgência/Samu, de prontos-socorros e centrais de regulação, articulada às outras redes de atenção.”

²⁶⁸ GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômico e regra jurídica...** *Op. Cit.*, p. 244.

dinâmica da realidade concreta – seja em função das disponibilidades financeiras, seja em função da emergência de situações não previstas que demandem reavaliação das metas traçadas. Ressalte-se que o plano não é meramente autorizativo, pois vincula efetivamente as diretrizes e prioridades a serem alcançadas pelo Poder Público. De qualquer forma, as normas do plano devem ser flexíveis o suficiente para garantir ao gestor a análise de situações concretas que por vezes exijam o reequacionamento das ações a serem adotadas – a tal possibilidade, Grau denomina *capacidade normativa de conjuntura*.²⁶⁹ Ainda, Thiago Marrara aponta que a *flexibilidade* constitui verdadeiro elemento do planejamento estatal, viabilizando a correção de eventuais falhas constatadas ao longo do percurso de execução do plano. Com isso, viabiliza-se que a Administração Pública possa exercer suas funções com *criatividade* (outro elemento do planejamento), de modo que o objetivo proposto seja fielmente alcançado.²⁷⁰

Sobre as posições apresentadas, importante ressaltar dois aspectos. Em primeiro lugar, o fato de as normas do Plano serem classificadas como norma-objetivo não significa que são desprovidas de juridicidade. Isso porque elas efetivamente vinculam o agir administrativo, de modo que o administrador não poderá se furtar de dar cumprimento aos seus comandos. Restringe-se, de início, a liberdade de atuação do Poder Público, que não poderá escolher arbitrariamente os objetivos que encabeçarão as prioridades das atividades estatais. Em relação ao direito à saúde, nota-se que o Plano Nacional de Saúde especifica as finalidades que estão previstas de maneira mais geral na Constituição Federal. Conforma-se então, de modo mais concreto, quais resultados deverão ser alcançados dentro de determinado prazo, e quais os meios que preferencialmente serão utilizados para tanto.²⁷¹

Por exemplo, quanto à terceira diretriz (“promoção da atenção integral à saúde da mulher e da criança e implementação da ‘Rede Cegonha’, com ênfase nas áreas e populações de maior vulnerabilidade”), o PNS elencou uma série de ações que devem

²⁶⁹ GRAU, Eros Roberto. *Idem*, p. 232.

²⁷⁰ MARRARA, Thiago. A atividade de planejamento... *Op. Cit.*, p. 12.

²⁷¹ A Lei nº 8.080/1990 reforça a força vinculante do PNS ao determinar, em seu art. 36, § 2º, que “É vedada a transferência de recursos para o financiamento de ações não previstas nos planos de saúde, exceto em situações emergenciais ou de calamidade pública, na área de saúde.” Portanto, apenas situações excepcionais justificarão o remanejamento de recursos públicos para finalidades não estabelecidas pelo próprio Plano.

ser realizadas pelo Governo Federal para que o objetivo encartado na referida diretriz seja cumprido. Dentre elas, colhem-se os seguintes: realizar 15,2 milhões de mamografias bilaterais, adequar a ambiência de 120 maternidades, ampliar em 684 o número de leitos de unidade de terapia intensiva neonatal, além de várias outras.

Com isso, verifica-se que as diretrizes efetivamente vinculam o agir administrativo, que deverá pautar suas ações a partir das normas contidas no plano. Entretanto, se aqueles objetivos concretos não forem atingidos, é possível que o administrador receba alguma sanção? Eros Roberto Grau enuncia que não seria possível haver reprimenda jurídica em caso de eventual descumprimento do plano, em razão do caráter flexível de suas normas e da necessária capacidade normativa de ação de que deve possuir o agente público para lidar com contingências.²⁷² Aqui cabe a segunda consideração que merece ser feita em relação às lições do autor: sua posição é embasada no Plano Nacional de Desenvolvimento, o qual, como já dito, continha normas de cunho eminentemente programático, o que tornaria inadequada a atribuição de sanção em decorrência de seu descumprimento.

Há que se ter em mente, contudo, que o PNS não estabelece apenas objetivos gerais. Como demonstrado, diversas disposições do Plano apresentam obrigações concretas, em relação às quais não pesa qualquer dúvida quanto ao conteúdo normativo veiculado. Por isso, o Plano Nacional de Saúde, além de conter normas do tipo *normas-objetivo* (consubstanciadas, por exemplo, nas quatorze diretrizes apresentadas pelo Plano), igualmente possui normas que podem ser classificadas como *normas de conduta*, fixando assim diversas ações que devem ser promovidas para que as diretrizes sejam concretizadas.

Embora não se trate de lei em sentido formal, ao elaborar o Plano a Administração Pública gera nos cidadãos expectativas legítimas de que as ações efetivamente serão realizadas. Como decorrência do próprio princípio da moralidade, que compreende os de deveres previsibilidade, boa-fé e lealdade, o administrador público não poderá ignorar as normas por ele mesmo elaboradas (dentro da

²⁷² GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômico...** *Op. Cit.*, p. 233.

competência normativa da Administração Pública).²⁷³ Assim, as diretrizes e metas traçadas no PNS não podem ser simplesmente ignoradas pelo gestor público. Também há que se ponderar que a *capacidade normativa de contingência*, que confere certa *flexibilidade* ao gestor público, não pode ser fulminada, haja vista que modificações no panorama fático podem exigir a reprogramação das metas inicialmente entabuladas – o que, eventualmente acontecendo, deverá ser devidamente motivado. Isso não significa, de qualquer forma, que o Plano pode ser arbitrariamente manejado pelo Poder Público.

Nessa esteira, a capacidade normativa de contingência, que expressa, na verdade, a competência de análise discricionária da Administração quanto à conveniência e oportunidade de se fazer ou deixar de fazer determinado ato, resta tão mais restrita quanto mais bem delimitado o conteúdo normativo do Plano. Assim, no caso do PNS, aquelas metas concretas elencadas deverão em princípio ser executadas pela Administração Pública – trata-se de competência vinculada. Seu descumprimento enseja a possibilidade de controle judicial, especialmente através de ações coletivas, haja vista que a própria Administração já restringiu sua esfera de apreciação discricionária naquelas hipóteses. Mostra-se possível, portanto, compelir o Poder Público a realizar as condutas às quais ele mesmo se obrigou.

Quando às chamadas *normas-objetivo*, que não veiculam conteúdo normativo inequívoco, contidas no Plano, admite-se, excepcionalmente, a reprogramação das metas inicialmente traçadas. Por se tratar de planejamento que engloba quatro anos, é possível que eventualmente o contexto fático ou jurídico previsto de início acabe se modificando sensivelmente. Nesses casos – de alteração profunda do panorama fático ou jurídico imaginado *a priori* – o exercício da competência discricionária da Administração Pública deverá viabilizar a fixação da escolha ótima, a partir do novo contexto. De qualquer forma, permanecerá vinculada às finalidades e diretrizes contidas no Plano, de modo que a discricionariedade incidirá apenas para viabilizar a

²⁷³ Como aponta Bacellar Filho, “A atuação da Administração Pública [em decorrência do princípio da moralidade] deve ser sempre marcada por uma pauta previsível, não havendo lugar para ciladas, rompantes ou açodamentos a caracterizar uma ‘administração de surpresas’”. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Administrativo e Interesse Público**: estudos em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 104.

escolha dos melhores meios para a satisfação do fim almejado. Ainda, deverá haver motivação consistente, que expresse de maneira clara as mudanças fáticas ou jurídicas que amparam a reordenação do planejamento.²⁷⁴

2.2 O Sistema Único de Saúde e a estrutura jurídica de gestão das políticas sanitárias

2.2.1 SUS: raízes histórias e estruturação constitucional

A Constituição Federal revoluciona a forma de tratamento dispensado à saúde pública no Brasil. Ao longo da maior parte do século XX, as intervenções sanitárias do Estado pautavam-se, em geral, por dois objetivos: em primeiro lugar, para fazer frente a situações emergenciais, muitas vezes com uso do aparato policial; em segundo lugar, para manter a integridade física do trabalhador (ou seja, para evitar que as forças produtivas do Estado fossem enfraquecidas). Este panorama foi profundamente modificado com o texto constitucional de 1988, e especialmente nos últimos anos – nas palavras de Thiago Marrara e Lydia Neves, “vive-se, há pouco mais de uma década, a ressurreição do direito à saúde no Brasil.”²⁷⁵

Do começo do século XX até aproximadamente 1930, adotava-se um modelo de intervenção estatal denominado por Luís Roberto Barroso de “campanhista”²⁷⁶, que se voltava notadamente para o enfrentamento de doenças epidêmicas, como a febre amarela.²⁷⁷ Em 1903, Oswaldo Cruz foi nomeado pelo Presidente Rodrigues Alves

²⁷⁴ Juarez Freitas enaltece a motivação como requisito indispensável para o exercício legítimo da discricionariedade, inclusive sob pena de nulidade. Aduz o autor que “pode-se *conceituar a discricionariedade administrativa legítima como a competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e escolher, no plano concreto, as melhores soluções, mediante justificativas válidas, coerentes e consistentes de conveniência e ou oportunidade (com razões juridicamente aceitáveis), respeitados os requisitos formais e substanciais da efetividade do direito fundamental à boa Administração Pública*” (grifos no original). FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa...** *Op. Cit.*, p. 24.

²⁷⁵ MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Reflexões sobre o controle... *Op. Cit.*, p. 213.

²⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 883.

²⁷⁷ Aliás, foi uma grande epidemia de febre amarela, ocorrida em 1850, que motivou a criação da Junta Central de Saúde Pública, precursora do Ministério da Saúde. SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social: trajetória da saúde pública.** 2ª ed. São Paulo: Senac, 2005, p. 104.

para comandar a Diretoria Nacional de Saúde Pública, então vinculada ao Ministério da Justiça. Oswaldo Cruz buscou, naquele período, incrementar a estrutura de atenção à saúde pública do país, incorporando novos elementos à gestão sanitária, como a realização de registros demográficos (o que viabilizou melhor conhecer a composição e as características da população), a utilização de exames laboratoriais para auxiliar na atividade de diagnóstico etiológico e a fabricação de produtos profiláticos para serem utilizados em grande escala.²⁷⁸

O foco das intervenções sanitárias, contudo, permanecia no ataque às epidemias. Como exemplo, cite-se o tratamento dado à febre amarela e à varíola, ambas combatidas através de um modelo de campanha – o termo “campanha” tem origem na tradição militar, e reflete o trabalho organizado, disciplinado e autoritário que era realizado. A campanha organizada no Rio de Janeiro para atacar a febre amarela adotava dois tipos de condutas: a identificação dos doentes e a extinção dos focos de mosquito. Para aniquilar os focos de concentração dos vetores da doença, foram formadas “brigadas de mata-mosquitos”, com uniformes e equipamentos específicos, dotadas de competência inclusive para invadir casas – o que, não raro, era feito contra a vontade dos cidadãos.²⁷⁹

Com relação à varíola, a campanha empreendida por Oswaldo Cruz foi mais radical. Como sabia que somente a vacinação maciça poderia controlar a doença, editou-se um regulamento sanitário que a tornou obrigatória – os que se negavam à vacinação eram multados, e o atestado de recebimento da vacina era requisito para a matrícula nas escolas, para tomar posse em empregos públicos, para a celebração de casamento etc.²⁸⁰ Tal medida teve recepção amplamente negativa pela população. A começar pelos adeptos da filosofia positivista, que entendiam a campanha como um “despotismo sanitário”. Entre a população, completamente desinformada²⁸¹, foram

²⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade... *Op. Cit.*, p. 883.

²⁷⁹ SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social...** *Op. Cit.*, p. 107-108.

²⁸⁰ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade... *Op. Cit.*, p. 883.

²⁸¹ Para uma análise histórica sobre as atividades educativas empreendidas na esfera da saúde pública brasileira, cf. PELICIONI, Maria Cecília Focesi; PELICIONI, Andréa Focesi. Educação e promoção da saúde: uma retrospectiva histórica. **O mundo da saúde**, São Paulo, v. 31, p. 320-328, jul/set. 2007.

disseminados vários mitos, como o receio de que a vacina poderia provocar a morte dos cidadãos ou, ainda, deixar a pessoa com cara de bezerro.²⁸²

A ausência de conscientização quanto aos reais efeitos da vacina, somada à necessidade de se obter um atestado de vacinação para que a pessoa pudesse conseguir um emprego, resultou na eclosão da chamada Revolta da Vacina, ocorrida no Rio de Janeiro em 1904. Oswaldo Cruz era o principal alvo da ira das pessoas – o médico chegou até a ser agredido e ameaçado de morte. Finalmente, a revolta foi sufocada pelas forças do Governo, que teve de mobilizar inclusive a Marinha para conter os revoltosos.²⁸³

O relato de tais passagens ilustra a forma como a saúde pública brasileira era tratada no início do século XX. O modelo campanhista privilegiava o combate às epidemias, como forma de se evitar que o contágio de doenças se alastrasse de maneira incontrolável sobre a população. Não havia, portanto, uma concepção de saúde ligada a qualquer conceito de “qualidade de vida” ou de “proteção da dignidade da pessoa humana”.²⁸⁴ As ações do Estado não tinham um aspecto *promocional* da saúde, restringindo sua atuação a uma esfera de *proteção* geral (adoção de medidas voltadas a evitar a disseminação de doenças). Ademais, a própria Constituição da República de 1891 não destinava qualquer tratamento ao direito à saúde.

Ainda, nesse período o Poder Público não promovia ações curativas (ligadas ao aspecto promocional da saúde) – estas eram prestadas por entidades particulares e por hospitais de caridade. Apenas na década de 1930 que o Estado passa a desenvolver estruturas públicas voltadas a esse tipo de atividade. O Departamento Nacional de Saúde Pública deu lugar ao Ministério da Educação e Saúde Pública (apenas em 1953

²⁸² SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social...** *Op. Cit.*, p. 110.

²⁸³ SCLIAR, Moacyr. **Idem**, p. 111.

²⁸⁴ Há que se destacar que a atuação de Oswaldo Cruz como sanitarista, apesar das “campanhas” promovidas para a erradicação de epidemias, também foi pioneira na área da pesquisa médica. Ele foi um dos responsáveis pela criação do Instituto Soroterápico Federal, em 1900 (com sedes em São Paulo e Rio de Janeiro), que tinha o objetivo de produzir vacina e soro contra a peste bubônica. Mais tarde, em 1907, Oswaldo impingiu ao órgão sediado no Rio de Janeiro o caráter de Instituto de pesquisa, aos moldes do Instituto Pasteur, da França (onde, aliás, havia estagiado após a conclusão do curso de medicina), quando passou a ser denominado de Instituto de Patologia Experimental de Manguinhos (referência ao bairro em que está localizada sua sede). Finalmente, teve seu nome modificado para Fundação Instituto Oswaldo Cruz (1970) e Fundação Oswaldo Cruz (1974), sendo adotada a sigla Fiocruz. Trata-se de uma das mais importantes instituições de pesquisa na área médica no Brasil. Cf. SCLIAR, Moacyr. **Idem**, p. 112.

o Ministério da Saúde constituiu pasta autônoma). Igualmente, são criados os Institutos de Aposentadoria e Pensão (os IAPs), que eram responsáveis por prestar serviços curativos. Contudo, nessa específica dimensão prestacional, a saúde pública não era universalizada. Apenas podiam gozar dos serviços dos IAPs os trabalhadores que eram contribuintes dos institutos de previdência.²⁸⁵

No período de ditadura militar, instaurada em 1964, os IAPs foram reunidos em torno do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS). Vinculados ao INPS, foram criados o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social. No entanto, a estrutura pública de atendimento à saúde apenas era disponibilizada aos trabalhadores urbanos com carteira assinada – grande parcela da população, portanto, permanecia à míngua da rede pública, dependendo de ações de caridade para ter acesso a serviços de saúde.²⁸⁶

A década de 1970 foi marcada pela repressão política e pelo aumento da pobreza. O tricampeonato mundial da Seleção brasileira de futebol (México/1970) arrefeceu em certa medida a organização da sociedade civil contra a ditadura. Mas, como o autoritarismo e os problemas sociais falam mais alto que o grito de gol, no final da década a sociedade volta a se mobilizar em defesa da abertura política. Nesse cenário, a bandeira pela democratização da saúde é levantada em meio aos demais atores sociais que, pacificamente ou através da luta armada, se contrapunham ao regime militar.²⁸⁷ Destaque-se, a título de exemplo, que a repressão na área da pesquisa sanitária era intensa. No episódio conhecido como “Massacre de Manguinhos” (ocorrido em 1970), o Presidente Costa e Silva, a pedido do então ministro da Saúde, Francisco de Paula Rocha Lagoa (ex-aluno da Escola Superior de Guerra), demitiu dez pesquisadores da Fiocruz, com fundamento no art. 6º, § 1º do Ato

²⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade... *Op. Cit.*, p. 884.

²⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade... *Op. Cit.*, p. 884.

²⁸⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde. **Movimento Sanitário Brasileiro na década de 70: a participação das Universidades e dos Municípios – memórias**. 1ª ed. Brasília: Conasems, 2007, p. 17.

Institucional nº 5,²⁸⁸ pelo fato de serem defensores da valorização da pesquisa básica e da criação do Ministério da Ciência, posturas consideradas subversivas.²⁸⁹

Ao longo da década de 1970, permanecia, em geral, a lógica campanhista de proteção da saúde pública, privilegiando o combate a doenças infecciosas e parasitárias. Ademais, tal lógica liga-se a uma concepção de saúde privatista e curativista: privatista na medida em que o acesso aos serviços de saúde não era universalizado, sendo restrito aos trabalhadores que possuíam carteira assinada, e, por outro lado, a grande maioria dos serviços era prestada por instituições privadas, que recebiam repasses do Estado; curativista porquanto as medidas preventivas eram desprestigiadas, assim como outros fatores determinantes da saúde (por exemplo, a extrema pobreza e a falta de saneamento básico não eram consideradas pelo Poder Público como problemas ligados à saúde). Segundo dados da Organização Pan-Americana de Saúde (de 1974), o governo Médici destinou à saúde pública o equivalente a 1,33 dólar por habitante/ano, o que garantiu ao Brasil um dos últimos lugares entre os países americanos no que tange aos investimentos em políticas sanitárias (ficava à frente apenas de Equador e Haiti). Dados dessa mesma Organização mostram que, até 1980, 40 milhões de brasileiros não tinham acesso aos serviços de saúde por carência de médicos e de leitos hospitalares. Ainda, dos 32 milhões de brasileiros economicamente ativos, apenas 25 milhões eram segurados pelo INPS.²⁹⁰

Diante desse quadro, os Departamentos de Medicina Preventiva de algumas Universidades começaram a promover discussões a respeito da organização sanitária do país, merecendo especial destaque a Universidade Federal Fluminense (UFF), a Universidade de Campinas (Unicamp) e a Universidade Estadual de Londrina (UEL). Era o início do Movimento Sanitário Brasileiro. A partir de uma perspectiva crítica e

²⁸⁸ Segue a transcrição dos dispositivos: “Art. 6º Ficam suspensas as garantias constitucionais ou legais de: vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade, bem como a de exercício em funções por prazo certo. § 1º - O Presidente da República poderá mediante decreto, demitir, remover, aposentar ou pôr em disponibilidade quaisquer titulares das garantias referidas neste artigo, assim como empregado de autarquias, empresas públicas ou sociedades de economia mista, e demitir, transferir para a reserva ou reformar militares ou membros das polícias militares, assegurados, quando for o caso, os vencimentos e vantagens proporcionais ao tempo de serviço.”

²⁸⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde. **Movimento Sanitário Brasileiro...** *Op. Cit.*, p. 33-34.

²⁹⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde. **Idem**, p. 34-35.

ampla (em termos de conhecimentos médicos), esses pesquisadores estabeleciam debates com as comunidades (através de sindicatos de trabalhadores, associações de bairros etc.), mobilizando-as em torno dos problemas sanitários que enfrentavam.²⁹¹

Muitos dos integrantes desses Departamentos eram ligados ao Partido Comunista Brasileiro, o que acabou por influenciar a abordagem teórica realizada pelos pesquisadores. Resumidamente, a atuação do Movimento se dava em duas frentes complementares: (i) através da constituição de novas teorias na esfera do saber médico, e (ii) por meio da busca de práticas médicas democratizantes, em uma contínua aproximação da Academia com a sociedade. Quanto ao primeiro aspecto, os profissionais da saúde passaram a incorporar estudos das ciências sociais, notadamente de viés marxista, passando-se a adotar uma perspectiva do processo saúde-doença que englobasse o ambiente social, a luta de classes. De outro lado, as práticas democratizantes tinham como eixo o lema “a saúde como campo de luta contra a ditadura”. Nesse aspecto, empreendeu-se verdadeira luta silenciosa contra o regime militar, realizada de modo pacífico e objetivando democratizar todos os espaços de atuação, a partir do problema sanitário.²⁹²

Após essa estruturação inicial do Movimento nos Departamentos de Medicina Preventiva, os projetos de medicina comunitária puderam ser implementados em três prefeituras – Niterói (RJ), Campinas (SP) e Londrina (PR) –, onde a vitória do MDB nas eleições municipais de 1976 permitiu que os pesquisadores pudessem articular as novas práticas de saúde em âmbito ainda maior. Como relata Sérgio Arouca, médico integrante do Movimento Sanitário, o trabalho de inserir novas técnicas de saúde, em uma constante integração entre o saber desenvolvido na Academia e as demandas das comunidades, permitiu fortalecer as bases democráticas nessas localidades. Mas esse processo não ficou adstrito a essas prefeituras, pois havia se formado uma intensa rede entre diversas Universidades, principalmente em São Paulo e no Rio de Janeiro, que permitiu disseminar o debate por vários outros municípios do país, durante o final da década de 1970 e ao longo da década de 1980.²⁹³

²⁹¹ BRASIL. Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde. **Idem**, p. 33-34.

²⁹² BRASIL. Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde. **Idem**, p. 44.

²⁹³ BRASIL. Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde. **Idem**, p. 51.

Nessa toada, a atuação do Movimento Sanitário Brasileiro articulou uma série de atores sociais no debate a respeito de uma saúde pública fundada em bases democráticas. Todo esse processo acabou por conformar um projeto ainda mais amplo, o Movimento pela Reforma Sanitária, composto por diversos movimentos populares, e que teve seu momento de projeção máxima com a realização da VIII Conferência Nacional de Saúde, em 1986. Reunindo mais de 5.000 pessoas em Brasília (DF), a Conferência foi resultado de uma ampla discussão promovida anteriormente, que se iniciara na interlocução entre Municípios e universidades, envolvendo mais de 50.000 pessoas ao longo do processo. E foi justamente na Conferência que foram delineados os princípios que futuramente norteariam a concepção do Sistema Único de Saúde.²⁹⁴

O Movimento pela Reforma Sanitária participou ativamente da Assembleia Constituinte, defendendo um discurso médico-social (preocupado com as condições sociais em que se inserem os indivíduos) e pressionando para que fossem inseridos no texto da Constituição os instrumentos necessários para que restasse garantida a participação social no processo de formulação, execução e fiscalização das políticas sanitárias.²⁹⁵ O Movimento foi exitoso, com muitas de suas reivindicações acolhidas. A reunião de 54.133 assinaturas por todo o Brasil teve grande peso e garantiu a previsão constitucional do Sistema Único de Saúde, com as diretrizes do art. 198. Mas não houve apenas vitórias: o sistema de saúde, que era para ser integralmente público, acabou sendo também aberto à iniciativa privada, por pressão do chamado “centrão” da Assembleia.²⁹⁶

²⁹⁴ Inclusive era lema da Conferência: “A saúde é direito de todos e dever do Estado”, posteriormente positivada no texto da Constituição. BRASIL. Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde. **Idem**, p. 54.

²⁹⁵ DELDUQUE, Maria Célia; OLIVEIRA, Mariana S. De Carvalho. Tijolo por tijolo: a construção permanente do direito à Saúde. In: COSTA, Alexandre Bernardino; DALLARI, Sueli Gandolfi; DELDUQUE, Maria Célia; *et al.* (Org.). **O direito achado na rua**: introdução crítica ao direito à saúde. Brasília: CEAD/UnB, 2009, p. 110.

²⁹⁶ De acordo com Júlio Aurélio Vianna Lopes, o grupo “centrão” era composto por lideranças de centro (PMDB, PTB, PL), de centro direita (PMDB, PFL, PDS) e de direita (PDS), e, em sua atuação, valorizavam algumas posições individuais, em oposição às bancadas partidárias. Formavam uma espécie de “coalização de veto” quanto à ordem política proposta pela Comissão de Sistematização, desejando assegurar maior espaço para o mercado na Constituição que era elaborada. LOPES, Júlio Aurélio Vianna. **A Carta da Democracia**: o processo constituinte da ordem pública de 1988. Rio de Janeiro: Topbooks, 2008, p. 174. Ainda, para uma análise aprofundada sobre os debates travados na Assembleia Constituinte, cf. SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e democracia** – tijolo por

A Constituição Federal de 1988 modifica radicalmente o panorama da saúde pública brasileira. A começar pelo art. 196, que estatui inapelavelmente que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”. Tal dispositivo cristaliza o *princípio da universalidade*, que marca o sistema nacional público de saúde, distinguindo-o de todos os modelos constitucionais pretéritos. Vale dizer, com a Constituição Cidadã todos os indivíduos, independentemente de suas condições pessoais, são protegidos pelo sistema de saúde. Não é mais preciso, portanto, possuir carteira assinada e contribuir para o órgão previdenciário para ter acesso às políticas sanitárias. Todo e qualquer cidadão brasileiro, inclusive estrangeiro que resida no Brasil, tem o direito de ser atendido pela rede do SUS.²⁹⁷

Por sua vez, o art. 198, *caput*, da Constituição Federal dispõe que “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único (...)”. Percebe-se, então, que a estrutura pública de efetivação do direito à saúde no Brasil constitui um *sistema*, justamente o Sistema Único de Saúde. O SUS, apesar de não ser dotado de personalidade jurídica própria, representa o núcleo estruturante de todas as ações e serviços de saúde pública, e, através de suas diretrizes, orienta e conforma todas as políticas sanitárias elaboradas e executadas pelo Estado, direta ou indiretamente.²⁹⁸

O Sistema Único de Saúde articula não só as ações e serviços de saúde, prestados em todos os níveis da federação, como também coordena os variados atores e estruturas envolvidos com as políticas sanitárias. Convém destacar que a Constituição, apesar de atribuir ao Estado o dever de concretizar o direito à saúde, admitiu também a possibilidade de que a execução daquelas ações e serviços seja realizada indiretamente, através de terceiros, inclusive pessoas físicas e jurídicas de

tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 151-199.

²⁹⁷ Consoante disposição expressa do art. 5º, *caput* da Constituição: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”

²⁹⁸ Nesse sentido, aduzem Sueli Gandolfi Dalari e Vidal Serrano Nunes Junior: “A ideia de sistema, nessa passagem [art. 198 da Constituição] expressa a designação constitucional que predispõe todos os meios de atuação (ações, equipamentos, serviços etc.) a um arranjo combinado destinado à concretização da atenção integral à saúde.” DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010, p. 77.

direito privado. É o que prevê o art. 197.²⁹⁹ Ainda, por força do art. 199, § 1º da Lei Fundamental³⁰⁰, é autorizada a participação complementar de instituições privadas no SUS, com preferência às entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos, desde que de maneira complementar e segundo as diretrizes constitucionais do Sistema Único.³⁰¹ O trabalho destina tópico específico sobre o tema da participação da iniciativa privada no SUS (subcapítulo 3.2, abaixo).

Trata-se de uma estrutura complexa, que envolve a participação de vários órgãos da Administração Pública direta (como o Ministério da Saúde, Secretarias Estaduais e Municipais), de entes da Administração Indireta (como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, os hospitais universitários vinculados às universidades públicas), de pessoas de direito privado (como Organizações Sociais e hospitais filantrópicos), bem como dos Conselhos e Conferências de Saúde, que viabilizam a participação comunitária na formulação e gestão das políticas públicas sanitárias.³⁰² A estruturação constitucional do Sistema Único de Saúde viabiliza que a atuação de todos esses agentes ocorra de maneira articulada, a partir das mesmas diretrizes e com objetivos concatenados. O SUS permite, com isso, a racionalização da gestão do sistema nacional de saúde.

Para organizar a estrutura jurídica deste sistema que, abruptamente, modificou completamente a política sanitária brasileira, foram estabelecidas diretrizes gerais que orientam a conformação geral de gestão da saúde pública. Inicialmente, o *caput* do art. 198 da Constituição estabelece que as ações e serviços públicos de saúde integram uma *rede regionalizada e hierarquizada*. O termo “regionalizada” aponta para a

²⁹⁹ Art. 197 da Constituição: “Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

³⁰⁰ Art. 199, § 1º, da Constituição: “Art. 199. (...) § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.”

³⁰¹ Ressalte-se, ainda, que é vedada a destinação de recursos públicos a instituições privadas com fins lucrativos a título de auxílios ou subvenções (art. 199, § 2º da CF). Ainda, o § 3º do mesmo artigo restringe a participação de empresas ou capitais estrangeiros no sistema da saúde nacional: “É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.”

³⁰² A participação popular na gestão das políticas sanitárias será abordada detidamente no item 2.2.3, abaixo.

necessidade de se repartir a organização do sistema a partir de circunscrições regionais, que não levam em consideração apenas critérios geográficos, estando na contingência da complexidade dos problemas sanitários brasileiros. Assim, a organização das circunscrições regionais levará em conta as especificidades de cada região e de suas demandas na área da saúde.³⁰³

A rede “hierarquizada”, a seu turno, indica o escalonamento da prestação dos serviços a partir de sua complexidade, com vistas à racionalização do sistema e emprego otimizado dos recursos. A hierarquia do sistema é elaborada a partir de uma sucessão de três graus: o atendimento primário, o atendimento secundário e o atendimento terciário. Este, inclusive, é o modelo recomendado pela Organização Mundial de Saúde e pela Organização Panamericana de Saúde, por viabilizar um planejamento mais adequado e maior eficiência na gestão dos recursos públicos. O atendimento primário, chamado de “atenção básica” envolve as ações de baixa complexidade (como consultas simples nas unidades básicas de saúde). Trata-se da “porta de entrada” do Sistema, que funciona como “referência” e “contrarreferência”: o cidadão sempre acessa o nível primário, que não apenas executa as atividades de menor complexidade, como também “referencia”, quando necessário, o paciente para os níveis mais complexos (secundário ou terciário).³⁰⁴

Grande parte da demanda acaba sendo atendida pela rede de atenção básica. Contudo, quando o quadro clínico exige outros níveis de atendimento, as unidades primárias encaminham (referenciam) para as unidades superiores. É possível que, após receber o tratamento de maior complexidade, os cuidados complementares de recuperação possam ser dispensados por níveis inferiores. Nessa hipótese, a unidade de maior complexidade faz a “contrarreferência” do paciente, que retorna ao nível de atendimento inferior. Esse sistema permite a otimização dos recursos na medida em que as ações do atendimento primário se caracterizam por apresentarem menor custo,

³⁰³ COIMBRA, Mário; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de Matos; MAPELLI JUNIOR, Reynaldo. **Direito sanitário**. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo e Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2012, p. 27.

³⁰⁴ De acordo com dados fornecidos pelo Ministério da Saúde, 80% das intervenções do SUS ocorrem no atendimento primário. As informações encontram-se na cartilha “Entendendo o SUS” Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/cartilha_entendendo_o_sus_2007.pdf> Acesso em 21/09/2012.

ao passo que os níveis secundário e terciário são mais caros. Assim, a seletividade operada no nível primário faz com que as intervenções mais custosas sejam realizadas nas ocasiões em que sejam realmente recomendadas.³⁰⁵

Além de constituir uma rede “regionalizada e hierarquizada”, os incisos do art. 198 da Constituição entabulam três diretrizes do Sistema Único de Saúde: (i) a descentralização, com direção única em cada esfera de governo; (ii) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; (iii) participação da comunidade. Cada uma dessas diretrizes ressalta aspectos fundamentais que repercutem por toda a legislação que regulamenta o Sistema Único de Saúde. Para compreendê-las em toda a sua plenitude, os próximos tópicos do trabalho serão dedicados a elas.

2.2.2 Abrangência das políticas do SUS (integralidade) e estrutura federativa de gestão das políticas sanitárias (descentralização)

A diretriz de integralidade do Sistema Único de Saúde impõe que a rede pública de atendimento deve ser completa, em termos assistenciais. Vale dizer, o conteúdo do direito à saúde assegurado pela Constituição compreende todas as dimensões de eficácia típicos dos direitos fundamentais, impondo ao Estado deveres de respeito, de proteção e de promoção. A Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/1990) tratou de especificar, em seu art. 7º, inciso II, que a integralidade na assistência compreende um “conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”.

Para fazer frente à exigência de integralidade, o art. 6º da Lei nº 8.080/1990 estabelece um extenso rol de obrigações que deverão compor a abrangência de atuação do SUS. É imposto o dever de executar ações ligadas à vigilância sanitária, à vigilância epidemiológica, à saúde do trabalhador, e à assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica. Ainda, determina-se que o sistema nacional de saúde pública promova políticas de saneamento básico, de vigilância e orientação nutricional, de

³⁰⁵ DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário...** *Op. Cit.*, p. 84.

proteção do meio ambiente (inclusive do trabalho), dentre outros.³⁰⁶ Destaque-se que, além de executar todas as ações previstas, o SUS possui o dever de constantemente absorver as inovações científicas e tecnológicas da Saúde.

A Norma Operacional Básica do SUS³⁰⁷ (NOB 1/96), aprovada pela Portaria do Ministério da Saúde nº 2.203/96, sistematiza as esferas de intervenção da saúde pública em três grandes áreas: (i) de assistência (atividades voltadas ao atendimento individual ou coletivo, em âmbito hospitalar, ambulatorial ou outros espaços – trata-se de assegurar a saúde da pessoa); (ii) de intervenções ambientais (em sentido amplo, abrangendo as condições sanitárias domiciliares e do ambiente de trabalho, bem como o saneamento ambiental – garantindo, assim, um ambiente de trabalho e de moradia, bem como o meio ambiente em geral, saudável); (iii) de políticas externas à saúde, mas que interferem no processo saúde-doença dos cidadãos (trata-se de questões amplas, que indiretamente afetam a saúde da população, como o emprego, a educação, o lazer, a disponibilidade de alimentos).

Verifica-se que o SUS promove uma modificação profunda na forma de tratamento da saúde pública no Brasil, em termos quantitativos e qualitativos. Em termos quantitativos, assegurou a universalização da rede de atendimento, em todos os níveis de complexidade. Por outro lado, em termos qualitativos, o ordenamento jurídico ampliou significativamente o espectro de abrangência dos serviços e ações que deverão ser prestados pelo sistema público.

³⁰⁶ O art. 6º da Lei nº 8.080/1990 possui a seguinte redação: “Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): I - a execução de ações: a) de vigilância sanitária; b) de vigilância epidemiológica; c) de saúde do trabalhador; e d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica; II - a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico; III - a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde; IV - a vigilância nutricional e a orientação alimentar; V - a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho; VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção; VII - o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde; VIII - a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano; IX - a participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; X - o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico; XI - a formulação e execução da política de sangue e seus derivados.”

³⁰⁷ Como se verá na sequência, as Normas Operacionais Básicas, que definem as estratégias e ações do SUS, apesar de serem formalizadas através de Portaria do Ministério da Saúde, têm seu conteúdo debatido e fixado de maneira compartilhada entre o próprio Ministério, os representantes do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) e do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS).

Com isso, fulmina-se a pretérita concepção eminentemente campanhista de intervenção sanitária, que privilegiava o combate pontual a epidemias, restringindo assim a noção de saúde à ideia de ausência de doença. O conceito amplo de saúde do ordenamento jurídico brasileiro encontra substrato na Lei nº 8.080/1990, que, em seu art. 3º, *caput*, reconhece como fatores determinantes e condicionantes da saúde a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer, entre outros, asseverando, ainda, que “os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País”.

Ademais, por força do parágrafo único do mesmo art. 3º, compreende-se que também se relacionam às ações e serviços de saúde as medidas destinadas a promover as condições de bem-estar físico, mental e social. Esta concepção ampla de saúde está em consonância com o conceito esposado no preâmbulo do texto que constitui a Organização Mundial de Saúde, segundo o qual “a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade”. Ainda, de acordo com Mariana Figueiredo e Ingo Sarlet, uma tal compreensão da saúde se liga à ideia de qualidade de vida, cujo sentido encontra respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana.³⁰⁸

Diante desse contexto, a diretriz de integralidade do Sistema Único de Saúde deve necessariamente englobar medidas preventivas e assistenciais. Estas são as linhas gerais que orientam a atuação do Estado na definição do conteúdo normativo do direito à saúde. O que impende destacar é que a atividade conformadora, seja através do legislador infraconstitucional, seja através da atuação da Administração Pública³⁰⁹, implica, de certa forma, a restrição do direito. Ou seja, ao mesmo tempo em que a regulamentação é indispensável para se delinear concretamente o comando da norma, a delimitação do conteúdo fixa as condutas que podem ser exigidas do Estado.

Com relação ao direito à saúde, é importante destacar que a Constituição e a Lei nº 8.080/90, apesar de consignarem as linhas gerais da atuação sanitária do Poder Público, já operaram delimitações significativas em relação ao conteúdo do direito à

³⁰⁸ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional brasileira. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org.). **Direito sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 35.

³⁰⁹ Sobre a atividade de densificação normativa operada pela legislação e pela Administração Pública, cf. subcapítulo 1.2.1 e 1.2.2, acima.

saúde. Isso ocorre, sobretudo, na definição: (i) de que as medidas preventivas constituem a prioridade do Sistema (art. 198, inciso II da Constituição Federal); (ii) de que a epidemiologia deve ser utilizada como critério para a alocação de recursos e para a orientação programática (art. 7º, inciso VII da Lei nº 8.080/1990), bem como que as evidências científicas sobre a eficácia, a efetividade e a segurança do medicamento deverão fundamentar a incorporação de medicamentos e tratamentos às políticas do SUS (art. 19-Q, § 2º, inciso I da Lei nº 8.080/1990); (iii) que o conteúdo normativo das políticas sanitárias, pautado pela diretriz de integralidade, deverá abranger as ações e serviços necessários para *cada caso*, em todos os níveis de complexidade (art. 7º, inciso II da Lei nº 8.080/1990).

A integralidade, portanto, não significa que toda e qualquer prestação assistencial, em tese, integra o conteúdo do direito à saúde exigível do Estado.³¹⁰ De modo que deve ser compreendida como a obrigação do Poder Público de, amparado nos critérios estatuídos em lei e na Constituição (notadamente a partir de critérios epidemiológicos e científicos), formular políticas públicas que englobem as ações e serviços necessários à garantia da saúde física, mental e social de todos os cidadãos.

Com relação às atividades de prevenção, deve-se destacar a fundamental importância do saneamento básico como medida de garantia de uma população saudável. A própria Organização Mundial de Saúde alerta para a relevância do saneamento para a saúde pública em diversas de suas publicações.³¹¹ Há estudos significativos que revelam que cada real gasto com saneamento básico importa numa economia de quatro a cinco reais com saúde pública. Ainda, há indicações de que 68% das internações em hospitais públicos decorrem de problemas ligados ao precário saneamento.³¹² As medidas preventivas, assim, além de assegurarem maior qualidade

³¹⁰ Nesse sentido, cf. MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Reflexões sobre o controle das políticas... *Op. Cit.*, p 219.

³¹¹ Veja estudo completo em: <http://www.who.int/water_sanitation_health/publications/2011/dwq_guidelines/en/index.html> Acesso em 21/09/2012.

³¹² As internações decorrentes da falta de saneamento correspondem àquelas associadas ao abastecimento deficiente de água, ao esgotamento sanitário inadequado, à contaminação por resíduos sólidos ou a condições precárias de moradia. Estes problemas de saúde conformam um importantíssimo indicador de saúde pública – “internações hospitalares decorrentes de doenças relacionadas ao saneamento ambiental inadequado” (DRSAI). Os dados são disponibilizados pelo Governo Federal, disponível em <http://www.snis.gov.br/PaginaCarrega.php?EWRErterterTERTer=19> (acesso em 21/09/2012)

de vida, representam opção mais econômica ao Estado – e assim, viabilizam uma maior racionalização dos recursos públicos.

Apesar disso, a realidade sanitária brasileira ainda não demonstra que as atividades preventivas representam prioridade do Poder Público. Dados do IBGE divulgados em 2012 revelam que, em 2009, cerca de 80% dos domicílios em área urbana, e 25% dos de área rural, eram cobertos com rede coletora de esgoto ou tinham acesso a fossa séptica. Contudo, a disparidade entre as regiões é enorme: enquanto em São Paulo 91,1% dos domicílios urbanos são alcançados pela rede de esgoto, Rondônia (com 5,2%), Pará (2,7%), e Amapá (1,1%), possuem redes de esgoto bastante deficitárias.³¹³ Este é um ponto nevrálgico para se compreender os principais problemas sanitários brasileiros – e, ao mesmo tempo, o adequado dimensionamento do comando constitucional de que a atenção prioritária às medidas preventivas constitui um relevante critério para viabilizar o controle das ações e omissões do Poder Público, especialmente no que tange à dimensão coletiva do direito à saúde.

O segundo elemento conformador da diretriz de integralidade, a adoção da epidemiologia e de critérios científicos para a definição das políticas sanitárias, denota que as ações e serviços de saúde deverão ser formulados a partir dos fatores que interferem no processo de saúde-doença da população, orientados por padrões reconhecidos pela comunidade científica como eficazes e seguros. Trata-se, ademais, de analisar, em termos coletivos, quais estratégias e medidas são mais adequadas para assegurar a proteção e promoção da saúde da comunidade, de modo a se racionalizar e potencializar a atuação estatal na área sanitária. Por isso conclui-se que a legislação atinente adotou a chamada “medicina baseada em evidências”, que deve pautar a atuação do Poder Público na adoção de tratamentos e medicamentos a serem dispensados pela rede pública.

O Ministério da Saúde utiliza critérios epidemiológicos em quatro grandes frentes: análise da situação de saúde, identificação de perfis e fatores de risco,

³¹³ Os dados estão na publicação “Indicadores de Desenvolvimento Sustentável”, publicado pelo IBGE em 2012. Disponível em <ftp://geofp.ibge.gov.br/documentos/recursos_naturais/indicadores_desenvolvimento_sustentavel/2012/ids2012.pdf> Acesso em 19/09/2012.

vigilância em saúde, avaliação epidemiológica de serviços, ações e programas.³¹⁴ Ainda, a observância de padrões científicos representa condição para que determinado tratamento passe a fazer parte das políticas do SUS (art. 19-Q, § 2º, inciso I da Lei nº 8.080/1990).

Destaque-se, por derradeiro, que a Lei nº 12.401/2011 promoveu alterações significativas na Lei nº 8.080/1990, que delimita a assistência terapêutica integral a ser promovida pelo sistema de saúde pública. Este tema será analisado detidamente no tópico 3.1.1, abaixo, oportunidade em que se analisará a constitucionalidade e legalidade das restrições realizadas pela Administração Pública ao conteúdo do direito à saúde. Por ora, dando continuidade ao estudo das diretrizes constitucionais do SUS, passa-se ao estudo da distribuição das competências relacionadas à execução das ações e serviços de saúde.

A diretriz de descentralização (art. 198, inciso I da Constituição) do Sistema Único de Saúde realça a valorização da esfera local como unidade privilegiada de gestão das políticas públicas sanitárias. Em verdade, a Constituição Federal³¹⁵ estabelece, no art. 23, inciso II, o cuidado da saúde como competência material comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Assim, para se compreender quais as consequências da descentralização das políticas sanitárias, é necessário analisar a estrutura federativa de gestão do sistema nacional de saúde.³¹⁶

A fixação de competência comum decorre da utilização, pelo legislador constituinte, da modalidade de “cooperação” para repartir as competências entre os

³¹⁴ Anote-se que, inclusive, o Ministério da Saúde publica trimestralmente um periódico científico, denominado “Epidemiologia e Serviços de Saúde”, através do qual são divulgados estudos que contribuem para a análise das políticas do SUS, viabilizando um constante aprimoramento das medidas interventivas a partir de critérios epidemiológicos. As edições encontram-se disponíveis em http://portal.saude.gov.br/portal/saude/visualizar_texto.cfm?idtxt=32328

³¹⁵ Art. 23, inciso II da Constituição Federal: “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;”

³¹⁶ Este não é o espaço adequado para o estudo aprofundado de todos os aspectos do federalismo brasileiro – uma excursão de tal monta apenas seria alcançável adequadamente em obra de fôlego. Neste trabalho, portanto, serão abordados apenas os aspectos federativos que relevam para a análise do funcionamento do Sistema Único de Saúde. Para uma análise aprofundada das relações entre a estrutura federativa e o direito à saúde, cf. WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e federação na Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. Ainda, sobre o federalismo brasileiro, cf. BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade**, com ênfase no federalismo das regiões. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

entes federados.³¹⁷ Através de tal mecanismo de divisão de competências, as decisões quanto às políticas sanitárias devem ser realizadas de maneira conjunta entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, haja vista que existe forte interdependência e interesse comum nos programas a serem desenvolvidos. De qualquer modo, apesar de a decisão ser conjunta, a execução muitas vezes é realizada por apenas um ente, a depender da forma como é pactuada a política.³¹⁸ De qualquer forma, é bastante comum a atividade ser realizada de maneira articulada, em especial quanto ao financiamento das ações.³¹⁹

Na estrutura federativa brasileira, a diretriz de descentralização deve ser analisada juntamente com a temática da “municipalização”. Apesar de não ser pacífico na doutrina o reconhecimento dos Municípios como entes da Federação, fato é que o legislador constituinte apontou, de maneira expressa, a sua incumbência de gestão das políticas de saúde, juntamente com Estados, Distrito Federal e União, conforme se extrai do inciso II do art. 23.³²⁰ Ademais, no campo específico da saúde, a diretriz de

³¹⁷ De acordo com o magistério de Gilberto Bercovici, a cooperação distingue-se da coordenação – esta se caracteriza como a forma de distribuição de competências em que cada ente federado possui um nível específico de atuação, de modo que cada um deles poderá agir de maneira isolada ou autônoma para a consecução do objetivo traçado constitucionalmente. Na coordenação, definem-se nacionalmente normas gerais de atuação, que serão moldadas às especificidades dos entes locais. Este modelo de repartição de competências se materializa nas chamadas “competências concorrentes” (previstas na Constituição Federal no art. 24), cf. BERCOVICI, Gilberto. A descentralização de políticas sociais e o federalismo cooperativo. **Revista de Direito Sanitário**, v. 3, n. 1, p. 13-28, mar. 2002, p. 15.

³¹⁸ Marlon Alberto Weichert destaca que a escolha pela cooperação entre os entes, no âmbito da saúde, era a única que viabilizava uma estrutura adequada, capaz de fazer frente ao reconhecimento do direito à saúde como direito fundamental garantido a todos os cidadãos brasileiros. Isso porque a opção por um centralismo forte implicaria graves problemas de gestão, mantendo os órgãos estatais distantes das demandas concretas dos cidadãos. Por outro lado, transferir a responsabilidade para Estados e Municípios os sobrecarregaria imensamente, de modo que dificilmente conseguiriam suportar, com seus próprios recursos, as atividades sanitárias. Assim, constitucionalizou-se uma opção que viabiliza a unificação de esforços por todos os entes, consubstanciando um verdadeiro sistema nacional, sem descuidar das demandas locais de cada região. WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e federação...** *Op. Cit.*, p. 209.

³¹⁹ Sobre as técnicas de distribuição constitucional de competências, cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. O estado brasileiro: algumas linhas sobre a divisão de poderes na federação brasileira à luz da constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília n. 104, p. 21-42, out./dez. 1989, p. 24-25.

³²⁰ Sobre a problemática atinente ao reconhecimento dos Municípios como entes da Federação, cf. ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Crítica ao tratamento constitucional do Município como ente da Federação brasileira. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas essenciais: Direito Constitucional**. Vol. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Para uma análise comparativa quanto à posição dos municípios nas estruturas federativas do Brasil e da

descentralização realça a importância dos Municípios na gestão das políticas públicas relacionadas à matéria. Mesmo antes da promulgação da Constituição Federal de 1988 a municipalização já estava na pauta de reivindicações do Movimento Sanitário Brasileiro por dois motivos fundamentais: os gestores municipais, por estarem mais próximos das demandas sanitárias da população, poderiam desenvolver políticas sanitárias mais adequadas; por outro lado, a gestão da saúde em nível local favoreceria uma maior democratização das ações e serviços estatais, com a participação popular na definição das estratégias de saúde.³²¹

Ainda, a diretriz de descentralização (art. 198, inciso I da Constituição) estabelece que haja direção única em cada esfera de governo (municipal, estadual e federal). Trata-se de mecanismo que viabiliza a operacionalização do sistema: apesar de descentralizado, cada nível de atuação possui gestores responsáveis, através dos quais são definidas estratégias e repartidas as responsabilidades pelas ações e serviços de saúde. Com isso, a gestão administrativa do SUS torna-se mais articulada e organizada, com esferas de decisão bem delineadas. A Lei nº 8.808/90 estabelece, no art. 9º, que a direção única será exercida pelos seguintes órgãos: (i) no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde; (ii) no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; (iii) no âmbito dos Municípios, também pela Secretaria de Saúde ou órgão equivalente. A Lei Orgânica da Saúde³²² reforça que a direção única deverá ser observada inclusive na hipótese em que os Municípios instituem consórcios administrativos intermunicipais.³²³ Ainda, no nível municipal

Alemanha, cf. MARRARA, Thiago. Do modelo municipal alemão aos problemas municipais brasileiros. **Revista de Direito Municipal - RDM**, Belo Horizonte, v. 27, p. 33-52, 2008.

³²¹ DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 22, n. 1, p. 57-63, fev. 1988. Ainda, nesse sentido, cf. SCHWARTZ, Germano André Doederlein. Gestão compartilhada sanitária no Brasil – possibilidade de efetivação do direito à saúde. In: _____ (Org.) **A saúde sob os cuidados do Direito**. Passo Fundo: UPF, 2003.

³²² Art. 10, *caput* e § 1º da Lei nº 8.080/1990: “Art. 10. Os municípios poderão constituir consórcios para desenvolver em conjunto as ações e os serviços de saúde que lhes correspondam. § 1º Aplica-se aos consórcios administrativos intermunicipais o princípio da direção única, e os respectivos atos constitutivos disporão sobre sua observância.”

³²³ Os consórcios públicos são disciplinados pela Lei nº 11.107/2005.

admite-se a divisão administrativa da gestão do SUS em distritos, que permitam a articulação de recursos, técnicas e práticas ligados à saúde.³²⁴

As linhas gerais das competências da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios são traçadas pela própria Lei nº 8.080/1990. A direção nacional do SUS, nos termos do art. 16, incumbe-se, principalmente, de atividades de coordenação e normatização do Sistema. A ela ainda cabe, por exemplo, a formulação, avaliação e apoio às políticas de alimentação e nutrição (inciso I). Outrossim, é a direção nacional que define e coordena o sistema de assistência de alta complexidade, a rede de laboratórios da saúde pública, o sistema de vigilância epidemiológica e sanitária (inciso III).

Com as direções dos demais níveis de gestão (estadual e municipal), a direção nacional participa da formulação e implementação das políticas relativas ao controle das agressões ao meio ambiente, ao saneamento básico às condições e ambientes de trabalho (inciso II). Apenas excepcionalmente a direção nacional executará diretamente ações de saúde – prevê o parágrafo único do art. 16 da Lei nº 8.080/1990 que a União poderá exercer ações de vigilância epidemiológica e sanitária em circunstâncias especiais, como na hipótese em que agravos de saúde escapam da capacidade de controle da direção estadual ou quando possam representar risco de disseminação por todo o território nacional.

As direções estaduais têm o dever de promover a descentralização para os Municípios das ações e serviços de saúde (art. 17, inciso I da Lei nº 8.080/1990). Para isso, devem prestar apoio técnico e financeiro às municipalidades, de modo que apenas de maneira supletiva caberá ao Estado a execução direta dos serviços (inciso III). Ainda, deverão gerir o sistema de alta complexidade (inciso IX), bem como coordenar a rede estadual de laboratórios de saúde pública e hemocentro (inciso X), dentre outros.

À direção municipal cuida especialmente o planejamento, a organização e o controle da execução dos serviços públicos de saúde (art. 18, inciso I da Lei nº 8.080/1990). Mas não há uma desvinculação com os demais níveis: pelo contrário, a

³²⁴ Art. 10, § 2º da Lei nº 8.080/1990: “Art. 10. (...) § 2º No nível municipal, o Sistema Único de Saúde (SUS), poderá organizar-se em distritos de forma a integrar e articular recursos, técnicas e práticas voltadas para a cobertura total das ações de saúde.”

atividades prestadas pelo Município devem estar concatenadas com o planejamento e a coordenação estadual e nacional. Aliás, o nível municipal é onde se inicia a estruturação e organização do sistema – a própria Lei nº 8.080/1990 estabelece que o planejamento do SUS será ascendente, partindo do nível local ao federal, de modo a se compatibilizar as políticas de saúde com a disponibilidade dos recursos (art. 36 da Lei nº 8.080/1990).

Para o planejamento e a coordenação federativa do sistema, a Lei nº 8.080/1990 criou dois foros de negociação e pactuação dos aspectos operacionais do SUS: a Comissão Intergestores Bipartite (CIB) e a Comissão Intergestores Tripartite (CIT).³²⁵ A CIB é integrada pelos gestores municipal e estadual, enquanto que a CIT é composta pelos gestores municipal, estadual e nacional. É nesses fóruns em que são discutidos e fixados os aspectos operacionais, financeiros e administrativos do sistema nacional, viabilizando a integração e harmonização de toda a rede de atendimento à população.

O Decreto nº 7.508/2011, que regulamenta a Lei nº 8.080/1990, estabelece que o acordo pactuado entre os entes federativo sobre a rede de atenção à saúde será fixado através de “Contrato Organizativo da Ação Pública da Saúde” (art. 33 do Decreto nº 7.508/2011). Este “contrato organizativo” visa organizar e integrar as ações e serviços de saúde a cargo de cada nível de gestão do SUS, definindo as responsabilidades de cada um, os critérios de avaliação de desempenho e os recursos financeiros que serão demandados.³²⁶ É um importante instrumento para viabilizar um adequado planejamento da atividade administrativa, de modo que sejam delimitadas as incumbências de cada um dos entes da Federação. Ele consubstancia o instrumento

³²⁵ O CIB e o CIT apenas foram legalmente reconhecidos em 2011, com o advento da Lei nº 12.466/2011, que inseriu o art. 14-A na Lei Orgânica da Saúde. Esses foros, contudo, já existiam, sendo regulamentados pela Norma Operacional Básica do SUS (NOB 01/96). Ainda, aquele Diploma Normativo alçou o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) e o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS) como entidades representativas dos entes estaduais e municipais, nos assuntos sanitários de utilidade pública e relevante função social (art. 14-B da Lei nº 8.080/1990).

³²⁶ O “contrato organizativo” deve ser analisado sob o prisma da “cooperação administrativa”, que viabiliza o planejamento integrado da ação dos diversos entes federativos, viabilizando o alcance de resultados eficientes na execução da função administrativa. Sobre o tema, cf. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 156-159.

jurídico que permite balizar, por exemplo, nos casos de omissão administrativa, se tal conduta é ilegal e qual ente seria responsável por ela.³²⁷

A repartição de competências, nos moldes como delineada pela Lei nº 8.080/1990, não é estanque. Isso porque, a depender da estrutura e das condições de cada Estado ou Município, a forma de adesão ao Sistema Único é diferenciada. A Norma Operacional Básica do SUS 01/96 (NOB 96)³²⁸ estabelece dois níveis de gestão em relação às esferas municipal e estadual. Os Municípios, de acordo com o preenchimento de requisitos previstos na NOB, poderão se habilitar como (i) gestão plena da atenção básica ou (ii) gestão plena do sistema municipal. Por sua vez, os Estados poderão se habilitar como (i) gestão avançada do sistema estadual ou (ii) gestão plena do sistema estadual. A habilitação em uma ou outra modalidade determinará quais as prerrogativas e responsabilidades que recairão sobre cada gestor, de forma que o sistema possa integrar adequadamente todos os entes à rede de atendimento à saúde de acordo com suas peculiaridades.

Essa é a estrutura geral de divisão de competências no modelo federativo de gestão da saúde pública. Os aspectos mais controvertidos serão retomados no subcapítulo 3.1 deste trabalho, quando será abordada a questão do financiamento das ações e serviços sanitários, bem como será delineada uma compreensão mais aprofundada da diretriz de integralidade do sistema público de saúde. No próximo tópico analisar-se-á a diretriz constitucional de participação da comunidade.

2.2.3 Democratização da Administração Pública e a diretriz de participação da comunidade

A diretriz constitucional de participação da comunidade (art. 198, inciso III da Constituição) representa mais um dos variados dispositivos consagrados pela Constituição Federal de 1988 que se destinam a um escopo comum: democratizar o Estado brasileiro. Assim, a diretriz prevista no art. 198, inciso III da Constituição Federal deve ser compreendida a partir deste projeto de democratização do próprio

³²⁷ Sobre a responsabilidade dos entes no caso de demandas judiciais envolvendo o direito à saúde, cf. item 4.2.2, abaixo.

³²⁸ A NOB 01/96 foi formalizada através da Portaria nº 2.203, do Ministério da Saúde, constituindo uma das principais ferramentas de jurídicas de operacionalização do sistema.

país, como um todo, e da esfera administrativa, em especial. Ademais, na área específica do direito à saúde a participação da comunidade é asseguradas nos mais variados níveis de gestão das políticas sanitárias, como se verá nas próximas linhas.

A Constituição Federal de 1988 consagra um verdadeiro projeto democrático, que permanece vivo em toda a sua potencialidade, a despeito das diversas reformas através de Emendas Constitucionais.³²⁹ Isso porque os dispositivos que o sustentam restaram intactos. O texto constitucional faz sua primeira referência à democracia já no Preâmbulo, ao declarar que, a partir de 5 de outubro de 1988, instituía-se um “Estado Democrático”. Ainda, impõe-se ao Estado “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.”

Logo em seguida, o art. 1º apresenta os fundamentos da República – a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político –, os quais representam referenciais para o conceito de democracia.³³⁰ Ainda, deve ser destacado o *caput* do art. 1º (que fixa a República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito), bem como seu parágrafo único, que se refere explicitamente ao povo como fonte de todo o poder, o qual é exercido através de representantes eleitos ou diretamente.

Ou seja, o projeto democrático constitucionalizado não se resume à possibilidade de escolha dos representantes, por meio do exercício do direito de voto; mais que isso, o texto constitucional alberga a possibilidade do exercício direto da democracia.³³¹ E, além da possibilidade de democracia direta (quando o próprio povo define a vontade do Estado), a democratização da esfera pública brasileira conduz à

³²⁹ SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e democracia...** *Op. Cit.*, p. 210.

³³⁰ SALGADO, Eneida Desiree. **Idem**, p. 213.

³³¹ Nas palavras de Clèmerson Merlin Clève, “(...) o que é urgente no nosso país, para favorecer a transparência, é a regulamentação dos mecanismos de democracia direta. A nossa Constituição aposta na construção de uma democracia semi-direta.” CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Poder Legislativo no Brasil contemporâneo. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas essenciais: Direito Constitucional**. Vol. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 171.

compreensão de que é justamente o princípio democrático que prevalece como critério de legitimidade das ações dos agentes públicos.

Assim, ao lado da democracia representativa e da democracia direta, ganha relevo a democracia participativa, considerada como a possibilidade de os cidadãos participarem das decisões políticas do Estado, do debate público que define o destino do país. Trata-se de uma concepção mais refinada do projeto democrático, na medida em que através do exercício da democracia participativa é a própria sociedade que se democratiza: não se trata apenas de definir quem será o responsável pela decisão final, se os representantes eleitos (democracia representativa) ou se o próprio povo (democracia direta). Através dos instrumentos de democracia participativa a máquina estatal se torna mais próxima da sociedade, diminuindo a distância entre aqueles que governam e aqueles que são governados.³³²

Ademais, como leciona Paulo Bonavides, a democracia participativa representa direito positivado pelo art. 1º, parágrafo único da Constituição.³³³ Isso implica reconhecer a democracia participativa como norma jurídica, de modo que a atuação do Estado que contrarie tal princípio, ou que busque afirmar a superioridade ou exclusividade da democracia representativa, deve ser considerada inconstitucional.³³⁴

O projeto democrático estabelecido constitucionalmente se irradia por todas as esferas do Estado brasileiro. Entretanto, em razão do tema trabalhado neste texto, é importante verificar como a Constituição materializa a democracia no âmbito administrativo. A própria constitucionalização dos princípios da Administração (art. 37) indica que a Carta Magna buscou reestruturá-la de modo a dar concretude aos elementos democráticos que informam a República Federativa do Brasil.³³⁵ Ademais, a conformação da atividade administrativa, vocacionada para a concretização dos

³³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação Popular na Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Vol. 191, Rio de Janeiro, p. 26-39, 1993, p. 32.

³³³ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 18-24.

³³⁴ SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e democracia...** *Op. Cit.* p. 247.

³³⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Democracia, Constituição e Administração Pública. **Boletim de Direito Administrativo**, ano XV, Nov./99 n.11, p. 728-734, 1999, p. 731.

direitos fundamentais, impõe que a atuação estatal seja democrática.³³⁶ É nesse sentido que Bacellar Filho ressalta que, “no Direito Administrativo, os direitos fundamentais incorporam garantias aos cidadãos (afirmação de direitos de defesa e direitos a prestação positiva frente à Administração), em trânsito para uma Administração mais democrática.”³³⁷

Para garantir a democratização da Administração Pública, extrai-se do texto constitucional o reconhecimento de verdadeiro direito de participação popular. Esse direito define, juridicamente, o mecanismo através do qual se efetiva a democracia participativa no âmbito administrativo. O direito de participação é gênero em que se enquadram outros direitos, como o direito de reclamação (previsto expressamente no art. 37, § 3º, inciso I da Constituição).³³⁸ Conforme salienta Adriana Schier, o direito de participação tem natureza de direito fundamental, que decorre dos princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático, estruturantes da República Federativa do Brasil, conforme apresentado no início deste tópico.³³⁹ Trata-se, pois, de conclusão autorizada pela abertura material do catálogo de direitos fundamentais, nos termos do art. 5º, § 2º da Constituição. Em razão disso, aplica-se ao direito de participação o regime próprio dos direitos fundamentais (Título II da Constituição).

Nesse sentido, interessante mencionar a classificação de Paulo Bonavides, que se refere a quatro gerações de direitos fundamentais. Os direitos de quarta geração estão compreendidos historicamente no momento de instituição do Estado Social, e se conectam à democracia, à informação e ao pluralismo político.³⁴⁰ Assim, pode-se considerar o direito de participação como direito implícito (em seu aspecto formal), e integrante da quarta geração de direitos, consagrando, no Brasil, o Estado Social e Democrático de Direito.³⁴¹

³³⁶ PESSOA, Robertônio Santos. **Neoconstitucionalismo, política e Administração Pública**: dilemas a serem enfrentados. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 8, n. 39, p. 43-54, set./out. 2006, p. 46.

³³⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil... Op. Cit.**, p. 114.

³³⁸ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na Administração Pública**. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 27.

³³⁹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Idem**, p. 27.

³⁴⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional... Op. Cit.**, p. 580 e ss.

³⁴¹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular... Op. Cit.**, p. 34.

Ademais, além de representar determinação constitucional, o direito de participação popular marca verdadeiro avanço no modo de se gerir a Administração Pública. Isso porque, ao se aproximar da comunidade, as decisões dos administradores podem ser aprimoradas, compatibilizando a atuação estatal com as demandas populares. Ou seja, a participação popular é determinante para a identificação do interesse público.³⁴² Trata-se de tornar as burocracias estatais mais responsáveis pelas bases que as legitimam, e, sobretudo, são fortalecidos novos espaços de luta locais, fomentando a participação de atores sociais que serão os interlocutores da cidadania (indivíduos singulares, sindicatos, movimentos sociais etc.) – sujeitos responsáveis pela história que os envolve.³⁴³

Verifica-se, portanto, que a participação popular na esfera administrativa está inserida na própria estrutura da Administração Pública estabelecida constitucionalmente. Além de democratizar o âmbito administrativo, a participação direta do particular, na gestão e no controle da Administração, permite que sejam corrigidas as imperfeições do modelo burocrático, evitando sua autonomização. Nas palavras de Adriana Schier, “aproveitou-se, assim, dos benefícios da racionalidade formal, da qual a burocracia é fruto, e procurou-se minimizar as suas consequências negativas através de mecanismos da democracia.”³⁴⁴ Isso significa que o exercício do direito de participação faz com que as decisões administrativas sejam mais bem informadas, racionalizando-as. Mas não é só: a atuação administrativa torna-se efetivamente pública e transparente, voltada para a satisfação do interesse público.³⁴⁵ E a participação do cidadão, além de conferir maior legitimidade à Administração, faz com que a própria comunidade se transforme em agente de seu desenvolvimento e de sua emancipação.³⁴⁶

O exercício do direito de participação popular fundamenta instrumentaliza

³⁴² MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 230-233.

³⁴³ LEAL, Rogério Gesta. Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos. In _____. **Administração Pública e participação social na América Latina**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005, p. 388.

³⁴⁴ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular...** *Op. Cit.*, p. 108.

³⁴⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo...** *Op. Cit.*, p. 214-215.

³⁴⁶ ANDRADE, Mariana Drumond. A crise de representatividade e a democracia participativa. **Revista de Direito Municipal – RDM**, Belo Horizonte, ano 5, n. 14, p. 19-32, out./dez. 2004, p. 31.

normativamente a intervenção da população diretamente nos processos decisórios da Administração Pública.³⁴⁷ No entanto, para que as formas de participação sejam efetivamente viabilizadas, devem ser observados alguns requisitos indispensáveis. De acordo com Clèmerson Merlin Clève, é necessária a implementação dos seguintes pressupostos:³⁴⁸ (i) garantir o direito à informação (art. 5º, XXXIII) e à obtenção de certidões em repartições públicas (art. 5º, XXXIV);³⁴⁹ (ii) promover a democratização da própria Administração Pública, internamente;³⁵⁰ (iii) incentivar a adoção, por parte dos administrados, de uma postura mais cidadã, consciente de sua relevância na esfera da ação administrativa.³⁵¹

A partir dessas condições, o autor divide a participação administrativa em duas

³⁴⁷ Clèmerson Merlin Clève aponta cinco formas de participação *indireta* do cidadão na administração da coisa pública: (i) o cidadão eleitor (que, a despeito de não ser suficiente para se garantir a democratização da sociedade, é elemento indispensável e fruto de vigorosa luta histórica); (ii) o cidadão agente de poder (ou seja, preenchendo cargos públicos); (iii) o cidadão colaborador (trata-se da gestão privada de interesses públicos, que se identifica com a delegação de serviços públicos a particulares, através da concessão, permissão ou autorização); (iv) o cidadão seduzido (quando o cidadão atua em conjunto com o Estado para a realização de finalidades públicas – o Estado provoca o cidadão, mediante estímulos ou orientação); (v) o cidadão censor (em decorrência do uso do direito de petição e do direito à obtenção de certidões – art. 5º, XXXIV, CF –, quando o cidadão provoca os Poderes Públicos; ou, através da ação popular – art. 5º, LXXIII – quando é promovida censura judicial). CLÈVE, Clèmerson Merlin. O cidadão, a Administração Pública e a nova constituição. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 106, p. 81-98, abr./jun. 1990, p. 83-89.

³⁴⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional** (e de Teoria do Direito). São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, p. 29-30.

³⁴⁹ Como anota Thiago Marrara, em decorrência do princípio da moralidade cabe à Administração Pública cooperar com os cidadãos, seja para viabilizar o exercício de seus direitos, seja para que possam cumprir adequadamente seus direitos. MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade... *Op. Cit.*, p. 177.

³⁵⁰ Importante assinalar que a necessidade de democratização interna da Administração Pública não significa que ela tenha se desenvolvido a partir de uma concepção autoritária. Pelo contrário, como apontam Daniel Wunder Hachem e Emerson Gabardo, as origens da Administração Pública e do próprio Direito Administrativo, no contexto da Revolução Francesa, estão diretamente conectadas a concepções teóricas e filosóficas de defesa do cidadão ante as arbitrariedades do Poder Público. GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do Direito Administrativo – uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Administrativo e Interesse Público**: estudos em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

³⁵¹ Consoante lição de Enrique Omar Aragón, a passagem para uma Administração Pública democrática exige, ao lado de transformações jurídicas, o empreendimento de mudanças culturais, especialmente no âmbito administrativo, que deve reconhecer e incentivar os mecanismos de participação popular. ARAGÓN, Enrique Omar. Democracia, derechos fundamentales y proceso administrativo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Globalização, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo**: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 221-224.

modalidades básicas, a participação de fato e a participação regulada. A primeira ocorre quando a ação dos cidadãos influencia a atividade administrativa, ainda que não haja regulamentação prevista. Essa participação de fato subdivide-se em pública ou legítima (por exemplo, os movimentos sociais que reivindicam ações, manifestações de rua etc.) e oculta ou ilegítima (quando ocorre tráfico de influência, negociações obscuras, clientelismo). Ainda, Clève situa os *lobbies* na situação limítrofe entre a legitimidade e a ilegitimidade.³⁵²

Por outro lado, a participação regulada ocorre quando há previsão, constitucional ou infraconstitucional, de sua existência. Como exemplo, é possível citar: a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação (art. 194, parágrafo único, inciso VII da Constituição); o direito de o cidadão denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas (art. 74, § 2º da Constituição); a participação da sociedade e dos Poderes Públicos nas iniciativas referentes à seguridade social (art. 194 da Constituição); caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados na seguridade social (art. 194, inciso VII da Constituição), o que se reafirma com relação à saúde (art. 198, inciso III da Constituição) e à assistência social (art. 204, inciso II da Constituição); dentre outros.³⁵³

A participação administrativa regulada se expressa juridicamente através da *participação procedimental*, através da qual os indivíduos são inseridos no procedimento em que são definidas as decisões administrativas.³⁵⁴ E, para que seja viabilizada essa interlocução, devem ser estabelecidos espaços públicos de diálogo,

³⁵² CLÈVE, Clémerson Merlin. **Temas de Direito Constitucional...** *Op. Cit.*, p. 31.

³⁵³ Para uma análise específica sobre a possibilidade de participação popular no âmbito das agências reguladoras, cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade, serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, n. 230, p. 153-162, out./dez. 2002.

³⁵⁴ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. Participação administrativa. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 5, nº 20, p. 167-194, abr./jun. 2005, p. 180.

mecanismos que permitam a participação popular nos processos de deliberação.³⁵⁵ Trata-se de estabelecer meios para a concretização não só dos valores constitucionais democráticos, como também de diversos dispositivos constitucionais que apontam claramente para a necessidade de inserção comunitária na esfera da decisão administrativa.³⁵⁶

Rogério Gesta Leal destaca algumas modalidades de participação popular inseridas no processo decisório administrativo: (i) a consulta popular sobre algumas questões envolvendo demandas comunitárias; (ii) o debate público, que permite à Administração ter acesso às diversas posições existentes na coletividade a respeito de determinados assuntos; (iii) as audiências públicas.³⁵⁷ Nesse sentido, deve-se ressaltar a potencialidade da participação local, na medida em que a Constituição confere autonomia aos Municípios. São reforçados, portanto, mecanismos como os conselhos municipais de políticas públicas, o orçamento participativo, a exposição das contas do município, a denúncia aos Tribunais de Contas, a ouvidoria municipal.³⁵⁸

A democratização do agir administrativo na esfera da saúde pública está intimamente ligada com as próprias origens históricas que levaram à conformação do Sistema Único de Saúde, com o estabelecimento da diretriz constitucional de participação da comunidade (art. 198 da Constituição). A regulamentação deste dispositivo é realizada pela Lei nº 8.142/1990, que institui dois órgãos de participação popular: a Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde. É através deles que se viabiliza a inserção dos cidadãos nos processos decisórios das políticas sanitárias.

A Conferência de Saúde, de acordo com o art. 1º, § 1º da Lei nº 8.142/1990, é composta por representantes “dos vários segmentos sociais”, devendo se reunir, ordinariamente, a cada quatro anos, para avaliar a situação da saúde e propor diretrizes

³⁵⁵ Sobre a importância de se estruturar procedimentos no seio da Administração, Bacellar Filho assevera que “o procedimento administrativo visa permitir à Administração Pública a valoração, de forma coordenada, de uma pluralidade de interesses, públicos ou privados, envolvidos na elaboração da decisão administrativa. Representa, portanto, um mecanismo de coordenação de interesses para a obtenção do interesse coletivo primário (interesse público) com o menor sacrifício dos interesses secundários (estatais ou dos sujeitos privados).” BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público... *Op. Cit.*, p. 102.

³⁵⁶ LEAL, Rogério Gesta. Possíveis dimensões jurídico-políticas... *Op. Cit.*, p. 389.

³⁵⁷ A respeito das audiências públicas, cf. GORDILLO, Augustín. **Tratado de Derecho Administrativo**: la defensa del usuario y del administrado. T. 2. 4ª ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000, p. 8.

³⁵⁸ LEAL, Rogério Gesta. Possíveis dimensões jurídico-políticas... *Op. Cit.*, p. 396.

para a formulação da política de saúde da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Trata-se de órgão que viabiliza a participação de amplos setores da sociedade, constituindo um fórum que viabiliza a constante reflexão acerca das ações e serviços de saúde desenvolvidos pelo Estado. Além de avaliar criticamente as condutas estatais, funciona a Conferência como importante espaço do qual são extraídos elementos que estruturarão o planejamento das políticas públicas.³⁵⁹

Os Conselhos de Saúde, diferentemente, possuem funcionamento permanente, cabendo a eles atuar, com capacidade deliberativa, no âmbito de formulação de estratégias e no controle da execução das políticas de saúde no seu respectivo nível (federal, estadual ou municipal). É um órgão colegiado, composto por representantes do governo, de prestadores de serviços, de profissionais de saúde e usuários.³⁶⁰ Ainda, o Decreto nº 7.508/2011 estabelece a necessidade de participação dos Conselhos no processo de planejamento da saúde em todos os níveis da Federação (art. 15), de modo que os planos de saúde, que estruturam a política pública do ente público, deverão ser aprovados pelos respectivos conselhos de saúde.

A participação da comunidade através das Conferências e dos Conselhos de Saúde é de grande importância para o processo de gestão das políticas sanitárias, em todos os seus momentos: formação, execução, controle e avaliação. A participação popular nestas etapas cumpre um relevante papel de *inteligência* das escolhas administrativas: o fortalecimento de mecanismos de interlocução com os cidadãos – que serão justamente aqueles afetados pela política – viabiliza a definição de condutas mais bem informadas, amparadas nas efetivas demandas populares.³⁶¹ Trata-se, de

³⁵⁹ A título de exemplo, a 14ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em 2011, que contou com 2.937 delegados, representantes de 4.375 Conferências Municipais e de 27 Conferências Estaduais. Ao final do evento, foi elaborada uma Carta aberta, em que são reafirmadas as diretrizes constitucionais do SUS, bem como são delineadas metas gerais que devem pautar as políticas públicas sanitárias em todos os níveis da Federação. O teor integral do texto pode ser encontrado em <http://www.conselho.saude.gov.br/14cns/docs/04_dez_carta_final.pdf> Acesso em 06/08/2012.

³⁶⁰ A Resolução nº 453 do Conselho Nacional de Saúde estabelece as diretrizes para a instituição, reformulação, reestruturação e funcionamento dos Conselhos de Saúde.

³⁶¹ Nesse sentido, Vanice Regina Lírio do Valle destaca que “o cometimento a mecanismos democráticos da especificação de quais sejam as políticas públicas a se desenvolver pode permitir a superação da visão desse instrumental como simples esfera de articulação entre o poder e o saber dos *experts* técnicos, para agregar ao processo as aspirações e prioridades da cidadania, destinatários últimos dessas mesmas ações.” VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas...** *Op. Cit.*, p. 86. Ainda, cf. CAVALHEIRO, Andressa Fracaro. A participação social nos conselhos de saúde: a cidadania ativa como condição de efetividade. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO,

mecanismo que permite a densificação do conteúdo do direito à saúde, com a definição de estratégias e ações adequadas, de modo que a intervenção estatal ocorra de maneira ótima (como, ademais, impõe o próprio princípio da eficiência administrativa).³⁶²

Por outro lado, a atuação popular é importante mecanismo de controle e avaliação da atuação dos gestores públicos, seja para fiscalizar a adequada utilização dos recursos orçamentários destinados às ações sanitárias, seja para avaliar a execução das políticas públicas (identificando pontos falhos e possíveis medidas de melhoria). Ademais, o próprio caráter dinâmico dos programas de ação dos governos exige esse constante repensar das ações que estão sendo desenvolvidas, de modo que os erros e os acertos constatados permitam a readequação das políticas, para que se tornem mais eficientes.

Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Globalização, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo**: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 412-413.

³⁶² O tema remete à questão da discricionariedade administrativa: como analisado acima (item 2.1.1), a existência de espaços de liberdade ao administrador justifica-se pelo fato de que este deve adotar a conduta ótima necessária à realização da finalidade estampada na norma. No caso do direito à saúde, em razão da enorme gama de condutas que poderiam ser utilizadas para a sua concretização, a inserção da comunidade nos processos de formulação, execução e controle das políticas consubstancia importante elemento que viabiliza a adoção de medidas mais próximas às necessidades da população.

CAPÍTULO 3 – SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: CONTEÚDO NORMATIVO DA DIMENSÃO PRESTACIONAL DO DIREITO À SAÚDE, FINANCIAMENTO E PARTICIPAÇÃO DA INICIATIVA PRIVADA

Após refletir sobre a concepção teórica de políticas públicas e apresentar a estrutura geral do Sistema Único de Saúde, o presente trabalho passa então a abordar alguns aspectos centrais que envolvem as políticas sanitárias: a estrutura do conteúdo normativo tutelado pelo direito à saúde, o financiamento das políticas do SUS e as formas de participação da iniciativa privada no sistema nacional de saúde. Todas estão diretamente relacionadas à concretização do direito fundamental à saúde, e ao debetê-las é possível aprofundar questões já levantadas nos primeiros dois capítulos deste trabalho, que formataram a estrutura teórico-normativa geral do direito à saúde e o regime de sua efetivação. Trata-se de debater, afinal, quais condutas são exigíveis do Estado? Com quais recursos financeiros? É possível que o Poder Público cobre pelos serviços fornecidos? Como pode a iniciativa privada integrar o sistema público de saúde? O esboço de respostas para tais questões representa apenas o primeiro passo para que seja possível traçar soluções adequadas aos problemas sanitários enfrentados na realidade brasileira.

3.1. O conteúdo normativo da dimensão prestacional do direito à saúde e a estrutura de financiamento do SUS

3.1.1 Diretriz de atendimento integral: os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas e a incorporação de novas tecnologias

Como defendido acima (item 2.2.2), a integralidade consiste na diretriz do Sistema Único de Saúde que garante o fornecimento de bens e serviços adequados à prevenção, promoção e proteção da saúde de todos os cidadãos, exigidos em cada caso e em qualquer nível de atendimento. Este conceito, pautado pela definição contida na própria legislação (art. 198, inciso II da Constituição e art. 7º, inciso II da Lei nº 8.080/1990), fixa o conteúdo juridicamente protegido da dimensão prestacional do direito à saúde. O conceito abrange uma variada gama de ações, como as medidas preventivas (como a vacinação), os inúmeros tipos de intervenções (consultas,

cirurgias, internações etc.), a assistência farmacêutica (com a dispensação de medicamentos) e o fornecimento de insumos que permitam a reinserção social do indivíduo (como as próteses, cadeiras de rodas etc.). Trata-se, em suma, da articulação de ações e serviços que viabilizem o completo bem-estar, físico e mental, dos cidadãos.³⁶³

Contudo, como já destacado acima, a integralidade não consiste no fornecimento de todo e qualquer bem ligado ao direito à saúde. Ou seja, o Estado não é obrigado a arcar com toda medida de saúde desejada pelo indivíduo. Isso porque, como todo direito de natureza fundamental, o direito à saúde encontra-se sujeito às reservas de ponderação e do politicamente oportuno ou adequado. E, quando se trata da faceta prestacional desses direitos, envolvendo intervenções positivas do Poder Público, soma-se àquelas a reserva do financeiramente possível.³⁶⁴

Ao se refletir sobre a integralidade do Sistema Único de Saúde, portanto, é necessário ter em mente que as restrições de conteúdo aos direitos sociais podem ser plenamente condizentes com o espectro de proteção constitucionalmente delineado. A questão centra-se em refletir sobre a constitucionalidade ou legalidade de determinada restrição operada pelos poderes constituídos. Esse problema se torna ainda mais relevante pelo fato de que os direitos sociais, por demandarem frequentemente a entrega de bens e serviços que devem ser estruturados pelo Estado, sempre admitem maiores níveis de proteção e promoção. O objeto deste tópico do trabalho será a análise da conformação legal das restrições ao conteúdo do direito à saúde, notadamente no que tange aos chamados “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas” e à incorporação de novas tecnologias pelo SUS.

Nesse âmbito, merecem destaque as alterações promovidas na Lei nº 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde) pela Lei nº 12.401/2011, que disciplinou a diretriz de assistência terapêutica integral. De acordo com o art. 19-M, inserido na Lei Orgânica da Saúde, a integralidade consiste em: (i) “dispensação de medicamentos e

³⁶³ Cf. DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Direito Sanitário...** *Op. Cit.*, p. 92.

³⁶⁴ Sobre a temática das restrições que afetam os direitos fundamentais, cf. o item 1.2.2, acima.

produtos de interesse para a saúde³⁶⁵, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado” (inciso I do dispositivo),³⁶⁶ (ii) “oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde – SUS, realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado” (inciso II do dispositivo).

Por outro lado, os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas (PCDT) são definidos como “documento que estabelece critérios para o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde; o tratamento preconizado, com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS” (art. 19-N, inciso II da Lei nº 8.080/1990).

Nota-se, pois, que as políticas públicas sanitárias deverão utilizar os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas como instrumento através do qual o atendimento público é racionalizado e balizado a partir de critérios científicos e epidemiológicos. Os PCDT consubstanciam importante mecanismo de planejamento logístico e financeiro das ações estatais, pois a partir deles são estruturadas as ações e serviços de saúde a serem ofertados à população com financiamento do Poder Público. Em suma, os serviços e bens de saúde entregues pelo Estado devem estar em consonância com as previsões dos referidos Protocolos e Diretrizes.³⁶⁷

Os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, portanto, delimitam o conteúdo do direito à saúde assegurado ao cidadão: em princípio, o usuário do SUS não terá acesso ao tratamento que bem entender, mas sim àquele que mostrar-se mais adequado ao seu caso, conforme orientação dos PCDT. Com isso, por exemplo, exclui-

³⁶⁵ São considerados “produtos de interesse para a saúde”: órteses, próteses, bolsas coletoras e equipamentos médicos (art. 19-N da Lei nº 8.080/1990).

³⁶⁶ Na ausência de protocolo clínico para a doença ou agravo à saúde a ser tratado, a dispensação de medicamentos e produtos será realizada de acordo com a lista de medicamentos elaborada pelo gestor federal do SUS, distribuindo-se a responsabilidade pelo fornecimento no Comitê de Gestores Tripartite. De maneira suplementar, a dispensação será realizada de acordo com as relações de medicamentos dos Estados e dos Municípios (art. 19-P da Lei nº 8.080/1990).

³⁶⁷ O Decreto nº 7.508/2011, que regulamenta a Lei nº 8.080/1990, instituiu a Relação Nacional de Ações e Serviços de Saúde (RENASES) e a Relação Nacional de Medicamentos (RENAME), através dos quais deverão ser publicizadas as prestações que são fornecidas pelo Sistema Único de Saúde.

se a possibilidade de o cidadão exigir que lhe seja receitado medicamento por critério de mera preferência de marca.

Essa restrição operada pelos PCDT é absolutamente necessária – embora se verificará, na sequência, que a sua disciplina legal pode dar margem a interpretação que viola a diretriz constitucional de integralidade. Isso porque a prestação de serviços e o fornecimento de medicamentos pelo sistema público não podem ser definidos casuisticamente, de acordo com as preferências do profissional de saúde ou do próprio paciente. Isso por dois motivos essenciais: (i) para assegurar a diretriz de universalidade do SUS, o tratamento ofertado em um caso específico deve poder ser disponibilizado a qualquer cidadão que tenha a mesma necessidade; (ii) a ausência de protocolos inviabilizaria qualquer planejamento logístico, diminuindo a eficiência da gestão administrativa das ações e serviços de saúde.³⁶⁸

Cabe ao Ministério da Saúde promover a incorporação, exclusão ou alteração dos PCDT, contando, para isso, com apoio técnico da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias do SUS (art. 19-Q da Lei nº 8.080/1990). O posicionamento a ser encampado pela Comissão deve ser amparado, por expressa disposição legal, em dois critérios: (i) evidência científica sobre a eficácia, efetividade e segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto de análise, que já deverá contar com registro ou autorização no órgão competente; (ii) avaliação econômica, considerada quanto aos benefícios e custos das tecnologias já incorporadas pelo SUS.³⁶⁹

Admite-se, portanto, que os produtos e procedimentos já adotados pelo sistema nacional de saúde passaram por rigoroso processo de análise quanto aos possíveis benefícios (em termos de resultados clínicos) e segurança de sua utilização.

³⁶⁸ Sobre a enorme relevância da protocolização para um sistema público e universal de saúde, Maria Inez Pordeus Gadelha destaca que “os protocolos terapêuticos melhoram a qualidade da atenção prestada aos doentes; orientam uma prescrição segura, eficaz e efetiva; democratizam o conhecimento médico e farmacêutico; fazem atualização médica e farmacêutica; aperfeiçoam os processos gerenciais assistenciais, garantem ética e tecnicamente indicação médica; melhoram a qualidade da informação registrada; e permitem o acompanhamento de uso e a avaliação de resultados.” GADELHA, Maria Inez Pordeus. Escolhas públicas e protocolos clínicos – o orçamento, as renúncias necessárias e os novos Projetos de Lei. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (coords.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 1ª reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 349.

³⁶⁹ É o que dispõem os incisos do § 2º do art. 19-Q da Lei nº 8.080/1990.

Ainda, os custos de seu fornecimento são razoáveis, comparando-se com os tratamentos similares disponíveis. Desse modo, é de se concluir que, em regra, a padronização dos métodos e tratamentos ofertados pela rede pública de saúde, mediante os protocolos e diretrizes, garante maior eficiência, em termos de satisfação das carências da população na área médica e racionalizando-se o dispêndio de recursos públicos.

O tema da incorporação de novas tecnologias merece atenção especial, notadamente pelo fato de que o saber médico avança de maneira significativamente rápida, criando assim novas reivindicações quanto aos tratamentos que devem ser prestados pelo sistema público de saúde. O destaque que merece ser feito desde logo é quanto à lógica de mercado que orienta as indústrias farmacêuticas privadas: estas produzem constantemente novos produtos com utilização na área médica, buscando, obviamente, aumentar suas vendas e sua margem de lucro.³⁷⁰ Muitas vezes, há pequenas alterações naqueles já existentes, que passam a ter efeitos bastante similares, que não justificam o incremento de preço porventura verificado. Em outras ocasiões, o produto recém-lançado carece de pesquisas e testes que comprovem sua eficácia e segurança.³⁷¹ Em suma, o sistema público de saúde deve equalizar complexos

³⁷⁰ Obviamente nem todos os grupos que pesquisam novos tratamentos e medicamentos estão exclusivamente ávidos por cifras incalculáveis. Há pesquisas financiadas pelo próprio Estado, por entidades sem fins lucrativos etc. Apenas se destaca tal trecho para esclarecer que não é toda e qualquer tecnologia em saúde que decorre de um generoso espírito que se dirige a fins exclusivamente humanitários, de modo que o sistema público deve efetivamente estabelecer filtros para a sua incorporação. Sobre este tema, e especificamente sobre a relevância da atuação da vigilância sanitária, Ediná Alves Costa aponta que “as funções da vigilância sanitária envolvem o controle de riscos de um amplo conjunto de objetos relacionados com a saúde: os que respondem a necessidades sociais em saúde e aqueles inventados pelos produtores e colocados no mercado de consumo para atender a necessidades supérfluas, artificialmente criadas.” COSTA, Ediná Alves. *Vigilância sanitária: desafios à construção de um sistema nacional para a proteção da saúde*. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (coords.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 1ª reimp. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 40.

³⁷¹ Maria Inez Pordeus Gadelha aponta que, após audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, o Ministério da Saúde empreendeu esforços para atualizar os protocolos clínicos então vigentes. De acordo com a autora, se evidenciou que “solicitações de incorporações se referiam a novos registros ou novas indicações de medicamentos já registrados; que a maioria deles não dispõe de estudos de interação medicamentosa, de farmacocinética e de fase IV (pós-comercialização); que a maioria deles tem finalidade paliativa e não tem avaliação completa (efetividade, custo/efetividade, custo/benefício, e custo/utilidade); que todos os estudos sobre medicamentos são patrocinados pela indústria farmacêutica e a maioria dos autores declara ter conflito de interesses; e que é evidente o envolvimento das sociedades de especialistas na defesa da incorporação, a despeito do grau da evidência científica demonstrável.” GADELHA, Maria Inez Pordeus. *Escolhas públicas e protocolos clínicos... Op. Cit.*, p. 350.

elementos para motivar a adoção de novas tecnologias, de maneira que não basta a emergência de um novo produto ou tratamento para legitimar a modificação dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas.

Por isso, deve-se compreender que os PCDT devem, como regra, orientar a ação dos profissionais da saúde pública. Contudo, toda padronização comporta exceções, de modo que certamente existem hipóteses em que os tratamentos e remédios elencados nos protocolos e diretrizes não sejam adequados a determinados casos médicos. É nesse ponto que se verifica inconstitucionalidade e ilegalidade na interpretação usualmente feita por gestores públicos quanto ao disposto no art. 19-M, inciso I da Lei nº 8.080/1990, por violar a diretriz de atendimento integral assegurada pela Constituição (art. 198, inciso II). Isso porque tal dispositivo aduz que os medicamentos e produtos de interesse para a saúde deverão ser prescritos de acordo com as diretrizes terapêuticas definidas no protocolo clínico de determinada doença ou agravo. De qualquer modo, ressalte-se de antemão que a disposição legal não prescreve que “apenas” serão receitados tratamentos previstos nos protocolos e diretrizes.³⁷²

Este artigo deve ser interpretado como a regra das situações clínicas apresentadas: ou seja, em princípio os pacientes deverão ser tratados de acordo com as diretrizes terapêuticas pertinentes. Entretanto, pode haver situações em que, mesmo que determinada moléstia seja prevista em protocolo clínico, a diretriz terapêutica apresentada não seja adequada para um paciente específico. É o caso, por exemplo, em que os efeitos esperados para o medicamento não se constatem naquele caso especial, ensejando assim uma intervenção médica alternativa.

Veja-se, de maneira ilustrativa, a hipótese da Portaria MS/SAS nº 90/2011, editada pelo Ministério da Saúde (MS), através da Secretaria de Atenção à Saúde (SAS). Este ato normativo limitou em 15% a quantidade de pacientes portadores de leucemia mielóide crônica (LMC) que poderão receber medicamentos de segunda

³⁷² Art. 19-M, *caput* e inciso I da Lei nº 8.080/1990: “Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea *d* do inciso I do art. 6º consiste em:

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

linha para o tratamento da doença. Os medicamentos de primeira linha são receitados na fase inicial do tratamento da LMC. Com o passar do tempo, alguns pacientes deixam de responder ao remédio inicialmente ministrado – nesses casos, apenas os medicamentos de segunda linha mostram-se aptos a combater a doença. Entretanto, os remédios de segunda linha são significativamente mais caros do que os de primeira linha.³⁷³

Dados do Ministério da Saúde apontavam que, à época, menos de 10% dos portadores de LMC tornavam-se insensíveis aos medicamentos de primeira linha, de modo que o percentual estabelecido pelo Ministério ainda permitiria uma margem para que nenhum paciente ficasse descoberto do tratamento. Contudo, reportagem do jornal Folha de S. Paulo (de 09/09/2011) noticia que o hemocentro da Unicamp recebeu uma lista do Ministério da Saúde que indicava 14 pacientes que seriam vetados de receber a medicação de segunda linha, por já ter sido extrapolado o limite de 15% estabelecido na Portaria MS/SAS nº 90/2011. Ainda, representantes do próprio hemocentro da Unicamp, do Hospital A. C. Camargo, do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto (USP), da Santa Casa de São Paulo e do Hospital do Câncer de Barretos questionam os dados passados pelo Ministério da Saúde. De acordo com os representantes dos hospitais, a quantidade de portadores de LMC que necessita de medicamentos da segunda linha varia de 20% a 35%.³⁷⁴

Os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, portanto, devem ser considerados como indispensáveis normas de orientação geral dos profissionais da saúde. No entanto, verificando-se a ineficiência do tratamento neles previsto, ou mesmo a ausência de protocolo clínico para a situação, é plenamente possível que o médico receite o medicamento ou tratamento adequado ao paciente, ainda que não esteja previsto na diretriz terapêutica. Nesse caso, mantêm-se as demais restrições impostas – como, por exemplo, a necessidade de se receitar remédio com registro na ANVISA, e de se escolher, dentro das opções similares em termos de resultado, aquela

³⁷³ Informações médicas fornecidas por Carmino de Souza, professor da Unicamp e presidente Associação Brasileira de Hematologia e Hemoterapia (ABHH), ao jornal Folha de S. Paulo. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/972615-governo-limita-remedio-usado-no-tratamento-contra-o-cancer.shtml>> Acesso em 12/10/2011.

³⁷⁴ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/972615-governo-limita-remedio-usado-no-tratamento-contra-o-cancer.shtml>> Acesso em 12/10/2011.

que se apresente mais econômica.³⁷⁵ Ainda, é possível que sejam estabelecidos critérios mais rigorosos, que assegurem a idoneidade do afastamento do protocolo clínico, como, por exemplo, estabelecer-se a exigência de que a nova dispensação seja devidamente motivada, e realizada por uma junta médica, e não por apenas um profissional.

Entendimento contrário, ou seja, que apenas admita a prescrição de tratamentos expressamente previstos nos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, viola a diretriz constitucional de atendimento integral. A posição ora defendida é reforçada pelo próprio conteúdo legal atribuído à diretriz: de acordo com o art. 7º, inciso II da Lei nº 8.080/1990, a integralidade de assistência deve ser “entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos *para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.*”³⁷⁶ Com isso, o Estado deverá promover a saúde de todos os cidadãos, inclusive daqueles que demandam cuidados diversos dos previstos nas diretrizes terapêuticas.

Nesse sentido, limitações como a apresentada no exemplo da Portaria MS/SAS nº 90/2011, que vedam por critérios estatísticos o acesso dos cidadãos a tratamentos de saúde, devem ser consideradas inconstitucionais, por violarem a diretriz da integralidade. O entendimento ora defendido reforça a importância dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, que apenas poderão ser afastados em casos excepcionais e de maneira devidamente motivada. Cuida-se, por outro lado, de garantir que a padronização do atendimento não promova o engessamento do sistema público de saúde, assegurando assim que os cidadãos tenham acesso ao tratamento adequado à sua enfermidade, a partir dos critérios traçados em lei (especialmente eficácia, segurança e economicidade do medicamento).³⁷⁷

³⁷⁵ A própria Lei nº 8.080/1990, em seu art. 19-T, veda expressamente a dispensação de medicamentos sem registro na ANVISA, bem como proíbe o pagamento ou ressarcimento de produto ou procedimento experimental, ou de uso não autorizado pela agência.

³⁷⁶ Sem destaque no original.

³⁷⁷ Ainda, tal medida mostra-se fundamental para evitar a contínua judicialização dos problemas relacionados às prestações de saúde. Isso porque, ao se desenvolverem mecanismos administrativos mais eficazes de resolução de conflitos, evita-se o manejo de instrumentos jurisdicionais. Ainda, é democratizado o acesso às ações e serviços públicos de saúde, mesmo quando seja necessário o afastamento pontual da diretriz terapêutica, pois eles não ficarão adstritos aos indivíduos com

Ainda, evita-se que haja exclusões indevidas do sistema público: afinal, por que tutelar a saúde apenas daqueles cidadãos que são acometidos por moléstias previstas em protocolos e cujos organismos respondam satisfatoriamente às diretrizes terapêuticas? Este entendimento equivocado promove discriminações indevidas dentro da rede pública de atendimento, em afronta não apenas à diretriz de atendimento integral, mas também ao princípio da igualdade, albergado pelo art. 5º, *caput* da Constituição. Na linha defendida por Clèmerson Merlin Clève, uma das funções cumpridas pelos direitos fundamentais é justamente a de não discriminação, exigindo-se que “o Estado coloque à disposição do particular, de modo igual, sem discriminação (exceto aquelas necessárias para bem cumprir o princípio da igualdade), os bens e serviços indispensáveis ao seu cumprimento.”³⁷⁸

Na hipótese ora tratada, dispensar tratamentos e medicamentos somente àqueles cidadãos cujos quadros clínicos se amoldem aos PCDT não cumpre qualquer finalidade que justifique a exclusão dos demais pacientes cujos quadros clínicos se distanciem do padrão, motivo pelo qual uma atitude de tal monta deverá ser compreendida como omissão inconstitucional. Ademais, como existem padrões normativos que permitem identificar se a prestação reclamada consubstancia direito subjetivo do cidadão, verificado o seu preenchimento não haverá a incidência da reserva do financeiramente possível – restando, pois, descabida eventual alegação do Poder Público de que a escassez de recursos justificaria a omissão.³⁷⁹

capacidade para socorrer-se de assistência jurídica qualificada. O tema voltará a ser debatido no capítulo 4 deste trabalho, quando serão analisados os principais fundamentos teórico-normativos que viabilizam um adequado tratamento do controle judicial do direito à saúde.

³⁷⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais... *Op. Cit.*, p. 102.

³⁷⁹ A problemática da relevância normativa da escassez de recursos é abordada no subcapítulo 4.1.3, abaixo. Ainda, no capítulo 4.2.2 são analisados mais detidamente os critérios normativos reconhecidos pela jurisprudência para definir se a prestação requerida consubstancia ou não direito subjetivo do reclamante. Antecipando, os requisitos são: (i) reconhecimento da comunidade científica quanto à eficácia do remédio/tratamento pleiteado (ou a comprovação de que o medicamento se encontra devidamente registrado na ANVISA, o que faz pressupor a sua eficácia); (ii) adequação do remédio/tratamento para a pessoa do requerente; (iii) inexistência de outro medicamento/tratamento igualmente eficaz, constante das políticas do SUS; (iv) o medicamento/tratamento tenha sido prescrito por profissional médico habilitado (preferencialmente credenciado ao SUS); (v) o requerente não disponha de condições financeiras para arcar com o medicamento/tratamento sem comprometer seu sustento e o de sua família.

3.1.2 A Lei Complementar nº 141/2012 e o (sub)financiamento das ações e serviços de saúde

A Constituição Federal não apenas delimitou os pilares que circunscrevem o âmbito de proteção do direito à saúde, como também definiu a forma de financiamento das políticas sanitárias. O art. 198, § 1º da Carta Magna estabelece que as ações do Sistema Único de Saúde serão financiadas com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.³⁸⁰ A Emenda Constitucional nº 29/2000 consignou a obrigatoriedade de aplicação de recursos mínimos em saúde por todos os entes da federação, conforme disposição do § 2º do art. 198.³⁸¹ Ainda, por meio da mesma Emenda, foi inserido o § 3º naquele artigo, prevendo que os patamares mínimos de aplicação em saúde seriam estabelecidos em Lei Complementar.³⁸²

Com estas modificações no texto constitucional, o legislador constituinte derivado buscou entabular critérios mais objetivos quanto à vinculação do Poder Público em relação aos gastos com ações e serviços de saúde. Tal preocupação reflete duas características inarredáveis dos direitos sociais em geral, e do direito à saúde em particular. Em primeiro lugar, ainda que esses direitos abarquem também conteúdos que não exijam aporte de recursos públicos, é inegável sua faceta prestacional, que frequentemente demandam intervenções custosas por parte do Estado. Em segundo lugar, que o vasto leque de posições jusfundamentais compreendido pelo direito à saúde impõe a necessidade de se delimitar de maneira clara quais ações e serviços

³⁸⁰ Por expressa previsão do art. 194 da Constituição Federal, a seguridade social compreende ações destinadas à concretização dos direitos relativos à saúde, à previdência social e à assistência social.

³⁸¹ Art. 198, § 2º da Constituição: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.”

³⁸² Art. 198, § 3º da Constituição: “§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: I - os percentuais de que trata o § 2º; II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União.”

deveriam ser custeados pelo sistema público, bem como qual padrão de investimento estatal seria razoável para fazer frente às demandas populares – considerando, assim, a necessidade de repartição das verbas públicas entre as várias prioridades encartadas na Constituição.

Como destaca Fernando Aith, a iniciativa de se vincular os entes federados a investirem recursos mínimos em saúde foi inspirada no modelo já adotado pela Constituição Federal em relação ao direito à educação.³⁸³ O art. 212 da Lei Maior assegura que a União aplicará anualmente, em ações de manutenção e desenvolvimento do ensino, pelo menos 18% da receita arrecadada com impostos. Para os Estados, Distrito Federal e Municípios, a porcentagem mínima é de 25%.

A Emenda Constitucional nº 29/2000 também inseriu dispositivo no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, visando assegurar patamares mínimos de gastos públicos com saúde até que fosse editada a regulamentação prevista no § 3º do art. 198 da Constituição. Trata-se do art. 77 do ADCT, que estabeleceu regra transitória para a matéria. De acordo com o dispositivo (art. 77, inciso I), entre os anos de 2001 a 2004, a União deveria aplicar em ações e serviços públicos de saúde o equivalente ao valor apurado no exercício financeiro anterior, corrigido da variação nominal do Produto Interno Bruto – o que significou, basicamente, que aquele ente federado deveria praticamente manter os níveis de investimentos até então realizados, adequando-o (para mais ou para menos) de acordo com o crescimento ou decréscimo do PIB.

Em relação aos Estados e ao Distrito Federal, o art. 77, inciso II do ADCT dispôs que naquele período (2001-2004) deveria ser aplicado 12% da arrecadação estadual, considerando a soma dos impostos estaduais com os valores recebidos por repasse obrigatório da União (da base de cálculo são excluídas as parcelas que são transferidas aos Municípios). Por sua vez, os Municípios (art. 77, inciso III do ADCT) deveriam destinar 15% do produto da arrecadação dos impostos municipais, bem como dos repasses obrigatórios da União e do respectivo Estado.³⁸⁴

³⁸³ AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 369.

³⁸⁴ Para garantir um reforço orçamentário para os Municípios – a quem, pela diretriz de descentralização, cabe prioritariamente a execução das políticas sanitárias –, o § 2º do art. 77 do ADCT previu que, dos valores da União a serem destinados para a saúde, ao menos 15% deveria ser

Cabe a anotação de que o § 3º do art. 77 do ADCT ainda definiu que os valores mínimos de aplicação na saúde seriam geridos através dos Fundos de Saúde, com fiscalização por parte do Conselho de Saúde, sem prejuízo da obrigação de manutenção de sistema de controle interno por parte do ente federativo em questão. Os Fundos de Saúde foram criados pela Lei nº 8.142/1990, consubstanciando requisito para que os Estados e Municípios pudessem receber recursos federais para serem empregados nas atividades de saúde. O dispositivo constante no ADCT alçou os Fundos de Saúde a um novo patamar de importância, passando não apenas a funcionar como canal de recebimento de recursos federais, mas como instrumento de gestão de toda a verba da saúde pública – o que facilita a atividade de controle, já que todos os valores a serem movimentados estarão agregados em um único montante.

No entanto, o que era para ser uma regra transitória acabou se perpetuando. Como até 2005 não foi editada a Lei Complementar prevista pelo art. 198, § 3º da Constituição, permaneceram válidas as porcentagens anteriormente fixadas.³⁸⁵ Apenas em 13 de janeiro de 2012 foi sancionada a Lei Complementar nº 141/2012, que finalmente disciplinou aquele dispositivo constitucional. O resultado da atividade do legislador ordinário, contudo, não trouxe grandes inovações. Na sequência, a análise daquele caderno normativo será desdobrada em duas questões centrais: os critérios definidos para a estipulação dos valores mínimos a serem aplicados em saúde, e as definições apresentadas pela lei para definir quais ações e serviços podem ser consideradas pertinentes à saúde, para fins de cálculo do investimento mínimo no setor.

De início, anota-se que a Lei Complementar nº 141/2012 manteve os mesmos parâmetros previstos no art. 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. O maior retrocesso se verifica em relação à ausência de fixação de porcentagem mínima a ser investida pela União – o texto final manteve a previsão de que aquele ente permanece vinculado a destinar apenas o valor empenhado no exercício financeiro

aplicado nos Municípios, por um critério populacional, para o desenvolvimento de ações e serviços básicos de saúde.

³⁸⁵ É o que previa expressamente o art. 77, § 4º do ADCT: “Art. 77. (...) § 4º - Na ausência da lei complementar a que se refere o art. 198, § 3º, a partir do exercício financeiro de 2005, aplicar-se-á à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o disposto neste artigo.”

anterior acrescido da variação nominal do PIB ocorrida no período.³⁸⁶ Os percentuais de 15% para os Municípios e de 12% para os Estados e o Distrito Federal também foram mantidos.

O grande problema não foi a manutenção dos índices para os Municípios, os Estados e o Distrito Federal. Constata-se que há verdadeira inconstitucionalidade na regulamentação legal ao não serem delimitados valores percentuais mínimos da União a serem investidos na saúde. Isso porque o art. 198, § 3º, inciso I da Constituição é claro ao determinar que caberá à Lei Complementar estabelecer os *percentuais* que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão em ações e serviços de saúde.³⁸⁷ Verifica-se que o legislador ordinário modificou arbitrariamente o parâmetro de aferição do patamar mínimo a ser utilizado na saúde pela União: em vez de fixar uma porcentagem mínima, como ordena o texto constitucional, assinalou apenas que será utilizado como base de cálculo o valor empenhado no exercício financeiro anterior.

Frise-se que não é meramente formal o rigor do termo “percentuais” contido no art. 198, § 3º, inciso I da Constituição: o objetivo de se consignar no texto constitucional a vinculação orçamentária era justamente o de se ampliar as fontes de financiamento das atividades sanitárias. Afinal, se fosse para se manter o mesmo panorama fático não seria necessária alteração constitucional alguma. Contudo, a Lei editada não fixou porcentagem mínima a ser investida pela União, resumindo-se praticamente a determinar que não sejam diminuídos os valores a serem destinados para aquela finalidade. O que era para promover um robusto incremento de recursos, através de uma soma de esforços de todos os entes federados, transfigurou-se em medida quase inócua, que somente manteve a pressão orçamentária sobre os Estados, Distrito Federal e Municípios.³⁸⁸

³⁸⁶ O § 2º do art. 5º da referida Lei ao menos explicitou que, em caso de variação negativa do PIB, o valor a ser gasto com saúde não poderá ser reduzido, em termos nominais – o que não chega a configurar avanço significativo.

³⁸⁷ Art. 198, § 3º, inciso I da Constituição Federal: “Art. 198. (...) § 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: I - os percentuais de que trata o § 2º;”

³⁸⁸ A partir desse panorama de repartição dos encargos na área da saúde, afirmam Reynaldo Mapelli Júnior, Mário Coimbra e Yolanda A. P. Serrano de Matos: “Em outras palavras, a União continua a repassar cada vez menos recursos ao SUS, recusa-se a regular no decreto [nº 7.508/2011] os repasses aos outros entes federados, e Estados, Distrito Federal e Municípios continuam sobrecarregados, estes

A redação final da Lei Complementar nº 141/2012 foi resultado de articulação do próprio governo federal, que modificou a proposta inicial, formulada pelo Senador Tião Viana (PT-AC). Seu Projeto de Lei (que tramitou no Senado sob o nº 121/2007) previa a vinculação de 10% da receita corrente bruta da União. Esta era, aliás, a demanda dos movimentos ligados à saúde pública, constando expressamente entre as reivindicações da 12ª e da 13ª Conferência Nacional de Saúde a exigência de que fosse assegurada aquela fatia mínima do orçamento federal.³⁸⁹

O referido Projeto, embora aprovado no Senado Federal, foi severamente modificado na Câmara dos Deputados, sendo apresentado Projeto Substitutivo (autuado na Câmara dos Deputados sob o nº 306-C/2008), em que foi derrubada a vinculação de 10% da receita da União. Manteve-se, então, a forma de cálculo prevista no art. 77 do ADCT. Ainda, a proposta da Câmara retirou da base de cálculo do percentual de financiamento dos Estados e do Distrito Federal os valores que compõem o Fundo de Valorização dos Profissionais da Educação (FUNDEB), o que diminuiria significativamente os valores a serem aplicados por estes entes da federação.³⁹⁰

Como contrapartida, o Projeto Substitutivo, sob orientação do governo federal, criou a Contribuição Social para a Saúde (CSS), que incidiria sobre a movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira. Na votação na Câmara, foi mantida a CSS, mas foi derrubada sua base de cálculo – o que a tornou absolutamente inócua. A manobra para derrubada da CSS foi realizada pela oposição, capitaneada pelo DEM, mas com ampla adesão inclusive de partidos da base governista (como o PMDB). O argumento dos opositores era que se estava recriando, sob novas vestes, a extinta CPMF (Contribuição Provisória sobre

últimos muitas vezes à beira de um colapso orçamentário.” COIMBRA, Mário; MAPELLI JÚNIOR, Reynaldo; MATOS, Yolanda A. P. Serrano de. **Direito Sanitário...** *Op. Cit.*, p. 36.

³⁸⁹ Os relatórios finais das conferências podem ser acessados nos links: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/12_CNS_Relatorio%20Final.pdf> e <http://conselho.saude.gov.br/593B07BF-B201-4C72-AB44-B16967263196/FinalDownload/DownloadId-94BF853941FA0C6BCE6386A1C22329CC/593B07BF-B201-4C72-AB44-B16967263196/biBiblioteca/Relatorios/13cns_M.pdf> Acesso em 12/10/2012.

³⁹⁰ De acordo com estudos do médico sanitário Gilson Carvalho, se fosse mantida esta restrição haveria diminuição de aproximadamente R\$ 6 bilhões por ano nos gastos dos Estados e do Distrito Federal com saúde. Estudo disponível em: <http://www.conasems.org.br/files/EC29_ESTADO_ARTE_gilson.pdf> Acesso em 11/12/2012.

Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira).³⁹¹

Retornando ao Senado Federal, o texto final aprovado excluiu definitivamente a Contribuição Social para a Saúde. Ainda, foi mantida a forma de cálculo dos valores a serem aplicados pela União – não mais através de porcentagem fixa, como determina a Constituição. Ainda, o Projeto Substitutivo foi modificado, de maneira a manter os recursos do FUNDEB como integrantes da base de cálculo dos valores a serem aplicados pelos Estados e pelo Distrito Federal. Considerado em termos globais, o Projeto aprovado foi considerado uma verdadeira derrota pelos movimentos ligados à saúde pública. Isso porque, da forma como dispõe sua redação final, a Lei Complementar nº 141/2012 manteve praticamente inalterada a estrutura de financiamento das ações e serviços de saúde.

Diante desse panorama, cabe o questionamento: haveria realmente falta de recursos financeiros para a prestação de serviços de saúde qualificados, de acordo com os parâmetros constitucional e legalmente traçados? Ou o problema seria de má gestão dos recursos existentes? Certamente a gestão dos recursos públicos possui aspectos problemáticos – muitos deles inerentes à própria estrutura administrativa brasileira, por vezes marcada pelo baixo nível de profissionalização e por práticas incompatíveis com uma racionalidade pública (como a corrupção).³⁹² Contudo, as más práticas administrativas não são problema exclusivo das políticas sanitárias, e que merecem atenção constante, inclusive por parte dos pesquisadores da área jurídica, para que sejam aperfeiçoados os mecanismos que viabilizem uma Administração Pública eficiente.³⁹³

³⁹¹ Para se ter uma noção dos movimentos políticos que circundaram a aprovação da Lei Complementar nº 141/2012, interessante analisar os editoriais publicados pelos grandes jornais à época. O Conselho Nacional de Secretários de Saúde disponibilizou publicação com a coletânea de alguns deles. Disponível em: <http://www.conass.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=338:especialregulamentacao-ec-29-confira-as-principais-noticias-veiculadas-hoje-sobre-o-impacto-da-regulamentacao-da-emenda-&catid=3:noticias&Itemid=12> Acesso em 11/12/2012.

³⁹² Sobre a relevância da profissionalização da função pública, cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Profissionalização da função pública: a experiência brasileira. **Revista de Direito Municipal – RDM**, Belo Horizonte, ano 4, nº 7, p. 87-96, jan./mar. 2003.

³⁹³ Veja-se, a respeito, a análise desenvolvida por Emerson Gabardo quanto às implicações do princípio constitucional da eficiência na praxis administrativa, no próprio Direito Administrativo e na possibilidade de controle judicial dos atos da Administração Pública. GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa...** *Op. Cit.*, p. 100-145.

Por outro lado, uma análise acurada da questão revela que indubitavelmente o Sistema Único de Saúde recebe investimentos insuficientes – e é neste ponto onde talvez resida a principal problemática da saúde pública brasileira. A carência se constata pelo volume de recursos que é destinado para o SUS. Dados divulgados em janeiro de 2012 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), referentes a pesquisas desenvolvidas no período de 2007 a 2009, revelam que os gastos com saúde do Estado brasileiro alcançaram, em 2009, apenas 3,8% do Produto Interno Bruto, aproximadamente R\$ 123,5 bilhões.³⁹⁴ De acordo com a Organização Mundial da Saúde, países que adotam sistemas universais de cobertura, como o Brasil, deveriam aplicar ao menos 6,5% do PIB para fazer frente às demandas sanitárias.³⁹⁵ Outros países da América estão bem mais próximos do patamar recomendado pela OMS, em termos de porcentagem em relação ao PIB: Argentina (4,9%), Colômbia (6,4%), Cuba (11,9 %), Canadá (7,5%).

A falta de investimentos fica mais nítida quando se compara aos valores gastos pelos cidadãos, de maneira particular, para terem acesso a serviços de saúde. Segundo informações do IBGE, constantes na pesquisa supracitada, os recursos privados investidos em saúde atingiram, em 2009, R\$ 157,1 bilhão – o que equivale a aproximadamente 4,9% do PIB. Contudo, de acordo com levantamento da Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS – órgão vinculado à OMS), 75% da população brasileira é dependente do SUS.³⁹⁶

Ao se analisar as informações, conclui-se que R\$ 127,5 bilhões são destinados pelo Estado para suprir as necessidades de saúde de 75% da população, que corresponde a aproximadamente 145 milhões de brasileiros. De outro lado, R\$ 157,1 bilhões são gastos por cerca de 45 milhões de pessoas para cuidar de sua própria saúde. Ou seja, apesar de atender a grande maioria da população brasileira, os investimentos públicos no setor público de saúde alcançam tão somente 43,7% de todo

³⁹⁴ O estudo se chama “Financiamento dos sistemas de saúde: o caminho para a cobertura universal”. Disponível em: <http://www.who.int/whr/2010/whr10_pt.pdf> Acesso em 11/12/2012.

³⁹⁵ Informações disponíveis em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/economia_saude/css_2007_2009/economia_saude.pdf> Acesso em 11/12/2012.

³⁹⁶ Dados disponíveis em: <<http://www.paho.org/593B07BF-B201-4C72-AB44-B16967263196/FinalDownload/DownloadId-D78C0F8DE7924229AD65315A4B721902/593B07BF-B201-4C72-AB44-B16967263196/saludenlasamericas/docs/sa-2012-resumo.pdf>> Acesso em 19/11/2012.

o investimento realizado no país. Aponta a OPAS que em outros países americanos a porcentagem de recursos públicos aplicados em saúde atinge a média de 72%.

O cenário, assim, fica bastante claro: a opção constitucional por um sistema público e universal de saúde não encontra correspondência com as opções políticas realizadas em nível infraconstitucional pelo legislador e pelos agentes do Poder Executivo. É simplesmente inviável manter um serviço nacional público de saúde com o nível de investimento que atualmente é praticado pelo Estado. Seria necessário, ao menos, dobrar os valores que são aplicados em ações e serviços de saúde para que se pudesse, efetivamente, considerar satisfeito o comando constitucional de estruturação do Sistema Único de Saúde sob as diretrizes de universalidade e integralidade.

Grande parte desses novos recursos deve vir da União, que tem reduzido sua participação no financiamento da saúde, com sobrecarga para Estados e Municípios. De acordo com levantamentos da economista Sulamis Dain, entre 2000 e 2008 a União diminuiu sua parcela de investimento em saúde, passando de 60% para 46%. No mesmo período, os Estados subiram de 18,5% para 24,5%, enquanto que os Municípios aumentaram de 22% para 30% do financiamento da saúde pública no Brasil.³⁹⁷ A vinculação de 10% das receitas da União, embora insuficiente para se atingir um nível ótimo de investimento, seria um primeiro passo para a modificação desse panorama. Isso porque garantiria maior estabilidade ao sistema, além de aumentar significativamente os recursos do SUS, pois, em 2010, o ente central investiu em saúde apenas 7,1 % de seus gastos totais.³⁹⁸ O projeto de orçamento apresentado para 2013 mantém o mesmo patamar de aplicação.³⁹⁹

Um sistema subfinanciado obviamente vai gerar inúmeros problemas. Em levantamento do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) sobre a percepção

³⁹⁷ DAIN, Sulamis. O financiamento do SUS e o Direito à saúde: das frustrações aos desafios. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org.). **Direito sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 219.

³⁹⁸ Isso se considerar excluída da base de cálculo a quantia gasta com juros e amortização da dívida pública. Se esses valores forem considerados, o percentual de gasto do governo federal com saúde cai para 4,1%. Dados disponíveis em: <<http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/idb2011/e08.htm>> Acesso em 12/11/2012.

³⁹⁹ De acordo com o projeto encaminhado pelo Governo ao Congresso Nacional, foi reservada à saúde a parcela de aproximadamente 90 bilhões de reais, o que corresponde a aproximadamente 4% do orçamento total (considerando na base de cálculo a quantia gasta com juros e amortização da dívida pública). O projeto pode ser conferido em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/sof/ploa2013/Volume_2.pdf> Acesso em 01/02/2013.

social da população em relação aos serviços do SUS, constatou-se que os principais itens que devem ser melhorados são a diminuição no tempo de espera para o atendimento, a falta de médicos especialistas, a variedade de medicamentos oferecidos, a falta de remédios.⁴⁰⁰ Certamente muitos desses problemas poderiam ser significativamente minorados com investimentos maiores em saúde: ampliação da rede hospitalar e dos postos de emergência, contratação de mais médicos, clínicos gerais e especialistas, aumento do número e da variedade de procedimentos realizados pelo SUS, ampliação do rol de medicamentos distribuídos, dentre outros.

Melhorar a saúde demanda, portanto, uma opção política de alocação de recursos suficientes para que as ações e serviços sejam realizados de maneira qualificada. Aliás, a escolha por um sistema universal e integral foi feita pelo próprio constituinte originário. Cabe ao Poder Público tão somente concretizá-la. Apesar de não ser simples, o problema tem solução. Um sistema público bem estruturado é inclusive uma forma de se resolver, ou atenuar significativamente, a chamada “judicialização do direito à saúde”, além de consistir em medida amplamente inclusiva, capaz de tornar mais digna a vida de milhões de brasileiros (mais de 75% da população, diga-se de passagem).

Finalmente, é interessante notar que a Lei Complementar nº 141/2012 efetivamente contribuiu para tornar mais eficaz a utilização dos recursos destinados à saúde – melhorando, assim, a gestão das políticas sanitárias. Aquele texto legal, em seu art. 2º, dispôs expressamente que apenas configuram recursos gastos em “ações e serviços públicos de saúde”, para fins de apuração do investimento mínimo, aqueles que atendam concomitantemente aos seguintes requisitos: (i) sejam destinados às ações e serviços públicos de saúde de acesso universal, igualitário e gratuito; (ii) estejam em conformidade com objetivos e metas explicitados nos Planos de Saúde de cada ente da Federação; (iii) sejam de responsabilidade específica do setor da saúde, não se aplicando a despesas relacionadas a outras políticas públicas que atuam sobre determinantes sociais e econômicos, ainda que incidentes sobre as condições de saúde da população.

⁴⁰⁰ A pesquisa pode ser acessada no link: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=7165> Acesso em 10/11/2012.

Merece destaque o último requisito apontado: ações relacionadas a determinantes sociais e econômicos não podem ser consideradas gastos com saúde pública. Ou seja, em regra, apenas os recursos que sejam destinados a medidas com impacto direto na saúde podem ser contabilizados para apuração do mínimo. A própria Lei Complementar apresenta expressamente alguns gastos que não podem ser considerados como “ações e serviços de saúde”, como aqueles realizados com pagamentos de aposentadorias e pensões de servidores da saúde, merenda escolar e outros programas alimentares, limpeza urbana, obras de infraestrutura. Apesar de todas essas medidas serem relevantes para a promoção do direito à saúde, não poderão ser contabilizadas para os fins daquela Lei.

Destaque-se que inclusive o saneamento básico – elemento indispensável para o fortalecimento de práticas preventivas –, foi excluído da lista de ações e serviços de saúde, a não ser em situações específicas expressas na Lei.⁴⁰¹ O principal motivo dessa exclusão é a opção política de se restringir os gastos àquelas atividades que imediatamente se relacionam à saúde do cidadão, excluindo-se assim aquelas com repercussão indireta. De qualquer modo, tal diferença não significa que os gestores estão isentos de desenvolverem políticas de saneamento. Pelo contrário, por se tratar de relevante medida preventiva, deverá inclusive consubstanciar uma das prioridades do Poder Público, por expressa determinação constitucional (art. 198, inciso II da Constituição).

Nessa esteira, verifica-se que a delimitação das ações e serviços que poderão ser contabilizados para o piso da saúde assegura que os gestores não escamotearão os investimentos com gastos aleatórios. Assim, evita-se que haja desvirtuamento de rubricas orçamentárias, de modo a se garantir que os recursos efetivamente serão investidos em ações com impacto direto na saúde.

⁴⁰¹ São as seguintes hipóteses, que correspondem aos incisos VI e VII do art. 3º da Lei Complementar nº 141/2012: “Art. 3º. (...) VI - saneamento básico de domicílios ou de pequenas comunidades, desde que seja aprovado pelo Conselho de Saúde do ente da Federação financiador da ação e esteja de acordo com as diretrizes das demais determinações previstas nesta Lei Complementar; VII - saneamento básico dos distritos sanitários especiais indígenas e de comunidades remanescentes de quilombos;”

3.1.3 Gratuidade, universalidade e igualdade: a possibilidade de cobrança pelas ações e serviços prestados pelo SUS

A problemática do financiamento das ações e serviços de saúde envolve uma delicada questão: quem deve arcar com os custos? O regime constitucional do direito à saúde, ao estruturar o Sistema Único de Saúde, erigiu três diretrizes fundamentais: a descentralização, a integralidade e a participação da comunidade. A Lei nº 8.080/1990, por sua vez, estabeleceu, em seu art. 43, que “a gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos contratados, ressalvando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas”.

Em razão dessa disposição legal, encontram-se posições doutrinárias que advogam a tese de que as ações e serviços prestados pelo sistema público jamais podem ser objeto de cobrança direta dos usuários, cabendo ao Poder Público financiá-lo integralmente através de recursos orçamentários.⁴⁰² Outros autores entendem que a interpretação da gratuidade não pode ser absoluta, de maneira que uma análise sistemática da Constituição autorizaria a possibilidade de cobrança pelos serviços.⁴⁰³

Ricardo Lobo Torres defende que o legislador constituinte originário diferenciou as prestações dos direitos sociais em duas ordens: (i) aquelas que integram o *mínimo existencial* e as *condições necessárias à existência*; (ii) e aquelas classificadas como *direitos sociais* (o conteúdo jusfundamental desses direitos restringe-se, na teoria de Torres, ao mínimo existencial). De acordo com o jurista, apenas as primeiras deveriam ser integralmente fornecidas de maneira gratuita pelo Estado. Nelas estariam englobadas as atividades preventivas (como campanhas de vacinação, atividades de combate a doenças endêmicas e epidemias, etc.), que beneficiariam igualmente pobres e ricos, assim como as atividades curativas e os atendimentos nos hospitais públicos, no caso de indigentes e indivíduos que não tivessem a capacidade de adquirir aqueles bens. Diferentemente, as prestações

⁴⁰² Adotando tal entendimento, cf. WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e federação...** *Op. Cit.*, p. 162; DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário...** *Op. Cit.*, p. 73; COIMBRA, Mário; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de Matos; MAPELLI JUNIOR, Reynaldo. **Direito sanitário...** *Op. Cit.*, p. 26.

⁴⁰³ Nesse sentido, cf. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde...** *Op. Cit.*, p. 172; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 326; TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial...** *Op. Cit.*, p. 245; MÂNICA, Fernando Borges. **O setor privado nos serviços públicos de saúde.** Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 136.

curativas e os atendimentos hospitalares fornecidos a pessoas com capacidade financeira deveriam ser remuneradas mediante contribuições ao sistema de seguridade social.⁴⁰⁴

O autor, portanto, compreende que o direito à saúde tutelado constitucionalmente sofreria restrições quanto à gratuidade: apenas uma parcela do conteúdo desse direito seria acessível sem contraprestação por parte do indivíduo – aquelas ligadas às atividades sanitárias preventivas. Ainda, as atividades curativas mínimas poderiam ser fornecidas gratuitamente aos cidadãos de baixa renda. Contudo, Torres assevera que as opções constitucionais foram desvirtuadas pela legislação ordinária, pois a previsão do art. 43 da Lei nº 8.080/1990 teria, indevidamente, estendido a gratuidade a toda e qualquer prestação fornecida pelo Sistema Único de Saúde.

Ao não diferenciar as ações do mínimo existencial (que seriam gratuitas a todos) daquelas que seriam meros direitos sociais (passíveis de contraprestação), o legislador promoveu uma expansão da saúde pública sem que houvesse uma estrutura financeira capaz de suportá-la, tornando-a fraca e de baixa qualidade. Assim, as classes média e alta acabaram buscando assistência à saúde na iniciativa privada, através de profissionais liberais ou de planos de saúde, ficando o SUS reservado às classes mais pobres. Ressalta o publicista que as contribuições criadas para o financiamento da saúde (como o PIS/PASEP, o COFINS e o CSLL) não seriam capazes de assegurar qualidade ao sistema público.⁴⁰⁵

Concorda-se inteiramente com o diagnóstico apresentado por Torres. Sem dúvida, um dos grandes problemas da saúde pública reside em seu subfinanciamento, completamente incompatível com a manutenção de um sistema calcado na universalidade e na integralidade. No entanto, três pontos levantados pelo autor são passíveis de crítica: (i) em primeiro lugar, porque a Constituição não faz qualquer delimitação quanto à jusfundamentalidade dos direitos sociais, de modo que incabível a alegação de que apenas seriam fundamentais os conteúdos inerentes ao mínimo

⁴⁰⁴ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial...** *Op. Cit.*, p. 245.

⁴⁰⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **Idem**, p. 246.

existencial;⁴⁰⁶ (ii) em segundo lugar, porque o sistema público de saúde não é financiado somente por aquelas contribuições apresentadas por Torres, mas principalmente por fatias da arrecadação tributária de todos os entes da federação (conforma apontado no subcapítulo 3.1.2, acima); (iii) finalmente, não se comunga do entendimento de que o art. 43 da Lei nº 8.080/1990 teria inviabilizado a cobrança pela prestação das ações e serviços de saúde.

Vale destacar que, em relação ao segundo item acima objetado, o cerne do problema reside na insuficiência dos recursos atualmente investidos na saúde pelo Estado brasileiro, que investe praticamente a metade do que seria necessário para se assegurar o funcionamento razoável do SUS. Trata-se, portanto, de problemática que decorre não apenas da ausência de espécies tributárias capazes de canalizar verba suficiente para a saúde, mas também de escolhas políticas equivocadas quanto à repartição dos recursos públicos arrecadados.

De qualquer modo, é possível alegar sem reservas: a Constituição Federal e a legislação ordinária não vedam a possibilidade de cobrança, direta ou indireta, pelo fornecimento das ações e serviços de saúde – a “gratuidade” não foi consignada como diretriz ou como princípio informador do SUS. Nota-se, neste ponto, que a disciplina constitucional da saúde foi diferente daquela conferida à assistência social e à educação pública. Em relação às atividades assistenciais, o *caput* do art. 203 da Constituição estatui que “a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social (...)”. Por sua vez, é entabulado como um dos princípios do ensino a “gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais” (art. 206, inciso IV da Constituição Federal). Em relação à saúde, não há qualquer disposição que consigne a gratuidade no acesso aos bens e serviços prestados pelas políticas sanitárias.

Nota-se, inclusive, que o art. 198, § 1º da Constituição Federal prevê expressamente que “o sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes”. O art. 195, a seu turno, dispõe que a

⁴⁰⁶ Como já abordado no subcapítulo 1.2.3, entende-se que o mínimo existencial representa o piso mínimo do conteúdo protetivo dos direitos fundamentais sociais. Sobre o tema, cf. HACHEM, Daniel Wunder. **A jusfundamentalidade dos direitos sociais...** *Op. Cit.*, fl. 57 e ss.

seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei. Ou seja, é plenamente viável que, por meio de lei, sejam estabelecidos mecanismos remuneratórios pela utilização das ações e serviços de saúde, seja através da Contribuição Social para a Saúde (como tentou ser feito, sem sucesso, no processo de elaboração da Lei Complementar nº 141), ou através de taxa (quando é realizada a cobrança de serviços específicos). Cite-se, a título de exemplo, a possibilidade de cobrança instituída pelo art. 32 da Lei nº 9.656/1998 (que regulamenta os planos e seguros privados de assistência à saúde), que autoriza o ressarcimento do SUS pelas operadoras privadas quando seus clientes utilizarem os serviços do sistema público de saúde que são cobertos pelo plano ou seguro.⁴⁰⁷

Ainda, e a partir da teoria dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais defendida neste trabalho, nota-se que a universalidade reconhecida pela ordem constitucional não tem correspondência automática com a gratuidade das atividades sanitárias.⁴⁰⁸ Ou seja, o fato de que os cidadãos brasileiros, bem como estrangeiros residentes no país, sejam titulares do direito à saúde não significa que o Estado encontra-se obrigado a fornecer as mesmas prestações, sob as mesmas condições, a toda e qualquer pessoa.

A universalidade impõe, sim, o direito de todo e qualquer cidadão acessar o sistema nacional de saúde sem a necessidade de demonstração de qualquer outro requisito – diferentemente da sistemática prevista antes de 1988, quando se exigia a filiação ao instituto previdenciário. Contudo, a forma de aceder às prestações do SUS

⁴⁰⁷ Art. 32 da Lei nº 9.656/1998: “Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS.” O tema encontra-se sob debate judicial, tendo o Supremo Tribunal Federal reconhecido a repercussão geral do Recurso Extraordinário nº 597064, cuja decisão encontra-se ementada da seguinte maneira: “Recurso Extraordinário. Administrativo. Ressarcimento ao Sistema Único de Saúde SUS das despesas com atendimento de pacientes beneficiários de planos privados de saúde. Art. 32 da Lei 9.656/1998. Repercussão geral reconhecida.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 597064, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2010.

⁴⁰⁸ Esclareça-se que o termo “gratuidade” não está ligado à ausência de custo para a realização do direito. Como já asseverado anteriormente (subcapítulo 1.2.2), todos os direitos são, em certa medida, custosos – mesmo quando não há retribuição imediata pelo benefício auferido, como na hipótese do ensino público, que apesar de “gratuito”, é financiado com recursos de tributos pagos pelos cidadãos de maneira geral. A palavra gratuidade aqui empregada, portanto, refere-se à impossibilidade de cobrança direta como contraprestação a determinada prestação estatal específica.

não precisa ser necessariamente a mesma para todos os cidadãos. Isso em razão de um adequado entendimento do princípio da isonomia, cujo conteúdo não impõe que todos os indivíduos recebam idêntico tratamento por parte do Estado. Como enfatizam Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo, uma perspectiva substancial do princípio da igualdade impõe tratamento igual entre iguais, mas desigual entre desiguais, de modo que se torna possível a possibilidade de financiamento direto do sistema público de saúde, desde que observadas algumas importantes cautelas.⁴⁰⁹

Em primeiro lugar, veda-se que, a título de instituir política de financiamento direto, a legislação exclua parcelas da população do acesso às políticas públicas sanitárias. Seria inconstitucional, nesse sentido, política que condicionasse o recebimento de alguma prestação material (medicamentos ou tratamento ambulatorial, por exemplo), ao pagamento de determinada quantia em dinheiro, indistintamente. Tal medida certamente impediria que significativo contingente da população brasileira pudesse desfrutar das ações e serviços do SUS. Nessa linha, é admissível restringir a gratuidade (ausência de contraprestação direta) às camadas que não podem pagar por tais benefícios – como ocorre, por exemplo, com a Lei Estadual nº 9.098/93, do Estado do Rio Grande do Sul, que assegura o fornecimento gratuito de medicamentos excepcionais para pessoas que não possam realizar tal despesa sem prejuízo do próprio sustento e de sua família. Seria possível estabelecer, por lei, a possibilidade de cobrança para os cidadãos que não fossem hipossuficientes. Ainda, o patamar de cobrança deveria ser condizente com a capacidade econômico-financeira do cidadão.

O tratamento diferenciado no acesso ao Sistema Único de Saúde não autoriza, entretanto, o estabelecimento de ações e serviços distintos entre aqueles que eventualmente realizem uma contraprestação direta e aqueles que não realizam.⁴¹⁰ Assim, seria inconstitucional medida que autorizasse a cobrança de taxas para ter acesso a tratamentos privilegiados ou acesso a acomodações mais luxuosas. Além de

⁴⁰⁹ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional brasileira. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org.). **Direito sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 62.

⁴¹⁰ Tal vedação, ademais, encontra-se na base de toda atuação administrativa. Como aduz Romeu Felipe Bacellar Filho, encontrando-se a Administração Pública subordinada à consecução do bem comum, torna-se “defeso, portanto, tratamento privilegiado ou discriminatório aos destinatários dos atos da Administração.” BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Ética pública, o Estado Democrático de Direito e os princípios consecutórios...* *Op. Cit.*, p. 358.

lesar o princípio da isonomia (por criar discriminação desvinculada de qualquer finalidade pública), políticas como essa violariam a própria ideia de existência de um sistema nacional, pois segmentaria o SUS entre aqueles que podem pagar (e assim ter acesso a condições melhores e mais luxuosas de tratamento) e aqueles que não podem pagar (que teriam que se contentar com condições inferiores de tratamento).⁴¹¹

Repise-se: autorizar a cobrança pela oferta das prestações tem saúde teria o único objetivo de contribuir com o financiamento de todo o sistema, viabilizando assim que todos os cidadãos possam ser beneficiados com os mesmos serviços e ações. Assim, descabido o entendimento de que a gratuidade estaria adstrita ao “mínimo existencial”. A possibilidade de cobrança não se refere ao tipo de serviço prestado, mas sim a quem irá dele se utilizar. Dito em outras palavras, todos os cidadãos brasileiros têm direito a prestações materiais do SUS, que deverão estar em consonância com a diretriz de integralidade – o que ocorre é que alguns poderiam (se a lei assim o previr) contribuir para deles se beneficiar, inclusive quando se tratar de ações e serviços ligados ao mínimo existencial.

O exemplo de Portugal é ilustrativo desse panorama. Como aponta Jorge Reis Novais, a Constituição portuguesa de 1976 determinava a estruturação de um Sistema Nacional de Saúde “universal, geral e gratuito”. Contudo, o Tribunal Constitucional daquele país decidiu que não seria inconstitucional a instituição de “taxas moderadoras” na prestação dos serviços de saúde (Acórdão nº 330/89). A Corte entendeu que o sentido normativo de “gratuidade” não se opunha ao pagamento de taxas, voltadas sobretudo à racionalização da utilização dos serviços. Posteriormente, o próprio legislador constituinte derivado de Portugal modificou a Constituição, que passou a prever que o Sistema Nacional de Saúde seria “universal, geral e, tendo em conta as condições econômicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito”.⁴¹² Também no Brasil a doutrina vem, embora ainda de maneira não uniforme, se posicionando favoravelmente à possibilidade de cobrança. É o caso de Ingo Wolfgang

⁴¹¹ Merece menção, novamente, a função de não discriminação desempenhada pelos direitos fundamentais. Sobre o tema, cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais... *Op. Cit.*, p. 102.

⁴¹² NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 317

Sarlet, Mariana Filchtiner Figueiredo, Ricardo Lobo Torres e Fernando Borges Mânica, conforme já assinalado no começo deste subcapítulo.

Da mesma forma a legislação infraconstitucional não assegura a gratuidade como diretriz do SUS. O próprio art. 43 da Lei nº 8.080/1990 não autoriza uma interpretação deste quilate. De acordo com o dispositivo, “a gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos contratados, ressalvando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas”. Como aponta Fernando Mânica, este artigo apenas assegura que, ainda que se trate de serviços públicos contratados, será reconhecida a gratuidade – para quem seja dela beneficiário, nos termos da lei.⁴¹³ Não há, portanto, o reconhecimento de um princípio irrestrito vedando a cobrança pelas ações e serviços de saúde. Tanto é que a própria Lei nº 8.080/1990 prevê, em seu art. 32, inciso V, que representam outras fontes de financiamento os recursos provenientes de “taxas, multas, emolumentos e preços públicos arrecadados no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS)”.

No mesmo sentido deve ser interpretado o art. 2º, inciso I da Lei Complementar nº 141/2012, segundo o qual apenas poderão ser contabilizados para o mínimo os recursos destinados às ações e serviços públicos de saúde de acesso universal, igualitário e gratuito. A gratuidade, neste dispositivo, denota que eventuais prestações que sejam objeto de cobrança pelo SUS não poderão, evidentemente, ser considerados como recursos investidos pelo Estado, para fins de contabilização do mínimo estatuído naquela Lei, pois o próprio contribuinte é quem as está custeando de maneira direta.

Por fim, merecem destaque duas ponderações. Em primeiro lugar, a possibilidade de cobrança pelas ações e serviços de saúde não implica a vedação de que sejam formuladas políticas universalmente gratuitas, como de fato muitas vezes ocorre – como na Lei nº 12.732/2012, segundo a qual todos os pacientes com neoplasia maligna (câncer) terão direito ao tratamento gratuito no SUS, sendo ainda assegurado que o início da intervenção médica não poderá ultrapassar sessenta dias, contados do diagnóstico. Trata-se de opção plenamente válida e que reforça o caráter universal do sistema nacional.

⁴¹³ MÂNICA, Fernando Borges. **O setor privado...** *Op. Cit.*, p. 136.

Em segundo lugar, a possibilidade jurídica da cobrança não significa menor intervenção financeira do Estado. Isso porque a participação direta do usuário no financiamento do SUS deve ser encarada como exceção, considerando a realidade brasileira. Como anotado acima, levantamento da Organização Pan-Americana de Saúde revela que 75% da população do Brasil é dependente exclusivamente do Sistema Único de Saúde para proteger sua integridade físicas e psicológica. Ainda, conforme aponta o IBGE, 25,8% dos brasileiros, em 2011, podem ser considerados pobres.⁴¹⁴ Trata-se, portanto, de um país em que as mazelas sociais ainda são gritantes, de modo que a estruturação de um sistema público de saúde calcado na contribuição direta promoveria o alijamento da imensa maioria da população das ações e serviços de saúde.

Com isso, é de se notar que embora seja juridicamente possível a cobrança direta, isso não desonera o dever do Estado de destinar recursos orçamentários suficientes ao adequado funcionamento do SUS – situação que vem sendo desrespeitada desde o advento da Constituição Federal de 1988. Soma-se a isso o fato de que três quartos dos brasileiros são absolutamente dependentes do sistema público de saúde. Ainda, não é de se excluir a hipótese de que significativa parcela da população que teria condições financeiras de pagar diretamente pelos serviços do SUS já se encontra coberta por planos ou seguros privados. Dessa maneira, conclui-se que o financiamento indireto, promovido por toda a sociedade, ainda é o mais adequado, senão o único viável, para se alcançar patamares satisfatórios de concretização do direito à saúde.

3.2 A participação da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde

3.2.1 Os diferentes sistemas de saúde e a relação público-privada na prestação dos serviços do SUS

No subcapítulo anterior analisou-se a estrutura da gestão financeira do sistema nacional de saúde: desde a cobertura de quais ações e serviços estarão abarcados pelo SUS (noção de integralidade), passando pela regulamentação da Emenda

⁴¹⁴ Estudo disponível em <ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores_Sociais/Sintese_de_Indicadores_Sociais_2012/SIS_2012.pdf> Acesso em 09/01/2013.

Constitucional nº 29/2000 (que determinou a fixação de patamares mínimos de investimento na saúde), até a análise da possibilidade de cobrança direta no Sistema Único de Saúde. Neste momento, serão investigadas as formas de execução das ações e serviços de saúde, especialmente no que tange à participação de entes privados no sistema público.

Como aponta Fernando Mânica, as formas de organização da assistência à saúde mais encontradas nos países, apesar de suas peculiaridades, podem ser agrupadas em três modelos: (i) sistemas bismarckianos; (ii) sistemas beveridgeanos; e (iii) segmentados. Cada um deles será analisado de maneira um pouco mais detida na sequência, para então se analisar a estrutura jurídica do SUS – essencial para se aprofundar o estudo da participação privada no sistema brasileiro.

Os sistemas chamados “bismarckianos” caracterizam-se, basicamente, pelo financiamento e regulação públicos de seguros de saúde, privados ou públicos. Assim, através da tributação dos salários, o Estado mantém seguros que arcam com os custos das ações e serviços de saúde. Sua origem histórica remete ao contexto da Alemanha de fins do século XIX, que representa a primeira experiência em que o Poder Público assume a responsabilidade pela prestação da assistência à saúde. Inicialmente protegendo apenas os trabalhadores do mercado formal, o sistema passa a ser ampliado ao longo do século XX, especialmente no contexto do segundo pós-guerra, quando se sedimenta a concepção de que a saúde é direito de todos.⁴¹⁵

Até hoje as linhas gerais desse sistema são mantidas na Alemanha, onde os seguros de saúde são denominados “Caixas de Doença”, que são instituições autônomas, não estatais e não lucrativas – ao Estado cabe a regulação do setor. A participação dos trabalhadores é compulsória, ocorrendo através de contribuições proporcionais ao salário. As Caixas, então, possuem a incumbência de firmar contratos com hospitais e farmácias, além de proceder ao credenciamento de médicos e outros profissionais da área da saúde. Os serviços financiados integralmente pela Caixa são previstos em lei; em relação a alguns bens e serviços exige-se pagamento direto por parte do beneficiário (como na assistência farmacêutica e no fornecimento de próteses

⁴¹⁵ MÂNICA, Fernando Borges. **O setor privado...** *Op. Cit.*, p. 58-59.

dentárias), sendo ainda comum a contratação de seguros privados de saúde, que complementam os serviços não cobertos pelo seguro público.⁴¹⁶

Apesar de algumas reformas que foram feitas, nas últimas décadas do século XX e nos primeiros anos do século XXI, mantém-se a estrutura central de gestão da saúde: financiamento eminentemente público, enquanto que os serviços são prestados por entes governamentais, privados ou filantrópicos. Este modelo foi adotado, ainda que parcialmente, por diversos países europeus, como Holanda e França.⁴¹⁷

O modelo denominado “beveridgeano” foi estruturado na Inglaterra, na primeira metade do século XX. Os governantes deste país montaram uma comissão para avaliar o sistema de proteção social vigente até então – que era baseado, notadamente, em seguros sociais que forneciam proteção a grupos de trabalhadores. A prestação dos serviços ainda era fortemente realizada por profissionais privados. Após o desenvolvimento dos estudos, foi publicado, em 1942, o Relatório Beveridge (*Report on Social Insurance and Allied Services*), que de forma pioneira preconizou a estruturação de um sistema de proteção universal, desvinculado da necessidade de filiação às seguradoras.⁴¹⁸ Desenvolveu-se, então, um novo sistema de proteção social, não mais restrito à assistência privada (como no caso de proteção através de seguros de saúde), passando a englobar a necessidade de formulação de políticas públicas capazes de satisfazer as demandas de toda a população.⁴¹⁹

A partir das conclusões do Relatório Beveridge (que foram parcialmente aproveitadas), foram desenvolvidos os chamados “sistemas nacionais de saúde” – na Inglaterra, o “National Health System” foi implementado em 1948 sob os princípios da “universalidade de atendimento” e do “financiamento por via de tributação geral”. O impacto do Relatório não se restringiu ao contexto inglês e aos países que adotaram

⁴¹⁶ MÂNICA, Fernando Borges. *Idem*, p. 60.

⁴¹⁷ Anote-se a peculiaridade do caso francês, que tem adotado um sistema de copagamento pelos serviços de saúde: os cidadãos são obrigados a manterem-se filiados aos seguros de saúde, mas alguns serviços exigem ainda uma contraprestação direta do usuário, através das “taxas moderadoras de utilização dos serviços” (o cidadão paga pela utilização do serviço, sendo reembolsado integral ou parcialmente pela seguradora). MÂNICA, Fernando Borges. *Idem*, p. 63.

⁴¹⁸ O relatório foi organizado pelo funcionário público Willian Beveridge, e contou com o apoio de inúmeras figuras emblemáticas, como John Maynad Keynes. O texto pode ser acessado na íntegra através do link: <http://news.bbc.co.uk/2/shared/bsp/hi/pdfs/19_07_05_beveridge.pdf> Acesso em 15/11/2012.

⁴¹⁹ Para uma análise mais detalhada do tema, cf. PEREIRA, Potyara. **Política Social**: temas e questões. São Paulo: Cortez, 2008.

sistemas nacionais de saúde, mas também contribuiu para pressionar as nações que utilizavam modelos bismarckianos a universalizar o acesso aos serviços de saúde.⁴²⁰

Durante a década de 1970, o sistema nacional inglês sofreu sensíveis modificações, especialmente no que tange à estruturação de um “modelo contratual público”.⁴²¹ Assim, apesar de se manter o financiamento público dos serviços de saúde, foram definidos órgãos do Estado que seriam responsáveis por contratar prestadores de serviço, que poderiam ser públicos ou privados. As mudanças permitiram a competição entre os diversos prestadores, bem como se deu preferência à contratualização como instrumento de gestão das atividades sanitárias. Houve, portanto, uma redefinição do papel do Estado naquele sistema, que deixou de ser provedor direto dos serviços, passando a gerenciá-los, de maneira a viabilizar que estivessem disponíveis quando houver demanda dos pacientes.⁴²²

Diferentemente dos modelos europeus (bismarckianos e beveridgeanos), em que a saúde é considerada como direito fundamental, e estruturada de modo a assegurar proteção universal, os Estados Unidos da América adotam – ou pelo menos adotavam, até 2012 – um sistema bastante peculiar. De início, a saúde não é considerada direito fundamental, sendo que a tutela estatal não é voltada à proteção de todo e qualquer cidadão. Ela é dirigida a parcelas específicas da sociedade, motivo

⁴²⁰ MÂNICA, Fernando Borges. **O setor privado...** *Op. Cit.*, p. 66.

⁴²¹ A partir dos estudos de Elizabeth Docteur e Howard Oxley, Mânica aponta que os sistemas de relacionamento entre a entidade financiadora com aquela responsável pela execução do serviço podem ser agrupados em três tipos de modelos: (i) modelo público integrado, em que a prestação dos serviços é realizada de maneira direta pelo Poder Público, que financia as ações por meio de recursos orçamentários; (ii) o modelo contratual público, que conjuga a prestação privada dos serviços com o financiamento público (feito através de agências estatais ou fundos de seguro); (iii) modelo privado de seguro/provisão, em que os prestadores de serviços são privados e o pagamento ocorre através de seguradoras também privadas. MÂNICA, Fernando Borges. **O setor privado...** *Op. Cit.*, p. 56. O estudo completo de Elizabeth Docteur e Howard Oxley, chamado “Health-Care Systems: lessons from the reform experience”, encontra-se disponível em <<http://www.oecd.org/health/healthpoliciesanddata/22364122.pdf>> Acesso em 15/11/2012.

⁴²² No bojo das reformas, principalmente ao longo da década de 1980, também houve a tentativa de se tornar o sistema mais “gerencial” ou “empresarial”, conferindo-se maior autonomia aos órgãos estatais responsáveis pela contratação dos prestadores de serviços. Ainda, incentivou-se a terceirização de atividades (em especial aquelas ligadas a serviços de hotelaria e suporte hospitalar), e a adoção de mecanismos alternativos de financiamento (como a cobrança pelo uso de estacionamentos e taxas pela utilização de serviços específicos). Contudo, Célia Maria de Almeida destaca que foi mínima a repercussão financeira dessas medidas. Ainda, a utilização de métodos gerenciais gerou resultados limitados na realocação dos recursos. ALMEIDA, Célia Maria de. Reforma do estado e reforma de sistemas de saúde: experiências internacionais e tendências de mudança. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 4, n. 2, p. 263-286, Rio de Janeiro, 1999, p. 274-275.

pelo qual é chamado de “sistema segmentado”.⁴²³ Em relação àqueles norte-americanos que não são abrangidos pelo sistema assegurado pelo Estado, a saúde é considerada menos um direito, e mais uma mercadoria.⁴²⁴

Em geral, a assistência à saúde nos Estados Unidos é realizada por meio de seguros de saúde, cuja adesão é voluntária. Muitos dos seguros são oferecidos pelas próprias empresas a seus funcionários. A cobertura é realizada mediante o reembolso ao cidadão ou ao prestador pelo serviço utilizado, e o preço dos prêmios varia de acordo com critérios típicos de mercado. Também há planos de pré-pagamento (“prepaid plans”), que compreendem um rol de serviços previamente definido, a que o segurado tem direito mediante pagamento mensal. Ainda, as organizações “Blue Cross” e “Blue Shield” oferecem planos de saúde com cobertura para serviços hospitalares e médicos, respectivamente.⁴²⁵

Os dois mais antigos programas federais ligados à saúde nos EUA são o “Medicare” e o “Medicaid”, ambos desenvolvidos na década de 1960. O primeiro garante um seguro público aos cidadãos com mais de 65 anos que não estão cobertos por seguros privados. Também se garante o “Medicare” a pessoas com determinados tipos de incapacidade. O programa funciona como um seguro privado, cobrindo o segurado em relação a determinada lista de serviços, que por vezes envolvem copagamento do beneficiário.⁴²⁶ A seu turno, o “Medicaid” é política que abrange cidadãos de baixa renda, os quais, para se filiarem, devem comprovar vários requisitos.

⁴²³ Conforme aponta Cass R. Sunstein, realçando a peculiaridade do desenvolvimento do constitucionalismo em solo norte-americano: “Antes do século XX, as constituições democráticas não faziam menção aos direitos a alimentação, moradia e saúde. Em tempos mais recentes, direitos desse tipo são expressamente garantidos. É notável a existência de um quase consenso internacional no sentido de que os direitos socioeconômicos merecem proteção constitucional. A principal exceção a esse consenso é representado pelos Estados Unidos, onde a maioria das pessoas pensa que o lugar de tais direitos não é na Constituição”. SUNSTEIN, Cass R. Direitos sociais e econômicos? Lições da África do Sul (trad. Fabiano Holz Beserra; Eugênio Facchini Neto). In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Jurisdição e direitos fundamentais**: anuário 2004/2005 (Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS). V. 1, T. 2, Porto Alegre: AJURIS e Livraria do Advogado, 2006, p. 11.

⁴²⁴ MÂNICA, Fernando Borges. **O setor privado...** *Op. Cit.*, p. 77.

⁴²⁵ LOBATO, Lenaura de Vasconcelos. Reforma do estado no setor de saúde no Reino Unido e nos Estados Unidos. In: HUSEMAN, Samuel; SULLÀ, Emili; *et al.* **Reforma do estado no setor de saúde**: os casos da Catalunha, Canadá, Reino Unido e Estados Unidos (Cadernos ENAP nº 13). Brasília: ENAP, 1997, p. 90.

⁴²⁶ Esta é a cobertura obrigatória. Também é possível que o cidadão se filie a um seguro complementar privado (“*med-gap*”), que se destina à cobertura dos serviços que não são abarcados pelo seguro obrigatório. LOBATO, Lenaura de Vasconcelos. Reforma do estado... *Op. Cit.*, p. 91.

Ainda, há outros pacotes, que são ofertados a cada um dos grupos que são beneficiados pelo programa. Em comum, ambas as políticas, apesar de financiadas em grande parte com recursos públicos, apresentam prestadores de serviços privados.⁴²⁷

Contudo, o panorama da saúde pública norte-americana mudou significativamente em 2012, com o “Patient Protection and Affordable Health Care Act” (que pode ser traduzido como “Lei de Proteção ao Paciente e da Saúde Acessível”), mais conhecido simplesmente como “Obamacare”, em referência ao presidente Barack Obama, propulsor da medida. O programa foi aprovado pelo Congresso dos Estados Unidos em 2009, e determinou que todos os cidadãos daquele país tivessem algum tipo de cobertura médica, pública ou privada: aqueles que não pudessem arcar com os valores de um plano privado teriam seu custo subsidiado pelo Estado; ainda, o “Medicaid” foi ampliado, perdendo sua característica de programa segmentado (passou a assegurar assistência à saúde de todos que fossem muito pobres).

A política entabulada pelo governo democrata visa solucionar um problema que atinge mais de 30 milhões de norte-americanos. São aqueles que permanecem em uma zona desprotegida, pois não possuem condições de arcar com os custos de um seguro privado, bem como não preenchem os requisitos necessários para serem beneficiários do “Medicare” e do “Medicaid”.⁴²⁸ Ainda, permanecem naquela zona os cidadãos que, portadores de algumas doenças graves, têm negados seus pedidos de filiação nos seguros privados.⁴²⁹

Logo após ser aprovada, a reforma da saúde norte-americana foi alvo de várias ações judiciais (movidas por vários Estados da federação, instituições privadas, entre

⁴²⁷ MÂNICA, Fernando Borges. **O setor privado...** *Op. Cit.*, p. 78.

⁴²⁸ Uma análise socioeconômica do programa do presidente Obama pode ser encontrada em texto do economista Paul Krugman, da Universidade de Princeton. Disponível em: <http://www.nytimes.com/2012/06/29/opinion/the-real-winners.html?_r=0> Acesso em 01/12/2012.

⁴²⁹ Esse problema já é sentido há algumas décadas, inclusive motivando várias iniciativas de reforma. Como aponta, Lenaura Lobato, já em meados da década de 1990 a quantidade de norte-americanos completamente desprovidos de proteção na área da saúde girava entre 30 e 40 milhões. A autora demonstra que o “fato de as atividades relacionadas à saúde terem sido sempre consideradas como campo para a livre iniciativa condiz com a idéia de que a saúde é responsabilidade individual de cada cidadão. Contudo essa relação mostrou-se falha à medida em que o crescimento e a importância alcançados pelo setor privado, provavelmente o mais dinâmico e lucrativo do mundo, não foram acompanhado, pelo acesso aos serviços por diferentes camadas população.” LOBATO, Lenaura de Vasconcelos. *Reforma do estado...* *Op. Cit.*, p. 93-94.

outros), que objetivavam a declaração de sua inconstitucionalidade. Contudo, em 28 de junho de 2012 a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu, por cinco votos contra quatro, pela constitucionalidade da Lei. Assim, sedimentou-se naquele país uma drástica mudança: se até então a saúde era considerada questão de pertinência basicamente privada (em que o cidadão poderia optar por se filiar a um seguro de saúde privado), as reformas empreendidas transformaram-na em assunto de interesse público, pois todos os cidadãos passaram a ser obrigados a contratarem algum sistema de proteção, sob pena de serem penalizados com multas.⁴³⁰

A reforma certamente não instaurou um “sistema nacional de saúde” nos Estados Unidos, visto que o Poder Público permanece sem intervir diretamente na prestação dos serviços. Contudo, também não é mais possível sustentar que se mantém um “sistema segmentado”, pois o que o caracterizava era justamente a restrição de acesso aos programas públicos a determinadas grupos sociais. Com a Lei de Proteção ao Paciente o sistema norte-americano se aproxima dos modelos bismarckianos, em que a universalização do acesso à assistência da saúde ocorre através de seguros, públicos e privados. Os prestadores de serviços continuam sendo eminentemente privados.

A partir do panorama traçado, torna-se nítido que o Sistema Único de Saúde, nos moldes definidos pela Constituição da República Federativa do Brasil, consubstancia um típico sistema beveridgeano. O ordenamento constitucional anterior, entretanto, era estruturado a partir de um modelo mais próximo do bismarckiano. Como anotado no subcapítulo 2.2.1, apenas com o advento da Carta Magna de 1988 a saúde passou a configurar direito assegurado a todos os cidadãos brasileiros.

Fernando Mânica destaca como marco inicial da regulamentação das atividades de proteção social no Brasil o Decreto nº 4.682/1923, conhecido como “Lei Eloy Chaves”, que também abarcava prestações ligadas ao direito à saúde. A partir

⁴³⁰ Ao analisar o julgamento da Suprema Corte, Ronald Dworkin afirma que o novo sistema implantado, apesar de menos eficiente e racional que os sistemas de financiamento público, como o inglês, contribui para a superação de uma das maiores injustiças que assolava a medicina norte-americana: manter milhões de pessoas hipossuficientes completamente desamparadas, impedidas de aceder a cuidados básicos de saúde. DWORKIN, Ronald. **Why Did Roberts Change His Mind?** The New York Review of Books, New York, 9 de jul. 2012. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/blogs/nyrblog/2012>> Acesso em 10/08/2012.

daquele caderno normativo, disciplinou-se a atuação das “Caixas de Assistência e Pensão” (CAPs), que funcionavam como seguro social e eram criadas por grupos de trabalhadores. O Estado passou a intervir diretamente nesta questão a partir de 1933, com a estruturação dos “Institutos de Aposentadorias e Pensões” (IAPs), autarquias que garantiam a assistência à saúde de funcionários ligados a categorias profissionais, e não apenas os empregados de determinadas empresas. Os IAPs foram unificados em 1966, por meio do Decreto nº 72/1966.⁴³¹

Com isso, perderam sua personalidade jurídica, adquirindo natureza de órgãos do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), vinculado ao Ministério do Trabalho e responsável pela assistência à saúde individual dos trabalhadores formalmente vinculados ao Instituto. Apesar da participação do Poder Público no financiamento da saúde, os prestadores de serviços eram eminentemente privados. Tratava-se, portanto, de um sistema de caráter privatista (com o fortalecimento do setor privado para a prestação dos serviços de saúde) e excludente (pois exigia filiação ao INPS para ser beneficiário dos serviços).⁴³²

Posteriormente, com a Lei nº 6.229/1975, foi criado o “Sistema Nacional de Saúde”, que apesar do nome não se destinava ao fornecimento de assistência universal. Tratava-se, em verdade, da nova estrutura de gestão pública das questões sanitárias, bifurcando o modelo em duas frentes, uma voltada à saúde individual, e outra à saúde coletiva. Assim, caberia ao Ministério da Saúde a formulação de políticas que tivessem uma perspectiva coletiva de proteção, enquanto que o Ministério da Previdência e Assistência Social – MPAS (que substituiu o INPS) focava sua atuação nas questões médicas de natureza individual. Vinculado ao MPAS, foi criado o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), por meio da Lei nº 6.439/1977.⁴³³

Assim, ao longo do século XX o sistema de saúde brasileiro caracterizava-se, como nos modelos bismarckianos, pelo financiamento eminentemente público, mas com prestação de serviços por entes privados. Contudo, diferentemente do ocorrido na

⁴³¹ MÂNICA, Fernando Borges. **O setor privado...** *Op. Cit.*, p. 91.

⁴³² MENICUCCI, Telma Maria G. **Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil:** atores, processos e trajetória. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007, p. 96-102.

⁴³³ MÂNICA, Fernando Borges. **O setor privado...** *Op. Cit.*, p. 92.

experiência europeia, antes de 1988 não houve um movimento de universalização do acesso à assistência da saúde, que permanecia restrita aos empregados que contribuíam ao instituto de previdência. Havia, ainda, uma “dependência recíproca”⁴³⁴ entre o Estado e os prestadores privados de serviços. Como o Poder Público não possuía rede própria de atendimento capaz de fazer frente às demandas da população, era obrigado a contratar hospitais e profissionais particulares. Por outro lado, as instituições privadas puderam se desenvolver com os incentivos fiscais e recursos públicos que eram concedidos.

O advento da Constituição Federal de 1988 modificou o panorama jurídico da saúde pública brasileira. A participação do “Movimento Sanitário” foi determinante para se redesenhar aquele quadro. Como já assinalado acima (subcapítulo 2.2.1), a VIII Conferência Nacional de Saúde, em 1986, já preconizava a estatização e universalização dos serviços de saúde.⁴³⁵ Com efeito, a Carta Magna estruturou um verdadeiro sistema nacional, de caráter nitidamente *beveridgeano*. Neste novo desenho institucional, tornou-se mais complexa a forma de relação entre a gestão pública dos serviços e a possibilidade de participação privada no sistema. A questão será aprofundada no próximo tópico do trabalho.

3.2.2 Regimes de prestação dos serviços de saúde e a participação privada complementar no SUS

O texto constitucional assevera, em seu art. 196, que a saúde é um “direito de todos” e “dever do Estado”. A formulação e execução de políticas públicas sanitárias, portanto, deve ser realizada pelo Estado, sob pena de omissão inconstitucional. Contudo, o sistema público delineado pela Carta Magna não reservou exclusividade ao Poder Público quanto à prestação dos serviços de saúde. Trata-se, portanto, de modelo

⁴³⁴ MÂNICA, Fernando Borges. *Idem*, p. 93.

⁴³⁵ Os conferencistas entendiam que a própria concepção de saúde deveria ser modificada. Questões sanitárias não deveriam ser tratadas como problema de mercado (compra e venda de bens e serviços de saúde), e sim como matéria de interesse público, exigindo-se para isso uma reformulação institucional. Esse é o diagnóstico assinalado no Relatório Final da Conferência, do qual se extrai o seguinte trecho: “Este quadro [de precarização da saúde pública] decorre basicamente do seguinte: (...) vigência de uma política de saúde implícita que se efetiva ao sabor de interesses em geral não coincidentes com os dos usuários dos serviços, acentuadamente influenciada pela ação de grupos dedicados à mercantilização da saúde.” Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatório_8.pdf> Acesso em 01/10/2012.

financiado notadamente por recursos públicos, mas com prestação de serviços que pode ser tanto pública como privada (nos limites impostos pela Constituição). O Relatório Final da VIII Conferência Nacional de Saúde (1986) reconhecia a impossibilidade fática de imediata estatização total do setor, haja vista a vultosa presença da iniciativa privada e a tímida presença do Poder Público.

Contudo, reconheceu-se a necessidade de se iniciar um profundo processo de modificação, como o fortalecimento e progressiva expansão do setor público. Ainda, a Conferência preconizava que a saúde deveria ser considerada de caráter público, de modo que os particulares que fossem prestar serviços privados de saúde estivessem sujeitos a uma forte regulação estatal.⁴³⁶ Assim, a Constituição, além de estabelecer a universalidade do direito à saúde, e fortalecer o seu nível de vinculação jurídica (sujeitando-a a regime jurídico dos direitos fundamentais), entabulou um complexo sistema de prestação dos serviços públicos. O art. 197 da Constituição estabelece que as ações e serviços de saúde⁴³⁷ são de relevância pública, mas a sua execução deverá “ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.” Ainda, o art. 199 da Lei Maior dispõe que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”.

A ideia de “relevância pública” consignada naquele dispositivo constitucional denota que, mesmo quando houver a prestação de serviços privados de saúde, os

⁴³⁶ O Relatório Final da VIII Conferência Nacional de Saúde (1986) assim descrevia a necessidade de incremento da participação do Poder Público, na prestação direta e na regulação da saúde: “O principal objetivo a ser alcançado é o Sistema Único de Saúde, com expansão e fortalecimento do setor estatal em níveis federal, estadual e municipal, tendo como meta uma progressiva estatização do setor. Os prestadores de serviços privados passarão a ter controlados os seus procedimentos operacionais e direcionadas suas ações no campo da saúde, sendo ainda coibidos os lucros abusivos. O setor privado será subordinado ao papel diretivo da ação estatal nesse setor, garantindo o controle dos usuários através dos seus segmentos organizados. Com o objetivo de garantir a prestação de serviços à população, deverá ser considerada a possibilidade de expropriação dos estabelecimentos privados nos casos de inobservância das normas estabelecidas pelo setor público.” Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_8.pdf> Acesso em 01/10/2012.

⁴³⁷ Fernando Mânica faz uma distinção entre ações e serviços de saúde. “Ações públicas de saúde” englobariam todas as medidas administrativas que tenham por escopo a promoção, proteção ou recuperação da saúde. Seria, portanto, termo mais geral, cujo conteúdo remete às obrigações impostas ao Estado para tutelar as diversas posições jurídicas asseguradas pelo direito à saúde. Por outro lado, os “serviços públicos de saúde” estariam ligados precipuamente à ideia de “assistência direta à saúde”, correspondendo às prestações materiais ofertadas pelo Poder Público. MÂNICA, Fernando Borges. **O setor privado...** *Op. Cit.*, p. 130-131.

responsáveis estarão sujeitos à regulamentação, fiscalização e controle do Estado.⁴³⁸ Tanto é que foram criadas duas autarquias (comumente chamadas de “agências reguladoras”⁴³⁹) para cumprir tal finalidade: a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)⁴⁴⁰ e a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)⁴⁴¹. Assim, o setor encontra-se fortemente sujeito à regulação estatal.⁴⁴²

De maneira sistematizada, a Constituição prevê três formas de prestação dos serviços de saúde: (i) diretamente pelo Poder Público, ou seja, através de órgãos da Administração direta ou entidades da Administração indireta; (ii) de maneira indireta, através de pessoas de direito privado, que podem participar do SUS de forma complementar; (iii) através da iniciativa própria de entes privados, sob regime de direito privado (sujeitos, claro, à fiscalização e regulamentação do Estado).

Para se compreender a fundo a problemática dos regimes de prestação dos serviços de saúde, é importante destacar, preliminarmente, que o assunto remete à relação existente entre Direito e Economia. Como aponta Emerson Gabardo, “dos

⁴³⁸ De maneira sintética, pode-se entender que “a regulação (também reconhecida no art. 174 da CF/88) manifesta-se por intermédio de ações de controle normativo e fiscalizatório, seja por direção (estabelecimento de um comportamento compulsório), seja por indução (mera provocação, fomento).” GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 131.

⁴³⁹ Em relação às agências reguladoras, Emerson Gabardo registra que “No Brasil, tais entidades reguladoras não existem, pois no máximo há alguns entes análogos criados no bojo do projeto de Reforma do Estado da década de 1990, mas que, na realidade, nada mais são do que autarquias especiais.” GABARDO, Emerson. **Idem**, p. 140. De qualquer modo, para um estudo aprofundado sobre o tema, cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Reflexões sobre Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 45-58.

⁴⁴⁰ A ANVISA foi criada com a Lei nº 9.782/1999, dispondo o art. 6º que sua finalidade institucional é a de “promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras.”

⁴⁴¹ A ANS foi criada pela Lei nº 9.961/2000, cujo art. 3º define como sua finalidade institucional “promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.”

⁴⁴² Como aponta Floriano de Azevedo Marques Neto, “paralelamente ao que é dever do Poder Público, permite-se que as ações e os serviços de Saúde sejam executados pela iniciativa privada (aqui não mais como contratadas pelo Poder Público, mas atuando por sua conta e risco). Porém, por serem de relevância pública, as atividades de saúde, mesmo quando exploradas pelos particulares como atividades econômicas, deverão ser executadas sob regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público.” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Parcerias público-privadas nos serviços de Saúde**. In: CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da; MODESTO, Paulo (Coord.). **Terceiro setor e parcerias na área da saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 60-61.

tradicionais interesses fiscais, militares, políticos e de polícia, chegando até a avançada proposta de responsabilização pelo desenvolvimento, os fins do Estado sempre estiveram ligados direta ou indiretamente à consecução de bens econômicos.”⁴⁴³ E as principais formas através das quais o Estado intervém diretamente na economia são o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito.⁴⁴⁴

Pode-se entender bens econômicos como aqueles objetos relativamente escassos que se destinam, de maneira direta ou indireta, a suprir necessidades humanas.⁴⁴⁵ Nessa esteira, também os serviços públicos assumem relevância econômica, motivo pelo qual, na classificação de Eros Roberto Grau, figuram como atividade econômica em sentido amplo. A distinção entre a atividade econômica em sentido estrito e os serviços públicos decorre de uma demarcação feita pelo ordenamento jurídico-positivo: os serviços públicos são atividade econômica, mas que, em decorrência de opção político-jurídica, recebem do Direito um regramento específico. São considerados “essenciais”, do ponto de vista social, justificando assim um tratamento diferenciado. Com isso, os serviços públicos estão submetidos ao regime jurídico de direito público.⁴⁴⁶

Caracterizar determinada atividade como “serviço público” não é algo trivial.⁴⁴⁷ De qualquer forma, impende destacar que, de acordo com o art. 175 da Constituição Federal, impõe-se ao Estado a obrigação de prestar os serviços públicos, diretamente ou sob o regime de concessão ou de permissão (nesse caso, sempre precedido de licitação). De tal dispositivo decorre que os serviços públicos em regra estão excluídos da livre iniciativa.⁴⁴⁸ Ou seja, aquelas atividades eleitas pela Constituição ou pela lei como serviço público não poderão ser livremente realizadas

⁴⁴³ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade...** *Op. Cit.*, p. 130.

⁴⁴⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica...** *Op. Cit.*, p. 168.

⁴⁴⁵ GASTALDI, José Petrelli. **Elementos de economia política.** 19ª ed. São Paulo, Saraiva, 2005, p. 82.

⁴⁴⁶ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade...** *Op. Cit.*, p. 133-134.

⁴⁴⁷ Para um estudo aprofundado sobre a conformação jurídica clássica da noção de serviço público, cf. GROTTI, Dinorá Adelaide. **O serviço público e a Constituição de 1988.** São Paulo: Malheiros, 2003, p. 19-53.

⁴⁴⁸ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade...** *Op. Cit.*, p. 136.

por particulares – a não ser na condição de concessionários ou permissionários daqueles serviços, e sempre sob regime de direito público.⁴⁴⁹

Contudo, algumas atividades econômicas, apesar de serem estampadas no texto constitucional como dever do Estado, não são excluídas da iniciativa privada. É o caso da assistência à saúde e da educação, que apesar de consubstanciar dever do Estado (por força do art. 196 da Constituição), pode ser desempenhada por particulares (art. 199 da Constituição), nos termos previstos em lei – seria, portanto, um serviço público “não-exclusivo”.⁴⁵⁰ Nesses casos, Carlos Ari Sunfeld alega que estar-se-ia diante de uma categoria distinta, chamada de “serviço social”, que não se confunde com serviço público nem com atividade econômica em sentido estrito. De acordo com o autor, essas atividades não se enquadrariam nas hipóteses do art. 175 e do art. 173 da Constituição Federal.⁴⁵¹

Diferentemente, Eros Roberto Grau defende que são efetivos serviços públicos, haja vista que configuram dever do Estado (são serviços, portanto, de sua titularidade). Apenas são dotados da peculiaridade de que o Poder Público não é titular privativo do serviço, que poderá ser desempenhado por particulares, sob regime jurídico de direito privado (embora não integralmente, pois o prestador estará sujeito à fiscalização e regulamentação do Poder Público). Nesses casos, quando o sujeito privado presta o serviço por sua própria iniciativa, não o faz por “delegação” do Estado. De acordo com o ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, na hipótese ventilada o prestador desempenhará atividade econômica em sentido estrito (será, portanto, serviço de natureza privada, e não pública)^{452 453}.

⁴⁴⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo...** *Op. Cit.*, p. 108.

⁴⁵⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Idem**, p. 109.

⁴⁵¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 83.

⁴⁵² GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica...** *Op. Cit.*, p. 133.

⁴⁵³ Maria Sylvania Zanella di Pietro, diferentemente de Eros Roberto Grau, aduz que na hipótese tratar-se-ia de serviço público social impróprio, pois apesar de voltarem-se à satisfação de necessidades coletivas, faltar-lhes-ia um elemento fundamental para caracterizá-los como serviços públicos próprios: a gestão, direta ou indireta, pelo Estado. No entanto, neste trabalho adota-se o entendimento de Eros Roberto Grau. Com efeito, o simples fato de o serviço atender uma necessidade coletiva não é suficiente para caracterizá-lo como público – o serviço de saúde apenas poderá ser considerado “público” quando sujeito às diretrizes e regramento do SUS, ou seja, quando se tratar de atividade inteiramente sujeita ao regime de direito público. Para analisar a posição da autora, cf. DI PIETRO, Maria Sylvania. **Direito Administrativo...** *Op. Cit.*, p. 107.

Como já citado, além das formas de prestação direta pelo Poder Público, e mediante iniciativa própria de particulares (como serviço privado, prestado por empresas, profissionais liberais ou por entes do terceiro setor), a saúde pode ser objeto de prestação por particulares, mas sob regime de direito público. Esta é a hipótese traçada pelo art. 197 e pelo § 1º do art. 199, ambos da Constituição Federal. Este último dispositivo dispõe que “as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.” Nessa situação, entes privados poderão prestar serviços públicos de saúde.

Merece destaque, todavia, que a forma de prestação dos serviços de saúde não é escolhida discricionariamente pela Administração Pública. A Constituição e a legislação ordinária demarcam os instrumentos jurídicos e os limites para cada modelo a ser adotado na execução dos serviços. As questões mais complexas residem em dois pontos: (i) na definição da “participação complementar” das instituições privadas no SUS; (ii) na demarcação dos limites jurídicos à formalização de parcerias entre o Poder Público e a iniciativa privada (este ponto será analisado no próximo subcapítulo do trabalho – item 3.2.3).

Quanto ao primeiro ponto, vale destacar que a noção de “complementaridade” não é delimitada de maneira absolutamente rigorosa pela Constituição. Ou seja, não se pode concluir, somente a partir do texto constitucional, qual pode ser a extensão da participação privada na execução dos serviços de saúde. Contudo, é cristalino que o Estado deve possuir papel de destaque na sua prestação direta. Isso porque, se a iniciativa privada deve complementar a ação do Poder Público, pressupõe-se que este efetivamente intervenha com destaque na assistência à saúde. Ou seja, admite-se que o Estado preste integralmente os serviços de saúde, podendo ter sua atuação complementada por particulares. Contudo, é absolutamente impensável o contrário: o Estado vir a complementar a prestação de serviços ofertados pela iniciativa privada. Ainda, como assinala Tarso Cabral Violin, tal incumbência decorre do próprio modelo de Estado Social de Direito que a Constituição consagra, determinando que a atividade

estatal intervenha diretamente para o alcance da justiça social e para a concretização de direitos fundamentais.⁴⁵⁴

De qualquer forma, o legislador infraconstitucional tornou indubitável o conteúdo da noção de participação complementar da iniciativa privada no SUS. Segundo o art. 24 da Lei nº 8.080/1990, “quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.” A disciplina legal do tema, portanto, extirpou qualquer dúvida que eventualmente poderia ser cogitada. Esclareceu-se, conclusivamente, que a intervenção direta do Estado na prestação dos serviços de saúde é a regra, cabendo aos agentes privados a participação no SUS de maneira secundária, subsidiária, apenas quando os órgãos e entes estatais estiverem impossibilitados de os ofertarem. A noção de complementaridade conferida pelo legislador é aproximada da ideia de subsidiariedade, ou seja a atuação privada é demandada apenas quando o Poder Público não for capaz de suprir a demanda da população.

Assim, mostra-se sem fundamento eventual alegação de inconstitucionalidade do citado dispositivo (art. 24 da Lei nº 8.080/1990). Esta é a posição defendida por Fernando Borges Mânica, para quem o conteúdo legalmente atribuído à complementaridade é inconstitucional, basicamente por dois motivos: em primeiro lugar, pela suposta incapacidade de se determinar a insuficiência da atuação estatal direta na prestação dos serviços; em segundo lugar, porque o princípio da eficiência, que vincula o agir do administrador, impõe que a prestação dos serviços seja realizada da maneira mais eficiente, seja pelo Estado, seja pelo particular.⁴⁵⁵

Contudo nenhum dos fundamentos aduzidos é capaz de demonstrar a inconstitucionalidade do diploma legal. O primeiro argumento parece não prosperar por uma questão relativamente simples: ora, a insuficiência da prestação estatal não é algo rigorosamente abstrato. Pelo contrário, a demanda concreta insatisfeita é facilmente perceptível: ausência de leitos hospitalares, falta de médicos e enfermeiros,

⁴⁵⁴ VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública**: uma análise crítica. 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 304. Também com esse entendimento, cf. DI PIETRO, Maria Sylvia. **Parcerias na Administração Pública**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 242-243.

⁴⁵⁵ MÂNICA, Fernando Borges. **O setor privado...** *Op. Cit.*, p. 173-174.

consultas que são realizadas com enorme demora, etc. Não são situações abstratas, insuscetíveis de identificação. Nessas hipóteses, autoriza-se a formalização de parcerias com a iniciativa privada, por se constatar uma verdadeira insuficiência do Estado na prestação do serviço.

Nota-se que o autor critica a suposta indefinição do conteúdo material exato do direito à saúde (mais especificamente, a delimitação de todas as prestações materiais que este direito comporta). Realmente, uma definição de tal monta é impossível (em razão da própria natureza fortemente principiológica do direito – como, aliás, já se mencionou no subcapítulo 1.2.1). Evidentemente, esta questão não diz respeito à complementaridade: esta impõe que os serviços que já são abarcados pelas políticas do SUS (definidos por intermédio de leis, portarias e outros instrumentos administrativos pelos gestores – ou seja, aqueles serviços que integram políticas públicas já definidas) deverão ser objeto de contrato ou convênio com a iniciativa privada quando o Poder Público não tiver capacidade de prestá-los diretamente. De qualquer modo, como já demonstrado ao longo do trabalho, a indefinição do conteúdo do direito à saúde é bastante restrita, haja vista a existência de critérios normativos que permitem identificar se determinada prestação encontra-se efetivamente albergada pela norma jusfundamental.

Quanto ao segundo argumento, pode-se objetar com o questionamento: quando, afinal, é possível definir que a iniciativa privada será mais eficiente do que o Poder Público? Ora, se é verdade, como aduz o autor, que a noção de “insuficiência da atuação estatal” é demasiadamente abstrata (o que inutilizaria a ideia de complementaridade), como se identificar então uma maior eficiência da iniciativa privada? Comparando-se o número de atendimentos realizados por hora em unidades privadas e públicas? Em verdade, o segundo fundamento levantado por Mânica denota, de maneira implícita, a crença no mito de que a iniciativa privada é mais eficiente do que o Estado, motivo pelo qual este deveria sempre estar disposto a usufruir das benesses daquela. Somente isso justifica o fato de se compreender como “extremamente abstrato” o critério previsto no art. 24 da Lei nº 8.080/1990 e admitir-se como cabível a genérica aplicação do princípio da eficiência para se legitimar o

afastamento de escolhas políticas relacionadas à construção de um sistema público de saúde.

Ademais, ainda que o argumento não partisse desta equivocada premissa, ele não seria capaz de justificar a inconstitucionalidade do art. 24 da Lei nº 8.080/1990. Isso porque a opção política do legislador foi bastante clara, e em total consonância com a realidade histórica brasileira: a prestação direta dos serviços de saúde pelo Estado, de maneira geral, mostra-se como o mecanismo mais eficiente de se concretizar universalmente o direito à saúde – o mercado possui falhas estruturais que inviabilizariam o alcance de tal objetivo, como restou evidenciado no sistema de saúde pretérito à Constituição de 1988, marcado por ser privatista e excludente.⁴⁵⁶ Por eficiência, repise-se, não se compreende uma mera relação vantajosa de custo/benefício, mas sim o dever de realização da escolha ótima, em termos de satisfação adequada das finalidades constitucionais.⁴⁵⁷

Assim, a opção do legislador constituinte e do legislador ordinário é resultado de um processo de ponderação que já definiu qual o modelo mais eficiente para se efetivar o direito fundamental à saúde, ou seja, qual estrutura está mais apta para concretizar aquele direito de acordo com os princípios e objetivos encartados na Constituição Federal. Por isso mesmo a normativa constitucional e infraconstitucional estabeleceu, no regime de prestação dos serviços de saúde do SUS, uma competência eminentemente vinculada: não cabe ao administrador qualquer juízo de conveniência e oportunidade quanto à utilização de serviços privados. Estes somente poderão ser utilizados de forma subsidiária, nos termos da legislação.

De qualquer forma, como já debatido no subcapítulo 2.1.2, a Administração Pública realmente tem o dever de, ao exercitar suas competências, optar pela medida ótima, em decorrência do princípio da eficiência administrativa. Nessa esteira, se em alguma situação concreta o Estado tiver capacidade de ofertar determinado serviço de

⁴⁵⁶ De acordo com Menicucci, o modelo de saúde pública estruturado no Brasil durante o século XX estabeleceu “no Brasil a ‘cidadania regulada’, que traduz a relação entre a ocupação e cidadania, sendo reconhecidos determinados direitos sociais a setores de assalariados urbanos.” MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. **Público e privado...** *Op. Cit.*, p. 64.

⁴⁵⁷ Para uma análise do mito da eficiência como prerrogativa liberal, bem como das falhas estruturais do mercado, cf. GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**: uma análise das estruturas simbólicas do direito político. Barueri: Manole, 2003, p. 104 e ss.

saúde, mas não puder suprir de maneira ótima todas as situações demandadas, admitir-se-á a formalização de acordo com a iniciativa privada (por convênio ou contrato de direito público). Seria o caso, por exemplo, de hospital filantrópico de reconhecida excelência em ortopedia. Nessa hipótese, a rede pública de atendimento deverá funcionar normalmente, cabendo a realização de convênio ou contrato específico para atendimentos e procedimentos relacionados àquela área médica específica, em que se verifica carência na estrutura pública. Ainda, se o ente público dispuser de ortopedistas em seu quadro de pessoal, o acordo com o ente privado deverá ser circunscrito aos procedimentos que não puderem ser realizados de maneira plenamente satisfatória pelos servidores públicos.

Nesses casos não há qualquer conflito entre a regra legal e o princípio da eficiência. Veja-se que, quando houver na iniciativa privada a disponibilização de serviço de saúde que, embora abarcado por uma política pública, não seja prestado de modo satisfatório pelo Estado, restará evidenciada a hipótese legal do art. 24 da Lei nº 8.080/1990: com efeito, a incapacidade do Poder Público de prestar determinado serviço de maneira eficiente caracteriza a “insuficiência de suas disponibilidades”, autorizando a integração de agente privado ao sistema público de saúde para suprir tal necessidade. Se houver apenas um ente privado capaz de prestar tal serviço com destreza, será possível inclusive sua contratação mediante inexigibilidade de processo licitatório (o tema será analisado de forma mais detida na sequência, no item 3.2.3). Isso não significa, no entanto, que a gestão das políticas sanitárias estará sujeita à livre apreciação do administrador: este tem o dever de estruturar a rede pública de saúde, por se tratar de competência vinculada, devendo motivar expressamente a eventual necessidade de socorrer-se à iniciativa privada.

Assim, afigura-se absolutamente constitucional o art. 24 da Lei nº 8.080/1990. O conteúdo definido pela legislação mostra-se não apenas razoável⁴⁵⁸, como também em plena consonância com a estrutura normativa do SUS e com as diretrizes e princípios constitucionais. Ora, para se construir um sistema efetivamente universal, apto a oferecer prestações de saúde satisfatórias a todos os cidadãos que dele precisem,

⁴⁵⁸ Ou seja, a restrição operada à participação da iniciativa privada não aniquila tal possibilidade, apenas define seus limites, conformando legitimamente as disposições constitucionais sobre o tema.

torna-se indispensável adotar mecanismos que pressionem o Estado a investir e a participar de maneira mais ativa no setor. Isso para superar uma lacuna que foi sendo forjada historicamente ao longo de quase toda a história sanitária brasileira, marcada por uma ausência retumbante do Poder Público (em termos de financiamento e em termos de prestação direta) e por uma pujança dos serviços privados de saúde (voltados eminentemente à satisfação das necessidades das classes mais abastadas).

Assim, determinar que o Estado ofereça diretamente os serviços de saúde é indispensável mecanismo para se expandir a participação e o aporte de recursos do Poder Público no setor, fundamental para se evitar a mercantilização da saúde e para assegurar uma estrutura satisfatória de oferta de serviços. De qualquer forma, a obrigação de que o Estado intervenha diretamente na prestação de serviços de saúde não significa que a participação da iniciativa privada no SUS seja menos importante, ou que deva ser registrada por meio de quantificação numérica. Apenas por uma questão de escolha política, o legislador alçou a atuação estatal, na esfera da saúde, a um nível prioritário, o que de forma alguma inviabiliza ou desmerece a atuação dos particulares – desde que realizada nos estritos limites da legislação. O tema será aprofundado no próximo tópico do trabalho, quando serão estudadas as formas de realização das parcerias.

3.2.3 Contratualização, terceiro setor e parcerias público-privadas no âmbito da saúde

Reconhecida a dignidade constitucional da participação privada nas políticas do SUS, este ponto do trabalho investigará os mecanismos jurídicos, bem como os limites que se impõem na formalização dos acordos. De início impende destacar que o art. 199, § 1º da Constituição estabelece que a atuação complementar da iniciativa privada no SUS ocorrerá por intermédio de contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fim lucrativo. Ainda, são previstas duas vedações: destinação de recursos públicos (a título de auxílio ou subvenção) para entidades com fins lucrativos (art. 199, § 2º da Constituição) e a participação, direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei (art. 199, § 3º da Constituição).

Somando-se à legislação ordinária (que será apresentada oportunamente ao longo deste tópico), tem-se o seguinte panorama das formas jurídicas de participação da iniciativa privada no SUS: (i) através de contrato de direito público, por meio do qual instituições particulares, com ou sem fins lucrativos, passam a integrar a rede pública de saúde;⁴⁵⁹ (ii) mediante a formalização de convênios, como atividade de fomento do Estado a instituições privadas sem fins lucrativos. Ainda, alguns autores vêm cogitando a possibilidade de formalização de parcerias público-privadas na área da saúde, o que ocorreria mediante contrato de direito público – o tema também será objeto de breve reflexão.

O primeiro mecanismo de formalização da participação complementar da iniciativa privada no SUS é, portanto, através de contrato de direito público.⁴⁶⁰ Trata-se das situações em que o Poder Público pactua com agentes privados, com ou sem fins lucrativos, a prestação de serviços de saúde, mediante estipulação de contrato administrativo. Em princípio, a contratação deverá ser antecedida de processo licitatório (regulado pela Lei nº 8.666/1993 – Lei Geral de Licitações). No entanto, como bem aponta Fernando Borges Mânica, os serviços de saúde são enquadrados como “serviços técnico-profissionais”, nos termos do art. 6º, inciso II da Lei Geral de Licitações.⁴⁶¹ Ainda, nos termos do art. 13 desta Lei, tais serviços podem ser considerados “especializados” (embora a Lei não faça uma referência expressa a esse

⁴⁵⁹ Importante anotar a lição de Romeu Felipe Bacellar Filho, para quem “o contrato é uma categoria jurídica que não pertence nem ao direito privado nem ao direito público, com caráter de exclusividade. Insere-se no Direito e como tal deve ser estudado. Quando o estudo do contrato desenvolve-se na esfera do direito público, mais propriamente no campo de atuação do Direito Administrativo, é inobjetable a sua subordinação às regras e peculiaridades do regime jurídico administrativo, caracterizado por um misto de prerrogativas e sujeições.” BACELLAR FIHO, Romeu Felipe. *Contrato administrativo*. In: _____ (Coord.). **Direito Administrativo Contemporâneo**: estudos em memória ao professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 320.

⁴⁶⁰ Destaque-se, de antemão, que a contratação administrativa ora analisada refere-se exclusivamente às atividades relacionadas diretamente ao direito à saúde (serviços de saúde “em sentido estrito”), e não às atividades instrumentais que lhe são inerentes. Assim, ao se falar em contratação de serviços de saúde, está-se fazendo referência a, por exemplo, serviços clínicos e hospitalares, restando excluídos serviços como de higiene, de segurança, de fornecimento de insumos e alimentos, etc. – em relação aos quais se aplica invariavelmente o regime público de contratação por intermédio de processo licitatório. De qualquer modo, registre-se que a Lei nº 8.666/1993 (art. 24, inciso XXXII) prevê hipótese de dispensa de licitação no caso de contratação de serviços que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o SUS.

⁴⁶¹ Art. 6º, inciso II da Lei nº 8.666/1993: “Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se: (...) II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais.”

tipo de atividade)⁴⁶², de modo que, se possuírem “natureza singular” e forem prestados por profissionais ou empresas de notória especialização, poderão ensejar a inexigibilidade do certame licitatório, consoante disposição do inciso II, art. 25 da Lei nº 8.666/1993⁴⁶³.⁴⁶⁴

Este modelo de contratação (seja mediante processo licitatório, seja mediante inexigibilidade de licitação) deve ser realizado para a prestação de serviços por profissionais ou instituições em suas próprias estruturas físicas, e não em espaços da própria Administração Pública. Em caso de carência de pessoal da própria Administração (como no caso de férias de servidores da área da saúde), o mecanismo adequado para supri-la é a contratação de profissionais por tempo determinado, consoante disposição do art. 37, inciso IX da Constituição Federal.⁴⁶⁵ Ainda, poderá ocorrer a dispensa de licitação, nas hipóteses previstas em lei (como no caso de contratação de pequeno valor e em casos de emergência e calamidade pública).

De qualquer modo, deve-se destacar que a Lei nº 8.666/1993 nem sempre se mostra adequada a disciplinar o procedimento prévio de formalização de contratos administrativos que envolvam a prestação de serviços de saúde. Isso porque as formalidades do procedimento e os critérios de julgamento das propostas⁴⁶⁶ não se mostram sempre como os mais apropriados à contratação desse tipo de serviço. Realmente, as disposições da Lei Geral de Licitações são mais adequadas para a disciplina de obras e serviços que possam ter resultados objetivamente traçados (como

⁴⁶² Os incisos do art. 13 da Lei nº 8.666/1993 não apresentam expressamente os serviços de saúde como serviços especializados. Contudo, deve-se compreender que o dispositivo apenas enumera algumas hipóteses meramente exemplificativas, de modo que se torna plenamente compreensível o enquadramento dos serviços ora analisados. Este é o entendimento, dentre outros, de Marçal Justen Filho: “Não é possível nem desejável produzir um elenco exaustivo das hipóteses em que o interesse estatal exige um serviço singular.” JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 432-433.

⁴⁶³ Art. 25, inciso II da Lei nº 8.666/1993: “Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: (...) II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;”

⁴⁶⁴ MÂNICA, Fernando Borges. **O setor privado... Op. Cit.**, p. 205.

⁴⁶⁵ A Lei nº 8.745/1993 regulamenta o citado dispositivo constitucional no âmbito da Administração Pública federal, prevendo como uma das hipóteses de contratação por tempo determinado a situação de emergências em saúde pública (art. 2º, inciso II da referida Lei).

⁴⁶⁶ Previstos no art. 45 da Lei nº 8.666/1993: menor preço, melhor técnica, técnica e preço, maior lance ou oferta.

a construção de hospital, por exemplo).⁴⁶⁷ No caso de serviços de saúde, é significativamente complexo o entabulamento de critérios que tornem o certame passível de um julgamento estritamente objetivo. Ainda, pelo fato de que muitas vezes o serviço pode ser prestado de maneira similar por variadas instituições, é possível a utilização do sistema de “credenciamento”.

Nos casos em que a competição se mostrar inviável pelos motivos acima arrolados (ou seja, caracterizada hipótese de inexigibilidade de licitação por não ser possível selecionar objetivamente a melhor proposta), será possível a utilização do credenciamento como mecanismo de contratação de vários prestadores de serviços – são situações em que há pluralidade de profissionais ou entidades que podem prestar o serviço desejado de maneira similar.⁴⁶⁸ Para isso, devem ser observadas as disposições pertinentes da Lei nº 8.666/1993 – especialmente no que diz respeito à publicação de edital, em que são publicizados os requisitos que devem preencher os interessados, inclusive com a previsão de que o acordo será formalizado mediante contrato administrativo (respeitando-se, portanto, as disposições do art. 54 e seguintes da Lei nº 8.666/1993).⁴⁶⁹ Assim, assegura-se que a contratação atenderá as peculiaridades específicas do setor – sem prejuízo, portanto, da eficiência do sistema –, bem como será observado o regime de direito público na formalização e execução do contrato.⁴⁷⁰

A temática da formalização dos acordos com a iniciativa privada, seja por convênio ou contrato de direito público, é de significativa importância para o SUS. Isso porque, logo em que foi estruturado o sistema, ainda não eram claros os

⁴⁶⁷ Nesse sentido, cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo...** *Op. Cit.*, p. 428-429; MÂNICA, Fernando Borges. **O setor privado...** *Op. Cit.*, p. 212.

⁴⁶⁸ Embora não seja previsto expressamente pela Lei nº 8.666/1993, o credenciamento deve ser entendido como forma de contratação da Administração Pública em que existem diversos profissionais que podem desempenhar a atividade de maneira similar, inexistindo ainda padrões objetivos para avaliar rigorosamente a capacidade técnica de cada um deles. Trata-se, em suma, de hipótese de inexigibilidade de processo licitatório por inviabilidade de competição. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo...** *Op. Cit.*, p. 383.

⁴⁶⁹ Marçal Justen Filho ainda aponta a imperiosidade de se motivar a contratação direta, bem como de cada ente administrativo regulamentar o procedimento que deverá ser adotado como forma de se estabelecerem padrões isonômicos e estáveis quanto às situações que reclamam a utilização de tal mecanismo. JUSTEN FILHO, Marçal. **Idem**, p. 426.

⁴⁷⁰ No que tange à responsabilização extracontratual dos agentes privados prestadores de serviços públicos, cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, ano 2, nº 9, p. 13-59, 2002.

mecanismos de formalização da participação complementar da iniciativa privada. Muitos Municípios e Estados passaram a utilizar serviços de entes particulares sem que fosse firmado contrato. Não eram esclarecidas, portanto, as condições gerais a serem observadas por ambas as partes, de modo que muitas vezes a prestação do serviço acabava sendo prejudicada. Ou seja, a integração das instituições privadas ao SUS ocorria (e ainda ocorre em inúmeros locais) de maneira completamente precarizada, frequentemente com desrespeito à legislação.

Para modificar esse panorama, o Ministério da Saúde tem incentivado o que denomina de “contratualização”, por meio do qual a Administração Pública federal tem incentivado a inserção, no SUS, de Hospitais de Ensino e Hospitais Filantrópicos. Ainda, incentiva-se que as parcerias com a iniciativa privada sejam formalizadas através do instrumento jurídico pertinente – contrato de direito público ou convênio, a depender da situação. Com isso, espera-se integrar tais entes às políticas e diretrizes do sistema nacional de saúde, ampliando a oferta e a qualidade dos serviços, o que será feito mediante pactuação de metas quantitativas e qualitativas.⁴⁷¹

Nota-se, ainda, que os instrumentos de participação complementar da iniciativa privada nas ações e serviços de saúde, desde a década de 1990, muitas vezes têm sido utilizados para se promover verdadeira “privatização”⁴⁷² daquelas atividades,

⁴⁷¹ Os Programas de Reestruturação e Contratualização dos Hospitais de Ensino e dos Hospitais Filantrópicos são disciplinados pelas Portarias nº 1.702/2004 e 1.721/2005. Apesar de ser utilizado o termo “contratualização”, o instrumento previsto para a transferência dos recursos é o “convênio” – que não é senão espécie do gênero contrato administrativo, haja vista a incidência do regime jurídico contratual de direito público, com as peculiaridades que são inerentes à espécie. Thiago Marrara realiza minuciosa análise sobre a divergência existente na doutrina acerca da natureza jurídica dos convênios administrativos no direito brasileiro. Conclui o autor que “o convênio administrativo é subcategoria dos contratos administrativos, mas esta afirmação deve ser entendida com cautela, pois esse ajuste não se identifica com um contrato administrativo em sentido estrito, de modo que não se lhe aplicam todas as regras e princípios, nem mesmo os considerados gerais, presente na Lei n. 8666/93.” MARRARA, Thiago. Identificação de convênios administrativos no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, v. 100, p. 551-571, jan./dez. 2005, p. 569. Ainda sobre o tema da natureza jurídica dos convênios administrativos, cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. Transferências voluntárias na Lei de Responsabilidade Fiscal: limites à responsabilização pessoal do ordenador de despesas por danos decorrentes da execução de convênio. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 12, nº 60, p. 25-62, mar./abr. 2010, p. 32-35.

⁴⁷² Como aduz Maria Sylvia Zanella Di Pietro, privatização corresponde a um conceito amplo, “que pode assumir diferentes formas, todas amoldando-se ao objetivo de reduzir o tamanho do Estado e fortalecer a iniciativa privada e os modos privados de gestão dos serviços públicos”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública...** *Op. Cit.*, p. 25.

com o afastamento do Estado de sua prestação direta.⁴⁷³ Destaque-se que tais tentativas mostram-se absolutamente incompatíveis com o ordenamento jurídico pátrio. As principais formas de transferência indevida da prestação dos serviços de saúde para a iniciativa privada são os convênios formalizados com organizações sociais (OS) e com organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP). Também as parcerias público-privadas (PPP) começam, ainda que timidamente, a ser utilizadas com o mesmo propósito.⁴⁷⁴ Não que o ordenamento jurídico vede tais instrumentos associativos. A questão problemática reside na forma como são utilizados, muitas vezes com o desvirtuamento das disposições legais e constitucionais que os fundamentam.

As parcerias público-privadas são disciplinadas pela Lei nº 11.079/2004, que entabula duas modalidades de concessão de serviços e obras públicos:⁴⁷⁵ (i) concessão patrocinada, em que além da cobrança de tarifa dos usuários do serviço, é prevista contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado; (ii) concessão administrativa, que é contrato de prestação de serviços em que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta. Neste breve espaço certamente não será possível abordar todos os aspectos polêmicos – inclusive quanto às possíveis inconstitucionalidades que viciam a referida lei – que envolvem este tipo de parceria.⁴⁷⁶

A questão problemática reside na delegação de serviços de saúde a entes privados através de PPP. Quanto à concessão patrocinada, não há maiores

⁴⁷³ Bacellar Filho já alertava sobre as tentativas de se enfraquecer várias disposições constitucionais atinentes às funções da Administração Pública: “Os sucessivos governos, desde a edição da Carta de 1988, parecendo assumir um descompromisso com as determinantes existenciais da Administração Pública, vêm promovendo um verdadeiro *strip tease* de suas atribuições, repassando à iniciativa privada funções que, até pelo bom senso, deveriam ser exercidas pela máquina estatal, esta seguramente compromissada com os interesses sociais.” BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A segurança jurídica e as alterações no regime jurídico do servidor público. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence). Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 199.

⁴⁷⁴ É o caso, por exemplo, do Hospital do Subúrbio, em Salvador (a parceria foi promovida pelo Governo do Estado), em que o parceiro privado gere tanto atividades-meio como atividades-fim (serviços clínicos).

⁴⁷⁵ A modalidade “comum” de concessão de serviço público é disciplinada pela Lei nº 8.987/1995.

⁴⁷⁶ Sobre tais aspectos, cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 675.

dificuldades: por envolver pagamento de tarifa por parte do usuário, esta modalidade mostra-se de antemão inviável para a contratação de serviços de saúde.⁴⁷⁷

Com relação à concessão administrativa, há autores que defendem a possibilidade jurídica de sua utilização para a transferência à iniciativa privada da prestação de serviços de saúde.⁴⁷⁸ Contudo, há obstáculos legais e constitucionais que vedam esta possibilidade. Em primeiro lugar, a delegação dos serviços de saúde (por qualquer modalidade) mostra-se descabida. Isso porque, como aduz Celso Antônio Bandeira de Mello, apenas podem ser objeto de delegação aqueles serviços que, além de serem de titularidade do Estado, não são livres à iniciativa privada. É o caso, por exemplo, do serviço de transporte coletivo: apenas poderá ser prestado por agentes privados que sagrem-se vencedores em procedimento licitatório que tenha por objeto a delegação do serviço. No caso dos serviços de saúde, estes já são livres à iniciativa privada, de modo que não se mostra cabível qualquer modalidade de “concessão” do serviço público – não há, afinal, o que ser concedido.⁴⁷⁹

Ainda, a disciplina constitucional e legal específica do SUS inviabiliza a privatização de serviços de saúde. Como já delineado no subcapítulo anterior (3.2.2), a participação complementar da iniciativa privada, nos moldes traçados pela Constituição e pela Lei nº 8.080/1990, impõe que apenas nas hipóteses em que se mostrar inviável a prestação direta por parte do Estado este poderá socorrer-se de agentes privados. Ora, a concessão administrativa denota situação na qual o Poder Público tem a faculdade de prestar diretamente o serviço público objeto da delegação. No caso da saúde, por uma decisão política do constituinte originário e do legislador infraconstitucional, não existe tal discricionariedade: a regra é a prestação direta pelo Estado, que vincula sua atuação. Portanto, os recursos públicos que seriam destinados

⁴⁷⁷ Apesar de juridicamente possível a cobrança direta por serviços de saúde, tal mecanismo de financiamento do sistema de saúde apenas seria possível se houvesse lei que assim o permitisse (conforme disposição do art. 198, § 1º e 195 da Constituição). Com isso, inexistindo legislação que autorize a cobrança direta, a delegação por meio de concessão patrocinada mostra-se desde logo prejudicada. Para uma análise mais detalhada sobre a possibilidade de cobrança pelos serviços de saúde, cf. subcapítulo 3.1.3, acima.

⁴⁷⁸ É o caso, por exemplo, de Fernando Borges Mânica e André Cezar Médici. Cf. MÂNICA, Fernando Borges. **O setor privado...** *Op. Cit.*, p. 239; MEDICI, André Cezar. O Papel das parcerias público-privadas na gestão e no financiamento do setor da saúde. MODESTO, Paulo; CUNHA JÚNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coord.). **Terceiro setor e parcerias na área da saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 70.

⁴⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo...** *Op. Cit.*, p. 672.

à concessão administrativa devem ser empregados nas políticas de saúde pública desempenhadas diretamente pela Administração Pública (estrutura e serviços do SUS), e não em proveito de entes privados.

De qualquer forma, ainda que fosse juridicamente possível, a concessão administrativa mostrar-se-ia absolutamente inadequada para a transferência de serviços de saúde. Isso porque as atividades “principais” (ou atividades “fins”) do sistema de saúde (como os serviços clínicos, os tratamentos ambulatoriais, internações etc.) mostram-se como objeto de difícil mensuração, para fins de formatação de um contrato de concessão administrativa. Este tipo contratual pressupõe acordos de média ou longa duração (são vedados contratos com prazo inferior a cinco anos), bem como valores elevados (nunca inferiores a vinte milhões de reais).

Assim, ao ser delineado o contrato de PPP, deve-se antecipadamente conhecer com clareza os serviços e objetivos que nele estarão consignados, bem como os critérios e padrões que serão utilizados para sua avaliação posterior.⁴⁸⁰ No entanto, tais elementos são dificilmente mensurados quando se trata de serviços de saúde, sobretudo em contratos de longo prazo, em que os fatores de risco da contratação (como as inovações terapêuticas, as demandas cambiantes da população, novas exigências de segurança sanitária) podem mudar significativamente.⁴⁸¹ Assim, além da

⁴⁸⁰ Como aduz Pedro Manuel Alves Pereira da Silva, “existem serviços cujas propriedades se tornam difíceis de precisar, como é o caso dos serviços clínicos, onde o internamento, os cuidados intensivos e o processo de diagnóstico e tratamento são exemplos, como referimos na seção anterior, por apresentarem elevada heterogeneidade, presença de informação assimétrica e incerteza e elevada variabilidade de prática clínica. (...) A dificuldade aumenta quando se junta, a estes elementos, a avaliação da qualidade dos cuidados médicos, pois a definição e avaliação da qualidade do produto, não é directamente observável (...)” SILVA, Pedro Manuel Alves Pereira da. **Fundamentos e modelos nas parcerias público-privadas na saúde: o estudo dos serviços clínicos**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 126.

⁴⁸¹ Pedro Manuel Alves Pereira da Silva aponta que a utilização de parceria público-privada se mostra vantajosa ao interesse público na medida em que é transferido o risco (da prestação do serviço público) para o parceiro privado. Nas palavras do autor, “o risco é o elemento motor da eficiência [do contrato de PPP] e sua transferência deve ser realizada obedecendo ao princípio do parceiro que mais apto está a geri-lo. (...) Nos serviços clínicos, os riscos apresentam-se de difícil mensuração e de difícil gestão, pois são muitos e vagos. Ora, não sendo mensuráveis, dificilmente se conseguem especificar. Dos riscos associados aos serviços clínicos destacam-se: o risco de procura, influenciado pela evolução tecnológica e da ciência médica, bem como pela acção indutiva do médico sobre os cuidados prestados; o risco clínico, que permanece sempre independentemente do parceiro que o assuma; o risco de monitorização do desempenho, o risco do acesso e domínio da informação, com especial importância para a captura dos avanços da prática médica, este último, constituindo a razão de presença do Estado na produção dos serviços clínicos. Todos esses riscos são ampliados com a presença da incerteza da prática clínica.” SILVA, Pedro Manuel Alves Pereira da. **Idem**, p. 127-128.

inviabilidade jurídica, a dificuldade em se delinear o objeto do contrato e os riscos nele envolvidos denota a inadequação técnica das parcerias público-privadas como instrumento de transferência de serviços de saúde. É por este motivo que a experiência estrangeira tem, de forma majoritária, adotado o modelo inglês de parceria, em que permanecem excluídos os serviços clínicos – ou seja, são transferidos para parceiros privados apenas os aspectos ligados à construção ou modernização da infraestrutura hospitalar e os serviços a eles inerentes (as chamadas atividades “meio”).⁴⁸²

Por fim, impende analisar as parcerias que podem ser entabuladas com as organizações sociais e com as organizações da sociedade civil de interesse público. Tanto OS como OSCIP são qualificações jurídicas atribuídas a entes privados sem fins lucrativos que preenchem os requisitos legais⁴⁸³ – que geralmente são enquadradas no chamado “terceiro setor”.⁴⁸⁴ Romeu Felipe Bacellar Filho leciona que esses institutos foram forjados a partir da mentalidade espraiada pelo Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, editado pela Presidência da República em 1995, e buscavam incrementar a participação da sociedade civil, mediante fomento, na prestação de serviços públicos.⁴⁸⁵

Ambas as figuras, portanto, podem receber recursos públicos do Estado, a título de fomento, quando as atividades por elas desenvolvidas tiverem interesse público (como assistência social, educação e saúde), nos termos das respectivas leis. A formalização das parcerias ocorre através de Termo de Parceria (no caso das OSCIP) ou Contrato de Gestão (no caso das OS).⁴⁸⁶ Deve-se destacar, no entanto, que a existência de tais entidades deve ser autônoma, ou seja, independente do Estado,

⁴⁸² SILVA, Pedro Manuel Alves Pereira da. **Idem**, p. 155. Ainda, para uma análise comparativa da utilização das PPPs na Europa, cf. SANTOS, Boaventura de Souza (Director Científico). **Parcerias público-privadas e justiça: uma análise comparada de diferentes experiências**. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 2007.

⁴⁸³ As OS são disciplinadas pela Lei nº 9.637/1998; as OSCIP, pela Lei nº 9.790/1999.

⁴⁸⁴ A classificação tradicional geralmente considera que o primeiro setor corresponderia ao Estado e o segundo setor ao mercado. O chamado “terceiro setor” enquadraria diversas entidades da sociedade civil, caracterizadas basicamente por se destinarem a fins sociais e por não ostentarem caráter lucrativo. Sobre as críticas que podem ser opostas ao termo “terceiro setor”, cf. VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro setor e as parcerias...** *Op. Cit.*, p. 133-137.

⁴⁸⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O regime jurídico das organizações sociais e a sua contratação pelo Poder Público mediante dispensa de licitação. **Interesse público - IP**, Belo Horizonte, ano 11, nº 58, nov./dez. 2009, p. 21.

⁴⁸⁶ Sobre a natureza jurídica dos termos de parceria e dos contratos de gestão, cf. VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública...** *Op. Cit.*, p. 254 e 262.

cabendo a este tão somente o fomento das atividades por elas desempenhadas. Ou seja, a possibilidade de realização de parcerias com o terceiro setor não desonera o Poder Público de seu dever de prestação direta dos serviços de saúde.⁴⁸⁷

Como aponta Emerson Gabardo, a proliferação de parcerias firmadas com OS e OSCIP está atrelada a um ideário neoliberal, que propugna a “crise do Estado de bem-estar social” e, ainda, rotula a Administração Pública burocrática como lenta e ineficiente (por estar atrelada ao regime jurídico-administrativo). Este foi o ambiente das reformas administrativas operadas no Brasil no contexto da década de 1990, e que deram origem àquelas novas figuras de parceria.⁴⁸⁸ O objetivo, portanto, era o de transferir para a sociedade civil a prestação direta de serviços públicos, de modo a torná-la mais “eficiente”, numa tentativa de conformação de uma estrutura administrativa “gerencial”, pautada essencialmente por resultados.⁴⁸⁹ No entanto, as alterações que foram promovidas em tal reforma não modificaram a estrutura de formulação e gestão das políticas sanitárias, de modo que a utilização daquelas figuras pela Administração Pública demanda algumas cautelas.

A partir desta retórica neoliberal, muitos governantes passaram a desvirtuar o ordenamento constitucional, utilizando os mecanismos de parceria com OS e OSCIP como forma de se promover uma verdadeira privatização dos serviços não exclusivos do Estado, entre eles os serviços de saúde. Assim, em muitas ocasiões verifica-se não a formalização de instrumentos de fomento, mas sim uma terceirização indevida de atividades típicas de Estado.⁴⁹⁰ Com isso, viola-se o caráter público da prestação dos

⁴⁸⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O regime jurídico das organizações sociais... *Op. Cit.*, p. 22.

⁴⁸⁸ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**... *Op. Cit.*, p. 143.

⁴⁸⁹ Trata-se da tentativa de se transportar para o ambiente público uma racionalidade que é típica das empresas privadas, o que gera duas consequências prejudiciais em relação à concretização do interesse público: “a despreocupação com as externalidades negativas (afinal, os custos sociais e globais são mais difíceis de serem medidos que os econômicos e específicos); e a despreocupação com a correspondência entre as avaliações e a realidade (ocorre a constante readequação dos critérios de averiguação, pois estes devem tornar-se mais simples e fáceis de serem medidos, em razão da busca pela justificação estatístico-matemática).” GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**,... *Op. Cit.*, p. 60-61.

⁴⁹⁰ Como esclarece Tarso Cabral Violin, “não pode o Poder Público firmar um contrato, convênio ou termo de parceria com entidades do ‘terceiro setor’, seja para repassar atividades-fim, a gestão de todo um aparelho público prestador de serviços públicos sociais, ou mesmo disponibilizar mão-de-obra, sob pena de caracterização de burla ao princípio constitucional do concurso público”. VIOLIN, Tarso Cabral. Estado, ordem social e privatização – as terceirizações ilícitas da Administração Pública por

serviços – trata-se, muitas vezes, de notória fuga do regime jurídico-administrativo, em que recursos públicos são transferidos a entidades privadas, que além de serem escolhidas arbitrariamente pelos gestores, não contratam por licitação, não promovem concursos públicos, dentre outras imposições que pesam sobre a Administração Pública.⁴⁹¹

Neste quadro, a terceirização dos serviços de saúde também é comumente fundamentada em uma suposta “maior eficiência” da iniciativa privada (no caso, OS e OSCIP), ou da “incapacidade” de o Estado fornecer tais serviços de maneira universal. Trata-se em verdade de retórica que deturpa completamente os verdadeiros problemas do SUS. Ora, diante de um cenário em que o sistema nacional de saúde é completamente precarizado, recebendo investimento notoriamente incapaz de fazer frente às demandas mínimas da população, é natural que o direito à saúde dos cidadãos não será adequadamente efetivado. Assim, é cristalino que a mera transferência da execução dos serviços de saúde à iniciativa privada não terá o condão de, como num passe de mágica, solucionar as questões problemáticas que açoitam o setor. Se o próprio Estado promove o sucateamento da estrutura de saúde pública, não será a iniciativa privada que a salvará.

Anote-se, por fim, que o sistema de parceria entre o Poder Público e as Organizações Sociais está sendo questionado no Supremo Tribunal Federal através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF, proposta pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT). Já houve o voto do ministro Carlos Ayres Britto, relator, que deu parcial provimento à ADI, de modo a reconhecer a inconstitucionalidade de qualquer acordo que tenha por objetivo a privatização de serviços sociais: ou seja, a participação da iniciativa privada deverá ser

meio das Organizações Sociais, OSCIPs e demais entidades do “terceiro setor”. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, v. 72, p. 7-14, 2008, p. 13.

⁴⁹¹ O problema não está nos procedimentos exigidos pelo regime jurídico-administrativo, mas sim em sua autonomização e deturpação: precarização das condições de trabalho e falta de qualificação dos servidores públicos, corrupção exacerbada, desvio de finalidade das competências públicas, dentre outros. Sobre o tema, cf. GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa...** *Op. Cit.*, p. 65. A Constituição Federal de 1988 oferece instrumentos que permitem justamente a superação desses problemas que tornam as burocracias ineficientes. Especificamente sobre a necessidade de profissionalização da função pública, cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Profissionalização da função pública: a experiência brasileira. **Revista de Direito Municipal – RDM**, Belo Horizonte, ano 4, nº 7, p. 87-96, jan./mar. 2003.

invariavelmente complementar, jamais podendo configurar substituição do Estado. A inconstitucionalidade está patente, como bem assevera o ministro, no art. 20 da Lei nº 9.637/1998, segundo o qual as organizações sociais poderiam “absorver” atividades desenvolvidas pela Administração Pública – o que conformaria o chamado “Programa Nacional de Publicização”. Em verdade, como aduz o relator, o que o dispositivo legal denomina “publicização” corresponde a uma verdadeira privatização, pois autorizaria a substituição do Poder Público por agentes privados na prestação direta dos serviços de saúde, violando frontalmente a determinação de participação meramente complementar.⁴⁹²

O ministro reiterou, ainda, que embora seja desnecessária a realização de licitação para que o Estado entabule convênios com as OS, impõe-se a necessidade de observância de processo administrativo, de caráter público e objetivo, para a escolha das entidades com as quais serão firmadas as parcerias, com respeito aos princípios do art. 37, *caput* da Constituição Federal – moralidade, publicidade, impessoalidade, legalidade e eficiência.⁴⁹³ O processo deverá demonstrar objetivamente por que a formação da parceria é exigida para a satisfação do interesse público. Ainda, deverá ser motivada a escolha de determinada OS em detrimento de outra que eventualmente possa desempenhar a mesma atividade.

⁴⁹² Como bem define o ministro, pelo Programa Nacional de Publicização “órgãos e entidades públicos são extintos ou desativados e repassados todos os seus bens à gestão das organizações sociais, assim como servidores e recursos orçamentários são igualmente repassados a tais aparelhos ou instituições do setor privado. Fácil notar, então, que se trata mesmo é de um programa de **privatização**. Privatização, cuja inconstitucionalidade, para mim, é manifesta. Conforme concluí acima, a Constituição determina, quanto aos serviços estritamente públicos, que o Estado os preste diretamente, ou, então, sob regime de concessão, permissão ou autorização. Isto por oposição ao regime jurídico das atividades econômicas, área em que o Poder Público deve atuar, em regra, apenas como agente indutor e fiscalizador. (...) Realmente, o problema não está no repasse de verbas públicas a particulares, nem na utilização, por parte do Estado, do regime privado de gestão de pessoas, de compras e contratações. A verdadeira questão é que ele, Estado, pelos arts. 18, 19, 20, 21 e 22 da Lei 9.637/98 (dispositivos que falam em “*absorção*”, por organizações sociais, das atividades desempenhadas por entidades públicas a ser extintas) ficou autorizado a abdicar da prestação de serviços de que, constitucionalmente, não pode se demitir.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923. Voto do Relator Ministro Carlos Ayres Britto.

⁴⁹³ O ministro também destaca que a outorga do título de Organização Social não configura competência discricionária da Administração Pública. Esta deverá obrigatoriamente adotar critérios impessoais e transparentes, mediante procedimento público e objetivo, através do qual qualquer entidade que preencha os requisitos legais poderá se habilitar ao recebimento do título. Sendo observadas as exigências legais da espécie, não caberá ao Poder Público negar-lhe a qualificação sob pretexto de inconveniência ou falta de oportunidade. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923. Voto do Relator Ministro Carlos Ayres Britto.

Da mesma forma, o ministro Carlos Ayres Britto asseverou que a execução dos contratos de gestão estará submetida ao regramento de direito público. Isso significa, de início, ampla possibilidade de controle pelo Ministério Público, Tribunal de Contas e pela própria sociedade (controle social). Por fim, declarou que, em relação aos servidores públicos eventualmente cedidos para desempenharem atividades na OS, será inconstitucional o pagamento de qualquer adicional ou gratificação que não esteja previsto em lei.⁴⁹⁴

Corroborar-se integralmente o posicionamento do ministro Carlos Ayres Britto. No entanto, a questão ainda não está sedimentada no Supremo Tribunal Federal. O ministro Luiz Fux, em voto-vista, manifestou-se favoravelmente a uma concepção gerencial da Administração Pública – que poderia passar a figurar como mero ente regulador dos serviços sociais, a serem prestados “eficientemente” por particulares.⁴⁹⁵ O ministro adota o equivocado discurso de que o suposto “agigantamento” das funções do Estado apontaria para uma tal necessidade de inversão de papéis: Poder Público como regulador e agentes privados como prestadores diretos. Como já afirmado acima, um entendimento deste quilate simplesmente ignora os reais problemas da estrutura de efetivação dos direitos sociais, adotando postura de crença injustificada na capacidade do mercado e do terceiro setor.⁴⁹⁶

Pelo entendimento do ministro, remanesceria ao bel-prazer do administrador a escolha por prestar direta ou indiretamente (através de OS) os serviços sociais.

⁴⁹⁴ O ministro declarou a inconstitucionalidade da expressão “a servidor cedido com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria”, contida no § 2º do art. 14 da Lei nº 9.637/1998. A redação completa do dispositivo é a seguinte: “Não será permitido o pagamento de vantagem pecuniária permanente por organização social a servidor cedido com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria.”

⁴⁹⁵ Assevera o ministro que “Assim, nos dois momentos [de privatização e sucateamento do patrimônio público brasileiro ocorrido durante a década de 1990 e de transferência à iniciativa privada das atividades de execução direta dos serviços públicos], o que resultou foi a vontade preponderante manifestada nos canais democráticos, sem que a Constituição fosse lida como a cristalização de um modelo único e engessado a respeito da intervenção do Estado no domínio econômico e social. E é justamente dessa forma, optando pelo fomento acompanhado de uma regulação intensa, que os serviços públicos sociais ainda continuarão a ser efetivados pelo Estado brasileiro após a vigência da Lei nº 9.637/98 – e como de fato vêm sendo –, através da colaboração *público-privado*.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923. Voto-Vista do Ministro Luiz Fux.

⁴⁹⁶ Para uma análise crítica do papel legitimador do Estado através da participação social e do terceiro setor, cf. GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado...** *Op. Cit.*, p. 164-171.

Contudo, o voto ignora a escolha constitucional por uma participação complementar dos particulares na estrutura pública de prestação daqueles serviços. Ou seja, a Constituição não é silente quanto à relevância da participação direta do Estado, sobretudo nos serviços de saúde. Não há espaço, portanto, para uma ampla liberdade de escolha nesta matéria, como já aludido ao longo deste trabalho.

Por fim, registre-se que o voto-vista ao menos deixou claro que a escolha da OS a firmar parceria com o Poder Público deverá observar procedimento público, impessoal e objetivo. Ainda, os contratos a serem firmados pelas entidades parceiras, com a utilização de recursos públicos, deverão observar procedimento que assegure a impessoalidade e a publicidade, nos termos do regulamento emitido pela própria OS. No mesmo sentido, a contratação de pessoal deverá ser conduzida de maneira pública, objetiva e impessoal.⁴⁹⁷ Após o voto do ministro Fux, o ministro Marco Aurélio pediu vista do processo, de modo que até o presente momento a matéria não foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal.

⁴⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923/DF. Voto-Vista do Ministro Luiz Fux.

CAPÍTULO 4 – CONTROLE JUDICIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E ALTERNATIVAS À JUDICIALIZAÇÃO

Os capítulos anteriores investigaram a estrutura teórico-normativa do direito à saúde e do Sistema Único de Saúde. Imbricada a esses assuntos, tem-se a problemática do controle judicial do direito à saúde: as pretensões dos cidadãos não atendidas pelo Estado frequentemente são convertidas em demandas judiciais, exigindo que o Poder Judiciário enfrente e resolva questões que perpassam inúmeras facetas do direito à saúde – desde pedidos individuais por medicamentos não constantes na lista oficial de remédios do SUS até ações civis públicas que objetivam impor obrigações ao Poder Público (como a construção de leitos hospitalares, aquisições de ambulâncias, etc.). O presente capítulo tem por objetivo analisar os fundamentos teóricos e normativos que têm embasado muitas das decisões judiciais neste tema.

Algumas questões já foram abordadas de maneira tangencial ao longo deste trabalho, de modo que as próximas linhas permitirão conferir maior sistematicidade e rigor conceitual quanto a alguns pontos essenciais relacionados ao direito à saúde e à sua sindicabilidade judicial. Nessa esteira, serão esclarecidos os principais aspectos que diferenciam as demandas que envolvem pretensões individuais daquelas que questionam as próprias políticas sanitárias. Na sequência, o estudo será centrado nos principais modelos teóricos utilizados pelos magistrados para embasar as decisões judiciais atinentes ao tema. Ainda, a problemática dos recursos públicos – e da chamada reserva do possível – será analisada de maneira detida. Em um segundo momento, será traçado um panorama crítico da jurisprudência brasileira sobre o direito à saúde, especialmente aquela que vem se firmando a partir do entendimento expressado pelo Supremo Tribunal Federal. Ao final serão lançadas breves considerações acerca de outras modalidades de controle com significativo potencial para a resolução de conflitos e problemas que tocam o tema.

4.1 Fundamentos teórico-normativos do controle judicial do direito à saúde

4.1.1 Controle judicial das políticas públicas sanitárias (dimensão objetiva do direito à saúde)

É necessário realizar uma diferenciação inicial e de suma importância para a compreensão do controle judicial do direito à saúde: o objeto da demanda refere-se a eventual direito subjetivo do reclamante ou está ligado à própria política pública sanitária? Este esclarecimento, apesar de relativamente simples, é de significativa repercussão no estudo ora realizado. Aliás, a própria possibilidade de intervenção judicial em matéria de políticas públicas é tema controverso, que apenas recentemente passou a fazer parte do debate jurídico,⁴⁹⁸ sendo por vezes objeto de severas críticas doutrinárias.⁴⁹⁹ No entanto, como aponta Clèmerson Merlin Clève, “a Constituição de 1988 prestigiou o Poder Judiciário e, mais do que isso, ofereceu a ele meios para, de modo eficaz, fiscalizar a atuação dos demais Poderes do Estado e dar vazão ao exercício da cidadania.”⁵⁰⁰

⁴⁹⁸ O fenômeno da “judicialização das políticas públicas” é típico do ambiente constitucional brasileiro pós-Constituição Federal de 1988, quando passa a se fortalecer no Brasil, impulsionado por árduo trabalho doutrinário, o chamado neoconstitucionalismo, reconhecendo-se o caráter jurídico-normativo das disposições constitucionais. Assim, suas normas passam a ter caráter vinculante sobre os Poderes constituídos, inclusive no que tange aos direitos fundamentais sociais e à necessidade de adoção de medidas aptas a concretiza-los. O tema foi abordado de maneira mais aprofundada no subcapítulo 2.1.1, acima.

⁴⁹⁹ Como registra Ana Paula de Barcellos, as principais críticas opostas ao controle jurisdicional das políticas públicas podem ser aglutinadas em três grupos: (i) críticas relacionadas à teoria da Constituição; (ii) críticas de matriz filosófica; (iii) críticas operacionais. Nenhuma delas é inconsistente, merecendo ser objeto de profunda reflexão para que a defesa da concretização dos direitos fundamentais pela via jurisdicional não se transforme em discurso meramente retórico. Embora não se possa abordar profundamente cada uma das respostas oponíveis às críticas, vale mencionar as seguintes conclusões da autora: em primeiro lugar, em contextos de subdesenvolvimento econômico e social, como é o caso do Brasil, a judicialização de questões atreladas a direitos básicos dos cidadãos corresponde à necessidade de se forjarem as condições mínimas indispensáveis à construção de um espaço público e dos mecanismos de deliberação democráticas, conforme preconizado pela própria Carta Constitucional. Em todo o caso, a possibilidade de controle judicial das políticas públicas não significa a obrigatória opção por um extremo (controle sempre e em qualquer hipótese). É possível construir soluções intermediárias que sejam adequadas à nossa realidade sócio-jurídica. Para uma análise pormenorizada de cada uma das críticas, cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas... Op. Cit.*, p. 107-116.

⁵⁰⁰ O autor arremata: “Como se vê, o direito brasileiro admite a provocação do Judiciário por meio de instrumentos processuais adequados à tutela de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos. Esses mecanismos são de extrema importância, porque, a um, permitem amplo acesso dos cidadãos à Justiça, e, a dois, permitem decisões judiciais únicas incidentes sobre todo um universo coletivo, o que implica celeridade e economia processuais.” CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Sobre a ação direta de constitucionalidade*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas**

A partir das construções teóricas já apresentadas é possível traçar um quadro mais ou menos preciso das possibilidades e limites da atuação jurisdicional quando diante de demanda atinente ao direito à saúde, seja em seu aspecto subjetivo seja em relação a um programa de ação estatal. É possível, nessa esteira, delinear uma dogmática que seja adequada à concretização judicial dos direitos fundamentais sociais, sem que isso importe na violação do equilíbrio institucional previsto constitucionalmente.⁵⁰¹

Feitas essas breves considerações preliminares, anote-se que o controle judicial de políticas públicas apenas restará configurado quando estiver em causa um programa de ação estatal, elaborado para a consecução de uma finalidade constitucional ou infraconstitucional. Nesses casos, portanto, tem-se o questionamento da estrutura normativa de concretização de um direito, ou seja, as práticas adotadas pelo Poder Público em decorrência da dimensão objetiva do direito fundamental.⁵⁰² Assim, independentemente da projeção imediata na esfera jurídica do cidadão, a política pública poderá ser objeto de reclamação judicial.

Diferentemente ocorre quando determinado cidadão, ou grupo de cidadãos, pleiteia no Poder Judiciário determinada tutela relacionada ao direito à saúde. Pode mesmo haver uma política pública eficiente em curso para a satisfação daquele direito, com a definição de prioridades pertinentes, realização do adequado planejamento e constatação de resultados positivos com as medidas então desempenhadas. Mesmo assim, é possível que algum cidadão não tenha sua demanda atendida por aquela política. Com isso, eventual ação judicial deste sujeito não corresponderia a uma

essenciais: Direito Constitucional. Vol. V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 896-897.

⁵⁰¹ Como aponta José Eduardo Faria, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu direitos e objetivos que denotam a necessidade de uma verdadeira reconstrução do Poder Judiciário. Este não pode olvidar de suas novas responsabilidades para a concretização de uma realidade social justa, consoante o texto constitucional, mas também não pode intervir de maneira a sufocar os demais canais democráticos do país. FARIA, José Eduardo. As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais. In: _____ (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 32.

⁵⁰² Sobre a diferenciação das perspectivas jurídico-objetiva e jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais, cf. subcapítulo 1.1.3, acima.

objeção global da política pública, mas sim ao questionamento de um de seus reflexos na esfera jurídica subjetiva do cidadão.⁵⁰³

Tal diferenciação, ademais, não significa mero esforço sistematizador. Afinal, o controle de políticas públicas e a tutela individual dos direitos fundamentais em geral, e do direito à saúde em especial, guarda sensíveis diferenças. A proteção da esfera jurídica subjetiva do cidadão decorre da constatação de uma relação de débito-crédito individual entre aquele que pleiteia a prestação material de direito fundamental e o Estado, responsável por garanti-la.⁵⁰⁴ Assim, uma discussão judicial em que o particular almeja um tratamento não fornecido pelo SUS questionará se aquela prestação integra seu patrimônio jurídico, considerando a ordem normativa que rege a matéria (inclusive a existência ou não de política pública correlata) e as peculiaridades do caso concreto. O resultado da demanda será pelo reconhecimento ou não do dever do Estado de entregar ao particular a prestação requerida. Reconhecido eventual dever, tem-se uma omissão indevida do Poder Público que deve ser reprimida.

Diferentemente, o controle de políticas públicas opera sob outra perspectiva: não parte mais da discussão sobre a existência de um direito subjetivo, mas sim se determinado programa de ação encontra-se alinhado às finalidades constitucionais que o embasam, bem como se o planejamento que o pressupõe e os mecanismos nele consignados mostram-se aptos à realização daqueles fins. O debate travado judicialmente poderá conduzir à exigência de formulação, à rejeição ou à reprogramação da política pública (que correspondem às situações de inexistência,

⁵⁰³ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas...** *Op. Cit.*, p. 143.

⁵⁰⁴ Não se ignora a existência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como ademais já foi tratado no subcapítulo 1.1.2, acima – por exemplo, no que diz respeito ao dever que recai sobre todos os cidadãos de não prejudicarem direitos fundamentais de seus pares (dimensão negativa, correspondendo a um dever de não agressão). Contudo, quem se encontra juridicamente obrigado a assegurar o respeito, a proteção e a promoção dos direitos fundamentais, inclusive dos direitos sociais, é o próprio Estado, seja através de condutas omissivas, seja através de prestações fáticas ou normativas. Nesse sentido, aduz Jorge Reis Novais que “Em todo o caso, em termos jurídicos, quem se encontra do *outro lado* face ao direito social de um particular, quem é o *obrigado*, é o Estado. É certo que as ideias de solidariedade ou de corresponsabilização social pela realização dos direitos sociais podem, em termos fáticos, atenuar ou eliminar construtivamente a mediação estatal, mas, em termos jurídicos, e mesmo judiciais, a contraparte é o Estado, é face a ele e perante ele que os particulares reivindicam os direitos sociais e é a ele que se impõem primariamente os deveres de realização dos direitos sociais constitucionalmente previstos.” NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 56.

inadequação ou insuficiência da política).⁵⁰⁵ Neste âmbito, o objeto da ação não é a titularidade individual de determinado direito, mas sim a própria estrutura normativa desenhada para a concretização, em termos globais, do direito social cogitado.⁵⁰⁶

Ainda, como trabalhado ao longo do texto, os direitos fundamentais consubstanciam, em verdade, feixes de posições jusfundamentais. Ou seja, um mesmo direito fundamental irradia eficácia de variadas matizes e em diversos níveis, de modo que uma correta compreensão das possibilidades de controle jurisdicional deve levar em conta tal peculiaridade. Em outros termos, a apreciação pelo Poder Judiciário, seja de um direito subjetivo eventualmente violado, seja de uma política pública (inexistente, inadequada ou insuficiente), não se atrela ao direito “como um todo”, mas sim a determinada situação fática, com suas nuances específicas.

Com isso, o controle de política pública deverá partir de algum aspecto específico relacionado ao direito à saúde. E, considerando o tipo de dever estatal que se pretende cumprir com a política (dever de respeito, de proteção ou de promoção do direito), incidirão de maneira diferenciada as reservas a que está sujeito o direito à saúde (reserva imanente de ponderação, reserva do politicamente adequado ou oportuno e reserva do financeiramente possível). Dependendo do dever envolvido e das reservas que lhe são correlatas, delimitam-se as possibilidades de intervenção

⁵⁰⁵ Discorrendo sobre a nota de distinção das modalidades de controle, Vanice Regina Lírio do Valle assevera que “A importância [de se proceder à distinção] é capital: o controle de políticas públicas, se admitido como possível, *exige, repudia* ou *reprograma* um quadro normativo de ação, para a sua adequação em relação às hétero e auto-vinculações que lhe sejam aplicáveis, a partir da constituição e dos elementos formadores da própria política pública controlada.” VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas...** *Op. Cit.*, p. 145.

⁵⁰⁶ Não serão abordados de maneira detida os instrumentos processuais mais adequados para a realização do controle judicial as políticas públicas – tal objetivo demandaria trabalho de fôlego. No entanto, de maneira geral, a ação popular e a ação civil pública são os mecanismos com maiores possibilidades de utilização (seja pelo alargado rol de legitimados, seja pelas variadas possibilidades de objeto que comportam). Ainda, é possível a fiscalização abstrata de constitucionalidade de normas e atos normativos (legislativos ou administrativos) que conformam a estrutura normativa da política pública, nas hipóteses cabíveis para cada espécie (notadamente Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e o Mandado de Injunção). Sobre o tema, cf. HACHEM, Daniel Wunder. **Mandado de injunção...** *Op. Cit.*, p. 63-82; SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas** (Org.): reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006; CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 140 e ss.

judicial.⁵⁰⁷ Ainda, as reservas são ativadas de maneira diferenciada a depender do objeto de controle, uma política pública ou um direito subjetivo. As próximas linhas serão destinadas à problemática das políticas públicas enquanto objeto de apreciação judicial. No subcapítulo seguinte (4.2.2) analisar-se-á de maneira mais pormenorizada a afetação das reservas quando se trata de direito subjetivo questionado perante o Poder Judiciário.

A situação pode ser ilustrada com um exemplo. Recentemente o governo do Estado de São Paulo anunciou que realizará a internação compulsória de usuários de crack. O objetivo da medida seria o de proteger a saúde dos dependentes que não possuem mais capacidade de autocontrole físico e mental. Trata-se, portanto, de medida correlacionada ao dever de proteção da saúde e da integridade física e mental daqueles cidadãos em situação de risco.⁵⁰⁸

Por se tratar de política existente, e considerando demanda judicial que tenha por objeto a declaração da inconstitucionalidade ou da ilegalidade da política, as possibilidades de atuação do Poder Judiciário são mais elásticas. Isso porque a decisão não imporá obrigação de fazer ao Estado – ou seja, o objetivo da ação não envolve a condenação do Poder Público ao fornecimento de prestações materiais custosas ou à adoção de outras medidas protetivas. Isso faz com que deixe de integrar o raciocínio da decisão judicial, no caso, as reservas do financeiramente possível e do politicamente oportuno ou adequado – que apenas estariam presentes se da decisão repercutissem efeitos financeiros aos cofres públicos (reserva do financeiramente possível) ou se ao juiz fosse atribuída a incumbência de decidir sobre a oportunidade e conveniência de outros meios de proteção do direito (reserva do politicamente oportuno ou adequado).

⁵⁰⁷ Como anotado no subcapítulo 1.2.2, acima, as reservas afetam distintamente o direito, a depender de qual dever esteja relacionado com a sua concretização: quando se trata de dever de respeito, incide, basicamente, o dever imaneente de ponderação; quando estiver em causa um dever de proteção ou de promoção, além daquela reserva, poderão afetar o direito a reserva do politicamente adequado ou oportuno e a reserva do financeiramente possível.

⁵⁰⁸ A referida política ampara-se na Lei nº 10.216/2001, que dispõe sobre a proteção e o direito das pessoas portadoras de transtornos mentais, cujo art. 6º, parágrafo único, inciso III admite a possibilidade de internação psiquiátrica compulsória, determinada por decisão judicial e mediante laudo médico circunstanciado que especifique os motivos da medida extrema.

Todavia, permanece com todo o rigor a incidência da reserva imanente de ponderação: todo direito pode, em princípio, ser objeto de restrição legítima, desde que seja necessária como medida de tutela de outro bem ou valor igualmente protegido pelo ordenamento constitucional. No caso em apreço, o meio utilizado para proteger a saúde dos usuários de droga – internação compulsória – configura restrição à liberdade individual daqueles cidadãos. Há, portanto, um conflito entre dois direitos albergados na Constituição Federal, ambos de natureza principiológica. Para a resolução do problema, o magistrado que enfrentar a ação poderá utilizar a técnica da proporcionalidade, com seus três subelementos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.⁵⁰⁹

Para a identificação da adequação, da necessidade e da proporcionalidade da medida constritiva, o juiz responsável poderá utilizar as técnicas tradicionais de instrução processual, notadamente a produção de prova pericial e a oitiva de pessoas integrantes de entidades que já lidam com o problema (no caso do exemplo, de grupos que trabalham com a recuperação de pacientes usuários de drogas). Com isso, é possível que o julgador verifique se a medida utilizada pelo Poder Público: é adequada, ou seja, se é apta para atingir a finalidade pretendida; se não existem outras que poderiam alcançar resultados semelhantes ou melhores com menor nível de restrição da liberdade individual; e, ainda, se os critérios de sua utilização são proporcionais, razoáveis. Entendendo pela desproporcionalidade, a política poderá ser considerada inconstitucional.

Por outro lado, quando se trata de política pública insuficiente – ou seja, apesar de existente o programa de ação estatal, ele apresenta falhas que dificultam ou inviabilizam a consecução de suas finalidades – as possibilidades de intervenção judicial dependerão das insuficiências apontadas. Se a falha da política consistir na ineficiência de execução do programa, nada impedirá que o magistrado obrigue os órgãos estatais responsáveis a adotarem as condutas necessárias à correção do problema.⁵¹⁰ Nesse ponto não há qualquer afetação das reservas de aplicação do

⁵⁰⁹ No próximo tópico (4.1.2), o princípio da proporcionalidade será analisado de maneira mais pormenorizada.

⁵¹⁰ Seria, por exemplo, a hipótese em que os medicamentos constantes na lista do RENAME deixassem de ser distribuídos à população por uma inoperância da Administração Pública em proceder

direito, pois a Administração Pública encontra-se vinculada a dar integral cumprimento às políticas por ela entabuladas.⁵¹¹ Ademais, os conteúdos normativos que decorrem da atuação do Legislador ordinário ou da própria Administração acabam por densificar o direito à saúde, passando a integrar seu conteúdo jusfundamental, conforme defendido no subcapítulo 1.2.1, acima. Tais conteúdos, portanto, gozam do regime jurídico reforçado reconhecido constitucionalmente aos direitos fundamentais, especialmente no que tange à aplicabilidade imediata assegurada pelo art. 5º, § 1º da Constituição.

Se a insuficiência da política consistir na constatação de ineficiência da própria política, ou seja, quando se verificar a premência de adoção, pelo Poder Público, de novas ações, cuja necessidade não havia sido constatada no momento da formulação do quadro normativo, tem-se situação parecida com aquela enfrentada na hipótese de inexistência de política pública.⁵¹² Nessas hipóteses (política pública inexistente ou insuficiente para a demanda pleiteada), as reservas oponíveis ao direito articulam-se de maneira mais intensa, limitando as possibilidades de intervenção do Poder Judiciário. Nas situações em que o magistrado é demandado a intervir de maneira positiva, ou seja, é provocado quanto à insuficiência ou inexistência de política pública, não haverá plena liberdade para a atuação judicial.

Isso porque, embora o julgador tenha competência para concluir quanto à inexistência ou insuficiência da política, ele não poderá substituir-se ao administrador e formular o programa a ser implementado. Esta limitação não decorre apenas da falta de *expertise* do Poder Judiciário para atuar nessas questões,⁵¹³ nem por constituir

à compra dos produtos. Ou quando, apesar de previsto no Plano de Saúde, o Estado deixa de enviar recursos aos Municípios, que deveriam ser utilizados para a construção de hospitais.

⁵¹¹ Trata-se do que Vanice Regina Lírio do Valle denomina de autovinculação normativa: compreendendo a política pública como resultado de um processo democrático, não pode o administrador público arbitrariamente deixar de cumprir as decisões tomadas. Eventual impossibilidade de continuidade da política exigirá forte ônus argumentativo por parte do gestor para justificar a modificação da deliberação anterior. VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas...** *Op. Cit.*, p. 88-89.

⁵¹² Seria o caso, por exemplo, de política pública formulada para o combate de obesidade infantil, mas cujas ações estariam restritas a campanhas de conscientização veiculadas na televisão. Possivelmente as medidas adotadas não se mostrarão suficientes à concretização do fim almejado.

⁵¹³ Como aponta Ana Paula de Barcellos, os juízes frequentemente devem decidir sobre assuntos sobre os quais não possuem domínio completo. Para isso, eles podem encontrar auxílio na atividade dos peritos, que suprem tal lacuna e municiam o magistrado para decidir juridicamente. BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas...* *Op. Cit.*, p. 123.

decisão que possua repercussão financeira⁵¹⁴ – argumentos que devem ser considerados com cautela –, mas principalmente por uma questão de priorização das instâncias que receberam da Constituição o papel de formulação e execução das políticas públicas: o Poder Legislativo e o Poder Executivo.

Assim, diante do leque de opções que poderiam ser adotadas para a consecução de determinada finalidade, a questão estará sujeita à reserva do politicamente oportuno ou adequado, o que significa que descabe ao julgador definir desde logo quais as condutas que deverão obrigatoriamente ser realizadas. Igualmente, a reserva do financeiramente possível afeta as prestações materiais exigidas para a efetivação do direito, de modo que caberá ao administrador e ao legislador, em princípio, proceder à ponderação dos meios a serem utilizados, de modo planejado e articulado com as demais finalidades que devem ser alcançadas pelo Estado.

Isso não desmerece ou diminui a função jurisdicional: as políticas públicas poderão ser discutidas e eventualmente invalidadas pelo Poder Judiciário, mas sua decisão não deverá, em princípio, definir expressamente o teor da política pública a ser empreendida. O papel judicial, nessas hipóteses, deve centrar-se na função de indutor, fomentador dos mecanismos democráticos de deliberação pública. Assim, a decisão do julgador pode constituir uma obrigação de fazer ao administrador público, sempre que constatada a omissão no dever de agir, induzindo-o a adotar mecanismos adequados de formulação da política pública, de modo que a solução para a concretização do direito fundamental seja construída de maneira dialógica. Com isso, espera-se o entabulamento de respostas que permitam alcançar níveis cada vez mais amplos de satisfação do direito à saúde, e não meramente tópicos (sem desmerecer, evidentemente, a necessidade de resolução de situações individuais, como será abordado na sequência do trabalho).⁵¹⁵

⁵¹⁴ O problema da repercussão alocativa das decisões judiciais será abordado no subcapítulo 4.1.3, abaixo.

⁵¹⁵ Essa é a posição defendida por Vanice Regina Lírio do Valle, cujo magistério arremata: “Outra virtude que se pode apontar ao feito que tenha por objeto a exigibilidade jurisdicional de enunciação de uma política pública, é que tal demanda terá por resultado a formalização de um parâmetro que se aplicará, a partir de um signo *universalizante*, a todos os seus virtuais destinatários, resgatando o sentido necessariamente coletivo da ação da Administração, e neutralizando os riscos de uma priorização patológica de cidadãos que tenham acesso, por demandas individuais, ao Judiciário.” VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas...** *Op. Cit.*, p. 150-151.

Ainda, é possível que em situações excepcionais possa o magistrado impor ao administrador o dever de adotar certas medidas emergenciais, até que uma política pública adequadamente desenhada seja implementada. Tal se faz necessário para impedir que a mora da Administração Pública viole direitos constitucionalmente reconhecidos. Assim, por exemplo, em Município que disponha de estrutura absolutamente precária de atendimento à saúde da população, com insuficiente número de unidades de atendimento médico, poderá o juiz, ao reconhecer a insuficiência da política, condenar o Poder Público a contratar serviços médicos privados até que o serviço municipal seja regularizado.⁵¹⁶ Ademais, prestações básicas de saúde, como defendido no trabalho, integram o chamado mínimo existencial, com natureza jurídica de regra (sendo, portanto, imediatamente reclamável, inclusive por ação coletiva, independentemente da existência de política pública).

Para que sejam identificados todos esses matizes do controle judicial da política sanitária, tem-se como verdadeiro “imperativo de instrução”⁵¹⁷ do processo a intimação da instância responsável pela política pública insuficiente ou inexistente, bem como dos responsáveis por sua execução. Tudo para se investigar de maneira mais profunda o quadro normativo já adotado (e possivelmente insuficiente) ou ainda a ser configurado (no caso de política inexistente), valorizando-se uma prática dialógica pautada pelos valores e normas constitucionais. Assim, o processo judicial pode veicular o debate sobre as heterovinculações presentes no caso, ou seja, quais os deveres constitucionais que exigem uma atuação do administrador, bem como quais os limites e as possibilidades da atividade administrativa naquela hipótese.⁵¹⁸

⁵¹⁶ Como aponta Ana Paula de Barcellos, a garantia de um nível minimamente adequado de satisfação de direitos fundamentais é condição indispensável para o próprio funcionamento regular da democracia e dos processos deliberativos democráticos, inclusive no que diz respeito ao controle social das políticas públicas. BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas... Op. Cit.*, p. 108-109.

⁵¹⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas...** *Op. Cit.*, p. 148.

⁵¹⁸ Esse debate é plenamente viável. Como aponta Cláudio Gonçalves Couto, além da *política competitiva*, ou seja, aquela travada no âmbito da institucionalidade estatal, em que os diversos atores participam de um verdadeiro *jogo* que envolve conflitos, alianças, vitórias e derrotas, existe também uma *política constitucional*, que estabelece a estrutura normativa básica do Estado e que reconhece direitos, deveres e objetivos. As políticas públicas são forjadas por estes dois vetores. COUTO, Cláudio Gonçalves. *Política constitucional, política competitiva e políticas públicas*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 97-98. O debate judicial pode colaborar justamente para o acertamento entre os objetivos constitucionalmente reconhecidos e o contexto político-social sob análise.

Este é o panorama geral do controle judicial de políticas públicas, que certamente não tem a pretensão de exaurir todos os detalhes que atingem a matéria. No próximo tópico deste trabalho serão analisados os principais modelos teóricos de delimitação da abrangência da intervenção estatal nos casos de demanda envolvendo direitos subjetivos relativos ao direito à saúde.

4.1.2 Controle judicial da dimensão subjetiva do direito à saúde

Como já anotado no subcapítulo 1.2.3, a estratégia teórico-jurídica mais comumente utilizada pela doutrina e jurisprudência pátria para assegurar a relevância jurídica dos direitos fundamentais sociais, em sua feição positiva, é a teoria do mínimo existencial.⁵¹⁹ Naquela oportunidade já foram abordados os principais aspectos teóricos que tocam o assunto. Ainda, ao longo do trabalho refletiu-se sobre a existência de critérios normativos que permitem identificar de maneira mais precisa o conteúdo do direito à saúde – que frequentemente extrapola significativamente aquele mínimo. Neste momento, assim, verificar-se-á de modo mais específico como tais elementos podem ser utilizados no enfrentamento de hipóteses de violação concreta do direito à saúde.

De início, vale destacar o mesmo alerta feito em relação ao controle das políticas públicas: os limites e as possibilidades de intervenção judicial, quando se tratar de violação de direito subjetivo, dependerão do tipo de lesão perpetrada, ou seja, se decorrente de ação ou omissão (ainda que parcial) do Estado.⁵²⁰ Na primeira hipótese, quando houver uma intervenção ativa dos órgãos estatais, seja para proteger ou promover o direito, é possível que a medida utilizada acabe por invadir

⁵¹⁹ Certamente, nesse âmbito, poderiam ser citados vários modelos que buscam delimitar a esfera de intervenção legítima do Judiciário na concretização de direitos fundamentais. Na literatura nacional e estrangeira o debate é riquíssimo, especialmente em obras destinadas ao tema da jurisdição constitucional. Veja-se, dentre outras, as seguintes obras: ARROYO, Juan Carlos Velasco. **Teoría discursiva del derecho**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000; COMELLA, Víctor Ferreres. **Justicia Constitucional y Democracia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997; DORF, Michael; TRIBE, Lawrence. **Hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007; ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**. São Paulo: Martins Fontes, 2010; SUNSTEIN, Cass R. **A Constituição parcial** (trad. Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli). Belo Horizonte: Del Rey, 2008; MADER, Nicole Pilagallo da Silva. **Jurisdição constitucional na perspectiva da democracia deliberativa**. Curitiba: Juruá, 2011.

⁵²⁰ Para uma análise mais detida sobre o tema da responsabilidade civil do Estado, cf. GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Responsabilidade civil do Estado, faute du service... Op. Cit.*

ilegitimamente uma esfera de autonomia que deveria ser reconhecida ao cidadão. Isso porque, além dos deveres de proteção e promoção, o direito à saúde também impõe ao Poder Público deveres de respeito, que em regra exigem posturas negativas por parte da Administração Pública.

Nesses casos, a situação não é muito distinta em relação ao controle das políticas públicas. É possível, portanto, que o magistrado, utilizando os tradicionais mecanismos jurídicos de interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais, verifique se a medida utilizada pelo Estado restringiu indevidamente a esfera de liberdade do demandante.⁵²¹ Como já citado, a técnica da ponderação, baseada na aplicação do princípio da proporcionalidade, mostra-se bastante adequada para a resolução de impasses dessa ordem.

Embora sua construção não seja absolutamente rigorosa e pacífica na doutrina,⁵²² o referido princípio tem sua estrutura geralmente desdobrada em três subprincípios ou elementos: (a) adequação ou conformidade (ou, ainda, idoneidade), que se refere à viabilidade técnica do meio escolhido, ou seja, se este é apto a atingir a finalidade a que se destina; (b) necessidade, que determina a adoção do meio restritivo menos gravoso ao direito, considerando aqueles igualmente adequados para a finalidade pretendida; (c) proporcionalidade em sentido estrito, que pressupõe uma análise comparativa entre os meios utilizados e os fins almejados (de maneira que o

⁵²¹ Sobre as técnicas de interpretação, importante assinalar a crítica feita por Virgílio Afonso da Silva quanto à tentativa de se desenvolver técnicas de interpretação “exclusivamente” constitucionais. Aduz o autor que, nessa seara, o debate geralmente é dividido entre autores que defendem métodos “arcaicos” e autores que defendem métodos “modernos”: “*Arcaico* é crer que a interpretação da constituição deve ser feita segundo os cânones sistematizados por Savigny ainda na metade do século XIX [interpretação gramatical, lógica, histórica e sistemática]. *Moderno* é condenar os métodos tradicionais e dizer que eles, por terem caráter exclusivamente privatista, não são as ferramentas adequadas para a interpretação da constituição. Ser *moderno* é, em suma, falar em *métodos* e *princípios* de interpretação *exclusivamente* constitucional.” Com isso, os teóricos “modernos” muitas vezes acabam importando doutrinas estrangeiras sem a devida compatibilização com a realidade constitucional brasileiro. Com isso, as técnicas e métodos importados, em regra da Alemanha, acabam tendo pouca utilidade prática na resolução de problemas envolvendo as normas da Constituição. Assim, destaca Silva que mais importante do que a discussão acerca dos métodos de interpretação, é a necessidade de desenvolvimento de uma teoria adequada à realidade política e constitucional brasileira. “Significa, em resumo, que não há mais espaço para o otimismo metodológico, isto é, para a crença de que o resultado da interpretação constitucional depende pura e simplesmente do método utilizado.” SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional e sincretismo metodológico*. In _____ (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 116 e 143.

⁵²² Sobre o debate a respeito das aproximações e diferenças entre o princípio da proporcionalidade e a ideia de razoabilidade, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 400- 402.

meio escolhido seja não apenas adequado e necessário, mas também proporcional em relação à finalidade a que se propõe). É nessa última fase em que ocorre, efetivamente, a ponderação entre os elementos em conflito, ou seja, quando é sopesado o nível de restrição de um direito fundamental com o fim que se busca com tal medida.⁵²³

A aplicação trifásica do princípio da proporcionalidade pode ser ilustrada com uma situação hipotética em que uma mulher grávida de bebê anencéfalo propõe ação judicial, objetivando que o Estado assegure os procedimentos médicos necessários à antecipação terapêutica do parto. No Brasil, o tema foi recentemente pacificado com o julgamento da ADPF nº 54 pelo Supremo Tribunal Federal, que, dando interpretação conforme aos artigos 124, 126 e 128 (incisos I e II) do Código Penal, declarou como inconstitucional qualquer entendimento que subsuma aos dispositivos a hipótese fática de antecipação terapêutica do parto. De qualquer forma, apenas para ilustrar a possibilidade de controle judicial de direito subjetivo à saúde relacionado a um dever de respeito do Estado, e mesmo que a matéria não tivesse este nível de sedimentação jurisprudencial, seria plenamente viável a propositura de ação por mulher grávida objetivando a imposição de uma obrigação de fazer e de não fazer ao Poder Público – no caso, de que fossem disponibilizadas as condições médico-hospitalares necessárias à antecipação do parto, bem como que os agentes estatais se abstivessem de proceder à persecução criminal por aquele fato.

Assim, o magistrado que julgasse uma demanda deste tipo poderia, sem incorrer em qualquer extrapolação de sua competência funcional ou violação das reservas que se impõem sobre o direito, decidir se a medida eventualmente adotada pelo Estado – processar e punir criminalmente as mulheres que promovem a antecipação do parto de fetos anencéfalos – é *proporcional*, ou seja, se é mecanismo adequado, necessário e proporcional em sentido estrito para alcançar a finalidade ínsita

⁵²³ Para uma análise mais detalhada da aplicação do princípio da proporcionalidade, cf. ALEXY, Robert. **La construcción...** *Op. Cit.*, p. 18 e ss.; CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Sociais da Faculdade do Brasil**, p. 29-42, mar./ago. 2002, p. 36-38; SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, nº 798, p. 23-50, abr. 2002, p. 31-37; STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 148-155; BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 167-175.

àquelas normas penais (como proteger a vida da criança, por exemplo). O juiz, portanto, realizaria um juízo de ponderação, confrontando a conduta estatal com outro bem ou valor igualmente protegido pela ordem constitucional (como a saúde física e mental da mulher grávida). Ao cabo do processo ponderativo, a decisão judicial poderia entender pela inconstitucionalidade da medida restritiva utilizada pelo Estado, por intervir indevidamente na esfera de autonomia da mulher grávida, caracterizando assim uma infração ao dever de respeito decorrente do seu direito à saúde.

O quadro é sensivelmente diferente quando se trata de violação a direito subjetivo em razão de conduta omissiva do Poder Público – ou seja, quando este deveria ter agido e não agiu. Nessa hipótese, o problema será definir se aquela ação requerida seria ou não exigível do Estado, vale dizer, se aquela prestação demandada integraria ou não a esfera jurídica particular do requerente. Nessa situação, há que se distinguir de início se a medida reclamada judicialmente é albergada ou não por um programa de ação estatal (se, portanto, existe política pública específica quanto à tutela pedida). Existindo a política, não há qualquer óbice ao deferimento do pedido, haja vista que a Administração Pública se encontra vinculada (processo de autovinculação) aos programas que formula. Assim, a prestação requerida não seria afetada pelas reservas do financeiramente possível e do politicamente adequado ou oportuno, considerando que ela já passou por um processo político de ponderação (quando da formulação da política pública), sendo considerada adequada e necessária à satisfação do direito. Nessa hipótese, é ampla a possibilidade de intervenção judicial, com eventual imposição de obrigação de fazer ao Estado, consistente na entrega daquele bem ou serviço reclamado.

A questão se torna mais delicada quando se está diante de prestação não abarcada por política pública. Para resolver o problema, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram técnicas e construções teóricas que pudessem delimitar o alcance da intervenção judicial legítima. A principal delas, talvez a mais difundida, é a do mínimo existencial.⁵²⁴ Como já analisado no subcapítulo 1.2.3, a noção de mínimo existencial

⁵²⁴ Certamente existem outros modelos, como aquele que recentemente vem sendo desenvolvido pelo Tribunal Constitucional sul africano, a partir da noção de *razoabilidade*, que não se confunde com o já citado princípio da proporcionalidade. De maneira sucinta, por este critério o Tribunal investiga se a proteção deficitária conferida pelo Estado a determinado direito fundamental caracteriza-se como

deve ser tomada como piso mínimo, com natureza de regra, em relação ao conteúdo jusfundamental dos direitos sociais.⁵²⁵ De qualquer forma, como defendido naquela ocasião, especificamente em relação ao direito à saúde a Constituição Federal de 1988 entabulou um regime que atribui ao direito um conteúdo que extrapola em muito a noção de mínimo. Ademais, tal conclusão é fortalecida pela intensa atividade infraconstitucional, promovida pelo legislador e pelo administrador público, de modo que o constructo do mínimo existencial nem sempre mostrar-se-á apto à resolução das questões atinentes à matéria.

Ingo Wolfgang Sarlet aponta para a possibilidade de utilização do princípio da proporcionalidade também como mecanismo de identificação das omissões administrativas inconstitucionais – nesse caso, a aplicação do princípio se daria na perspectiva da chamada “proibição da proteção insuficiente”, a outra faceta da teoria da “proibição do excesso” (no caso de intervenções estatais restritivas). Isso decorreria da chamada “dupla face” do princípio da proporcionalidade, que possuiria aptidão para atuar como critério de legitimidade das medidas estatais restritivas de direitos (no âmbito da proibição do excesso), assim como instrumento de controle das omissões ou intervenções insuficientes do Poder Público para fazer frente aos deveres constitucionais que se lhe impõem.⁵²⁶

No entanto, é procedente a crítica apresentada por Jorge Reis Novais quanto à utilização da técnica da ponderação para a delimitação do conteúdo normativo dos direitos sociais, em sua feição positiva (que exigem ações protetoras e promocionais por parte do Estado). Vale dizer, a conclusão pela inconstitucionalidade de uma

desarrazoada. Para concluir pela razoabilidade ou não da medida, é considerada não apenas a política pública que eventualmente já esteja sendo desempenhada pelo Poder Público, mas também a situação objetiva que a omissão estatal gera nos titulares do direito. Assim a inconstitucionalidade da omissão não é identificada após uma análise ponderativa (através do princípio da proporcionalidade), ou após a identificação de que a prestação social integraria o “mínimo existencial”, mas sim por um crivo de razoabilidade. Sobre o tema, com uma postura mais crítica, cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 210-223. Com uma posição mais otimista em relação ao constructo do Tribunal Constitucional sul-africano, cf. SUNSTEIN, Cass R. **Direitos sociais e econômicos?...** *Op. Cit.*, p. 24-28..

⁵²⁵ Consoante posição defendida por Daniel Wunder Hachem. Cf. HACHEM, Daniel Wunder. **A jusfundamentalidade dos direitos sociais...** *Op. Cit.*

⁵²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 397. Também nesse sentido, cf. BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales** (trad. Carlos Bernal Pulido). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 180-185.

omissão ou pela insuficiência de uma medida concretizadora exige um tipo de reflexão que dificilmente pode ser desenvolvido através da aplicação do princípio da proporcionalidade. A dificuldade reside, em primeiro lugar, na “implausibilidade dogmática de ter de se partir, de *prima facie*, de um direito social a tudo (...) e de se considerar esse direito *prima facie* como estando a ser restringido sempre que tais reivindicações *ainda* não tivessem sido satisfeitas.”⁵²⁷ Com efeito, careceria de força dogmática considerar que os cidadãos teriam direito, a princípio, a qualquer tipo de tratamento – como a realização de cirurgia cardíaca no melhor centro cirúrgico do mundo, incluindo passagens aéreas e acomodações luxuosas, para o paciente e um acompanhante – e que somente em um segundo momento, após o desenvolvimento da ponderação, seria fixado o conteúdo definitivo do direito.

Há outro aspecto que dificulta a aplicação do princípio da proporcionalidade para a definição da existência ou não do direito à prestação material requerida, consistente na natureza substancialmente diversa dos bens que são colocados na “balança” para serem sopesados. Quando se trata de condutas estatais relacionadas a um dever estatal de respeito (em relação ao qual se exige uma postura negativa do Estado), a ponderação exige um procedimento relativamente simples (o que não significa que suas conclusões sejam facilmente obtidas): de um lado tem-se um bem ou direito que não pode ser exercido em sua plenitude e, em outro, tem-se um medida restritiva (adotada justamente para se proteger outro bem ou direito). O trabalho do juiz consistirá em definir qual bem ou direito, diante das peculiaridades do caso concreto, deverá prevalecer na hipótese. É nítida, portanto, a composição dos dois lados da balança, tornando-se viável o sopesamento.

Quando se trata de prestação material relativa a um direito social, a operação se torna muito mais complexa. Isso porque, se em um dos polos está o direito social afetado (ou não realizado em toda a sua plenitude), no outro estará não apenas o peso de vários outros bens ou direitos que eventualmente justificam a omissão (que causa eventual lesão ao direito), mas também as reservas gerais que incidem na hipótese (reserva do financeiramente possível e reserva do politicamente oportuno ou adequado). Ou seja, uma situação como esta não coloca em contraste duas posições

⁵²⁷ NOVAIS, Jorde Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 192.

claras, que sopesadas podem apontar a prevalência de uma delas. Eventual demanda por uma prestação positiva coloca em relevo outras circunstâncias, como a escassez de recursos⁵²⁸ e a questão formal de competência para definição das ações que serão abarcadas pelos programas do Estado. Nota-se, pois, que contrabalança com o direito social, que reclama uma atuação estatal positiva, um conjunto multifacetado e heterogêneo de fatores, que enfraquece as possibilidades de utilização do princípio da proporcionalidade como mecanismo de justificação racional da decisão judicial.⁵²⁹

Ressalte-se, de qualquer maneira, que a dificuldade de utilização da técnica da ponderação nos casos que envolvem prestações materiais relacionadas aos direitos sociais não anula a possibilidade de intervenção jurisdicional. Apenas aponta para a necessidade de que as possibilidades e limites de intervenção não são sempre as mesmas, exigindo-se do magistrado ora posturas de maior autocontenção, ora posturas mais incisivas. Ademais, especificamente em relação ao direito à saúde, a sua conformação constitucional e infraconstitucional fornece elementos que balizam de maneira mais clara as possibilidades de atuação do Poder Judiciário. Nesses casos, o trabalho do magistrado consistirá em identificar se a tutela reclamada está de acordo com os padrões normativos da espécie. O tema será retomado no subcapítulo 4.2.2, oportunidade em que serão analisados os critérios normativos de definição do conteúdo do direito à saúde, bem como será realizada apreciação crítica sobre a jurisprudência pátria no tema.

⁵²⁸ Como aponta Daniel Wei Liang Wang, a jurisprudência dominante no STF até 2007, em matéria de direito à saúde, era uníssona: foram deferidos todos os pedidos pela concessão de medicamentos e tratamentos de saúde. Até então, as decisões realizavam uma ponderação entre o direito à saúde e os interesses financeiros do Estado. Resultado: aquele sempre prevalecia no caso concreto. Tratava-se de contexto em que ainda não haviam sido debatidos com maior profundidade todos os elementos que circundam a problemática, de modo que, embora aparentemente alinhavada com a diretriz de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, o entendimento jurisprudencial não alicerçou fundamentos sólidos para a matéria. Posteriormente os argumentos foram refinados, como se verá nos subcapítulos 4.2.1 e 4.2.2, abaixo. WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010, p. 353.

⁵²⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...** *Op. Cit.*, p. 225.

4.1.3 A relevância jurídica da escassez de recursos financeiros

A problemática dos “custos” dos direitos, ou da relevância das questões financeiras e orçamentárias, tem sido objeto de intensa análise por parte da doutrina. Embora a questão deva ser considerada seriamente, por vezes sua compreensão no âmbito da dogmática dos direitos sociais é equivocada, motivando posicionamentos que chegam a negar ou restringir indevidamente seu caráter jusfundamental (conforme análise realizada no subcapítulo 1.2.2). Assim, é necessário aclarar qual a posição ocupada pela reserva do financeiramente possível na teoria dos direitos sociais, de maneira que não seja utilizada como argumento genérico manejado para se negar a concretização do direito à saúde. Em outras palavras, é preciso refletir sobre a relevância jurídica que possui tal restrição: como e em que medida a escassez de recursos pode ser utilizada como fundamento que afaste a aplicação da norma de direito fundamental num caso concreto?

Lucas S. Grosman, no livro “*Escasez e igualdad: los derechos sociales en la Constitución*”⁵³⁰, busca delinear as situações em que o Estado tem o dever de ofertar uma prestação positiva para efetivar um direito social plasmado pela Constituição – ou seja, quais hipóteses, em termos gerais, obrigam a atuação estatal, independentemente da escassez de recursos. Sua referência é o texto constitucional da Argentina, o que não diminui a fertilidade de sua obra para a análise em ambientes diversos – realizadas as devidas contextualizações, naturalmente.

O referido autor parte de uma premissa: a escassez é um fato que não pode ser negado. Contudo, essa realidade não é suficiente para se determinar que algum direito social tenha sua concretização livremente manipulada pelos órgãos estatais (especialmente Poder Legislativo e Poder Executivo). Assim, Grosman desenvolve um raciocínio que permite balizar a atividade de distribuição de recursos pelo Estado – o que se revela indispensável, notadamente para definir o âmbito legítimo de intervenção judicial nas escolhas alocativas operadas pelo legislador e pelo administrador

⁵³⁰ GROSMAN, Lucas. **Escasez e igualdad: los derechos sociales en la Constitución**. Buenos Aires: Librería, 2008.

público.⁵³¹ Assim, esclarece-se, de antemão, que a reserva do financeiramente possível e do politicamente oportuno ou adequado, embora constituam óbices que podem limitar as possibilidades do julgador, não representam barreira intransponível.

O autor analisa as ações judiciais que versam sobre direitos sociais e que, por conseguinte, têm potencial para gerar decisões de cunho redistributivo. Os casos são agrupados no que Grosman chama de “paradigmas de controle judicial”, que correspondem ao paradigma do abuso, paradigma da inclusão e paradigma da escassez. Cada um deles reclama uma atuação específica dos magistrados.

O paradigma do abuso compreende os casos em que o Poder Judiciário deve reprimir a atuação estatal que importe na violação de direitos individuais.⁵³² São exemplos de casos alocados nesse paradigma: a tortura promovida pelo Estado, a perseguição política, a censura realizada sobre os meios de comunicação, os impostos confiscatórios, etc. Nessas situações a escassez não possui qualquer relevância normativa, vale dizer, o Estado não pode alegar falta de recursos como argumento válido de defesa perante o Poder Judiciário. Igualmente, não é necessário que os juízes considerem em sua decisão a repercussão orçamentária que decorrerá de eventual condenação do Poder Público.

De qualquer forma, ainda que seja possível o Estado alegar que o abuso por ele cometido tenha causa na falta de recursos (por exemplo, se dispusesse de mais recursos poderia preparar e aparelhar melhor a polícia, que assim não torturaria), esta não será uma justificativa válida. Violado o direito subjetivo, a conduta lesiva deverá ser reprimida. Amolda-se a este paradigma a situação debatida na ADPF nº 54, em que o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional qualquer interpretação que entendesse que a antecipação de parto de feto anencéfalo configuraria um dos tipos penais previstos nos artigos 124, 126 e 128 (incisos I e II) do Código Penal. Assim,

⁵³¹ Ademais, mostra-se imperiosa a necessidade de se fortalecerem mecanismos aptos a conferir grau mais elevado de racionalidade à decisão judicial. Isso porque, como aduz Clèmerson Merlin Clève, “A legitimidade da ação jurisdicional repousa, basicamente, sobre a racionalidade e a justiça da decisão. A decisão judicial deve ser racional e, portanto, controlável racionalmente. Por isso que o Juiz deve, na medida do possível, procurar exercer um controle sobre os mecanismos psicológicos orientadores de sua decisão.” CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder Judiciário: autonomia e justiça. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas essenciais: Direito Constitucional**. Vol. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 666.

⁵³² GROSMAN, Lucas. **Idem**, p. 37.

ainda que esta decisão tenha impactos financeiros (como a obrigação de o Estado disponibilizar acompanhamento psicológico e físico às gestantes, bem como realizar os procedimentos cirúrgicos necessários), os agentes estatais deverão cumpri-la, sob pena de se lesar a esfera de autonomia individual da mulher que esteja sob aquela condição. Ainda, realizada a antecipação terapêutica do parto, não poderá haver qualquer espécie de perseguição criminal relacionada a esse fato, pois tal caracterizaria intervenção abusiva.⁵³³

O segundo grupo de casos, agrupados sob o paradigma da inclusão, corresponde às situações em que Estado já tem estruturado determinado órgão ou entidade (estruturas protetoras), dotados de recursos financeiros, que se destinam à realização de algum direito garantido pela Constituição. Nesse paradigma, a atuação judicial tem o fito de evitar que o Poder Público exclua ilegitimamente algum indivíduo do alcance da prestação. São estruturas desse tipo: o sistema judicial, o sistema eleitoral, o sistema de educação, o sistema público de saúde, etc.⁵³⁴

Nas ações judiciais que envolvem estes casos, assim como no paradigma do abuso, não se admite seja invocada a escassez de recursos como justificativa estatal válida para a não prestação da atividade (exclusão de determinado cidadão do âmbito de tutela do direito). Certamente que a quantidade de recursos destinada pelo Estado ao órgão ou entidade será determinante para a sua capacidade de ação. Entretanto, para que o caso seja situado no paradigma da inclusão, o respectivo ente deve dispor de fundos suficientes para proteger os direitos que não foram devidamente tutelados. Havendo estrutura protetora e recursos dotados para a proteção do direito, não poderá o Estado valer-se do fundamento de que lhe faltou reserva financeira para justificar sua inação.

⁵³³ Sobre a necessidade de o Estado fornecer prestações positivas, ainda que tal não tenha sido objeto da ADPF, veja-se o seguinte excerto do Relator, Ministro Marco Aurélio Mello: “Ao Estado não é dado intrometer-se [na decisão a respeito da antecipação terapêutica do parto]. Ao Estado compete apenas se desincumbir do dever de informar e prestar apoio médico e psicológico à paciente, antes e depois da decisão, seja ela qual for, o que se mostra viável, conforme esclareceu a então Ministra da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, Nilcéa Freire.” BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgada em 12/04/2012.

⁵³⁴ GROSMAN, Lucas. **Escasez e igualdad...** *Op. Cit.*, p. 38.

O paradigma da inclusão enquadra, notadamente, os casos em que pessoas ou grupos de pessoas são indevidamente excluídos de alguma estrutura estatal protetora. Mas deve-se ter o cuidado de não reduzir esse paradigma às situações em que a exclusão ocorre por motivos discriminatórios. O paradigma é mais amplo que isso. Vale dizer, não é necessário existir uma finalidade discriminatória na ação estatal para que o caso seja abarcado pelo paradigma da inclusão. Em suma, é estritamente objetivo o critério para a alocação de determinada hipótese sob o paradigma em comento (qual seja, a exclusão de determinado sujeito de uma estrutura protetora estatal, mesmo havendo capacidade para incluí-lo). Dito em outras palavras, não é relevante a presença de qualquer elemento subjetivo (dolo, negligência etc.) na conduta para caracterizar a rotulação.⁵³⁵ Como exemplo, cite-se a situação hipotética em que alguns usuários do SUS, acometidos por determinada doença, estejam sendo tratados com medicamento específico, de acordo com a diretriz terapêutica traçada para o caso. Se o gestor local do Sistema, por equívoco, deixar de adquirir aquele medicamento por acreditar que não havia mais infectados na região, tal conduta poderá ser reprimida judicialmente.⁵³⁶ Da mesma forma, interpretações equivocadas sobre a diretriz de atendimento integral do SUS têm promovido a exclusão indevida de diversos usuários do sistema público de saúde. Isso porque, pelo fato de suas condições clínicas não se amoldarem às diretrizes terapêuticas previstas, não lhe é fornecido tratamento alternativo eficaz. Ambas as situações narradas podem ser incluídas no paradigma da inclusão.

Se, por outro lado, a concessão de determinado benefício social excede a capacidade da estrutura protetora, o referencial analítico deve ser modificado. Assim, supera-se o paradigma da inclusão, adentrando-se no paradigma da escassez. Muitas vezes as ações envolvendo direitos sociais são albergadas por este paradigma, tendo em vista que a concessão de determinada prestação a um indivíduo pode implicar a negação desse mesmo benefício a outro (em razão da escassez de recursos disponíveis). A função dos magistrados, nesses casos, deve ser a de garantir que a

⁵³⁵ GROSMAN, Lucas. *Idem*, p. 39.

⁵³⁶ Ora, estando o agente público vinculado à política pública, em nível de autovinculação, a determinação judicial não significaria qualquer intromissão indevida ou violação à separação dos Poderes.

distribuição de recursos operada pelos governantes não permaneça incompatível com as prescrições da Constituição.⁵³⁷ Esse paradigma compreende as situações em que a prestação material pleiteada não pode ser considerada, de imediato, direito subjetivo dos reclamantes, de modo que eventual decisão judicial obrigaria o Estado ao remanejamento de recursos financeiros para atividades não previstas inicialmente.

O paradigma da escassez situa-se nas hipóteses em que se está diante de bens escassos, ou seja, bens que não podem satisfazer todos os indivíduos que pretendem ter acesso a eles. Desse modo, não se pode dizer, *a priori*, que a não concessão de determinada tutela resulta numa atitude inconstitucional do Estado. Será constatada lesão ao texto constitucional quando a decisão distributiva dos agentes públicos mostrar-se incompatível com ele. O paradigma da escassez, portanto, não é autossuficiente: para resolver os casos sob este rótulo, é necessário recorrer aos valores consignados na própria Constituição.⁵³⁸ São esses valores que dão conteúdo ao paradigma da escassez.⁵³⁹

É justamente a necessidade de se valer de um elemento externo o traço que distingue o paradigma da escassez dos demais paradigmas. Nos paradigmas do abuso e da inclusão não são relevantes as consequências distributivas da decisão, pois existem padrões normativos capazes de demonstrar a existência de direito subjetivo do cidadão. Nessa esteira, simples conduta abusiva ou excludente é determinante para balizar a atuação judicial. Ainda que a decisão nessas hipóteses tenha repercussões financeiras, o Estado deverá garantir as alocações necessárias para assegurar a concretização das prestações materiais já reconhecidas como direitos subjetivos pelo ordenamento jurídico – a intervenção judicial não terá caráter realocativo, apenas determinará as correções necessárias para garantir a oferta daquelas prestações.

⁵³⁷ GROSMAN, Lucas. **Escasez e igualdad...** *Op. Cit.*, p. 40.

⁵³⁸ Ressalte-se que o paradigma da escassez não desobriga o juiz a encontrar na Constituição e na ordem jurídico-positiva o fundamento de sua decisão. Assim, o provimento jurisdicional, para ser justo, deverá estar pautado nos *standards* de justiça presentes no próprio texto constitucional. Como ensina Clèmerson Merlin Clève, “o padrão de Justiça, por evidente que não será encontrado em nenhum referencial arbitrário, aprioristicamente deduzido desta ou daquela concepção filosófica, mas, sim, na própria Constituição, quando se trate de uma Constituição Democrática como a brasileira.” CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder Judiciário: autonomia e justiça... *Op. Cit.*, p. 666.

⁵³⁹ GROSMAN, Lucas **Escasez e igualdad...** *Op. Cit.*, p. 40.

Nos casos sob o paradigma da escassez é necessário definir um critério adicional, fundamentado na própria Constituição, que funcionará como parâmetro a partir do qual se pode definir se a distribuição de recursos realizada pelo Estado foi constitucional.⁵⁴⁰ Lucas Grosman adota a noção de “igualdade estrutural de oportunidades” como critério para se avaliar se a escolha distributiva do governo foi ou não constitucional (o autor fundamenta a escolha desse critério na própria Constituição argentina; não se trata, portanto, de eleição arbitrária, mas devidamente fundamentada). De maneira superficial, por este critério a escolha alocativa feita pelo Estado será constitucional quando contribuir para que a estrutura social seja modificada, permitindo que as pessoas possam disputar em pé de igualdade (ou o mais próximo disso) as oportunidades de satisfação de seus desejos pessoais.⁵⁴¹

Em suma, o desenvolvimento teórico de Lucas Grosman permite balizar a atuação do magistrado, entabulando padrões que identifiquem se a escassez de recursos é juridicamente relevante no caso sob análise. Em outras palavras, o constructo do autor viabiliza com maior clareza delinear as hipóteses em que a reserva do financeiramente possível pode ser ativada. E apenas nas situações sujeitas ao paradigma da escassez aquela restrição pode ser oposta. Vale dizer, nos casos em que o conteúdo da prestação demandada não se encontra delimitada em termos normativos, seja pela Constituição seja pela legislação ordinária, a reserva do possível poder ser relevante para a decisão judicial.⁵⁴² Importa destacar, assim, que a atividade conformadora do legislador infraconstitucional permite, progressivamente, superar a indeterminabilidade do conteúdo dos direitos sociais, restringindo o impacto da restrição de ordem financeira. É o que ocorre especialmente com o direito à saúde,

⁵⁴⁰ Como alerta Grosman, se os tribunais não definem um critério para sua atuação nos casos do paradigma da escassez, desemboca-se em um vácuo de justiciabilidade, quando nem os demais órgãos judiciais nem os administradores têm ciência dos limites alcançados pelo respectivo direito social. Nesse contexto, segundo o doutrinador, o Poder Judiciário acaba por adotar, ainda que implicitamente, o critério da “ordem de chegada”, quando o acesso ao direito assegurado pela Constituição depende da habilidade de cada indivíduo de chegar aos tribunais em tempo oportuno. GROSMAN, Lucas. **Idem**, p. 63.

⁵⁴¹ Para uma análise aprofundada, cf. GROSMAN, Lucas. **Idem**, p. 65-94.

⁵⁴² Nesse sentido, Jorge Reis Novais aponta que “(...) progressivamente, essa indeterminabilidade de conteúdo dos direitos sociais é superada através da actividade conformadora e densificadora levada a cabo pelo próprio legislador ordinário. Ora, quando e à medida em que essa superação da indeterminabilidade se verifica, reduz-se correspondentemente a força de impacto da reserva do possível (...)” NOVAIS, Jorge Reis. **Direito sociais... Op. Cit.**, p. 282.

cuja densidade normativa oferece padrões satisfatórios para a definição, no caso concreto, da pertinência ou não da prestação reclamada judicialmente, diminuindo consideravelmente o espectro de incidência da reserva do financeiramente possível. Este tema continuará sendo debatido no próximo subcapítulo, com a análise da jurisprudência sobre o tema que vem se firmando no Brasil.

4.2 Panorama da jurisprudência brasileira e outros mecanismos de controle

4.2.1 A Audiência Pública da Saúde e a posição delineada pelo Supremo Tribunal Federal

Os desenvolvimentos teóricos trabalhados acima (subcapítulo 4.1) fornecem importantes ferramentas para se analisar como a jurisprudência brasileira tem abordado as questões objeto deste trabalho. Com efeito, proliferam, no Poder Judiciário, ações cujos autores pleiteiam variadas prestações relacionadas ao direito à saúde.⁵⁴³ Esse fato decorre não só da dificuldade em se delimitar os limites do conteúdo desse direito, como também da atuação por vezes ineficiente do Poder Público (seja com a destinação de recursos insuficientes para as políticas sanitárias, seja com a má gestão da saúde pública).

O problema da saúde, assim, muitas vezes é colocado perante o gabinete de juízes. A tramitação processual frequentemente alcança o Supremo Tribunal Federal, colocando-se a resolução dessa intrincada problemática sob a batuta de seus ministros. Diante da significativa quantidade de ações, e da complexidade que as envolvia, o então presidente do STF, ministro Gilmar Ferreira Mendes, convocou uma audiência pública, que ocorreu nas datas 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Nos seis dias de debates, foram ouvidas mais de cinquenta pessoas, desde usuários do Sistema

⁵⁴³ De início, impende destacar que este trabalho não tem como objetivo discutir sobre a conveniência ou não da atividade de controle judicial das políticas sanitárias. Ou seja, não se pretende elaborar juízo de valor sobre a “judicialização” do direito à saúde, mas sim refletir sobre os parâmetros teórico-normativos para definir se a prestação pleiteada pelo cidadão configura ou não direito subjetivo oponível ao Estado. Outros textos, no entanto, abordam as possíveis vantagens e as desvantagens de se debater judicialmente tais questões. Cf. MÂNICA, Fernando. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, nº 18, p. 169-186, 2007; LIMBERGER, Têmis. O dogma da discricionariedade administrativa: a tensão instaurada entre os Poderes Judiciário e Executivo devido às políticas públicas de saúde no Brasil. **Interesse Público – IP**, nº 57, p. 77-98, 2009.

Único de Saúde (SUS), passando por médicos, técnicos de saúde, gestores do SUS, até advogados, promotores de justiça, defensores públicos, magistrados e professores.

As ações relacionadas ao direito à saúde envolvem as mais diversas facetas que pode assumir esse direito, como a concessão de medicamentos, de próteses e de tratamentos, a construção de leitos hospitalares e de unidades de tratamento intensivo (UTIs), a realização de obras de saneamento básico, etc. A audiência pública deveria prestar-se a fornecer subsídios que viabilizassem ao Poder Judiciário definir “se, como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial”⁵⁴⁴.

Nesse contexto, consignou o ministro Gilmar Mendes que o posicionamento definido pelo Supremo Tribunal Federal, levando em conta as informações colhidas por ocasião da audiência pública, teria o condão de erigir critérios mais bem definidos que orientariam as futuras atuações do Poder Judiciário quando estivesse em pauta alguma prestação envolvendo o direito à saúde. Com efeito, o ministro Gilmar Mendes lavrou voto em que foram delineados os diversos nuances da questão, sedimentando-se critérios para a concessão judicial da tutela. Esse voto tem sido utilizado corriqueiramente pelo ministro para fundamentar seus posicionamentos, nos processos de sua relatoria.⁵⁴⁵ Ainda, diversos ministros exaltaram o entendimento ali firmado, reputando-o como decisão de referência para os demais casos ligados ao direito à saúde e às políticas sanitárias.⁵⁴⁶ Assim, dada sua relevância para a fixação da jurisprudência brasileira, na sequência o referido voto será analisado sob dois aspectos principais: a delimitação realizada acerca do direito à saúde e os critérios estabelecidos para a concessão da prestação jurisdicional.

O ministro Gilmar Mendes realiza minucioso estudo do art. 196 da Constituição, dividindo-o analiticamente em 6 elementos: (i) a saúde representa direito de todos; (ii) dever do Estado; (iii) garantido mediante políticas sociais e econômicas;

⁵⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47, Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010.

⁵⁴⁵ Cite-se, como exemplo, além do voto proferido no Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47, os votos proferidos no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 (julgado em 17/03/2010) e Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 3724, julgado em 17/03/2010.

⁵⁴⁶ Nesse sentido manifestaram-se os ministros Marco Aurélio Mello, Eros Grau, Carlos Ayres Britto e Celso de Mello, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47.

(iv) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos; (v) regido pelo princípio do acesso universal e igualitário; (vi) às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

O primeiro elemento (“direito de todos”), segundo o ministro, reforça a ideia de que o direito à saúde consignado na Constituição não se resume a mera norma programática – considerá-lo como tal implicaria a abolição de seu conteúdo normativo. Citando o ministro Celso de Mello, o ministro Gilmar Mendes registra que “a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconstitucional”. Assentado o caráter normativo da norma, prossegue o ministro afirmando que o direito à saúde congrega uma dimensão individual (a saúde de cada pessoa não pode ser desassistida pelo Estado) e uma dimensão coletiva (a generalidade das pessoas deve ter acesso às políticas sociais e econômicas de efetivação do direito à saúde).

Diante dessas considerações, o ministro define que não há um direito subjetivo absoluto a qualquer prestação jurisdicional, mas sim um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde. Nesse sentido, a tutela judicial seria condicionada, *prima facie*, ao não comprometimento do Sistema Único de Saúde como um todo (ou seja, o direito subjetivo individual esbarra no momento em que sua satisfação puder causar transtorno à satisfação do direito à saúde dos demais membros da comunidade).

O segundo elemento (“dever do Estado”) explicita que o Estado, em todos os níveis da federação (União, Estados, Distrito Federal e municípios), está obrigado a promover as políticas públicas necessárias à concretização do direito à saúde. O art. 23, inciso II da Constituição estabelece competência comum dos entes da federação para zelar pela saúde. Disso decorre que há responsabilidade solidária entre todos os entes, que poderão figurar no polo passivo das ações em que forem pleiteadas prestações de saúde negadas ou não ofertadas pelo SUS. Igualmente, os recursos que financiarão as ações e serviços de saúde deverão ser provenientes dos orçamentos de todos os entes federativos, além do orçamento da seguridade social e de outras fontes (art. 195 da Constituição).

O terceiro elemento (“garantido mediante políticas sociais e econômicas”) ressalta que a concretização do direito à saúde engendra escolhas alocativas, o que deve ser realizado mediante a formulação de políticas públicas. Tais políticas, além de realizarem a distribuição de recursos escassos, permitem o constante repensar das ações e serviços de saúde, tendo em vista a evolução da medicina e os novos desafios que se colocam perante o gestor de saúde (como o aparecimento de novas moléstias, o desaparecimento de outras etc.).

O quarto elemento (“políticas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos”) indica a necessidade de serem adotadas atividades preventivas como medidas integrantes da política sanitária. O art. 198, inciso II da Constituição inclusive alça as medidas preventivas ao patamar prioritário de ação do Estado.

O quinto elemento (“políticas que visem ao acesso universal e igualitário”) impõe ao Poder Público que as políticas públicas de saúde sejam formuladas de modo a alcançar a população como um todo. Ainda, a disposição constitucional é reforçada pelo o art. 7º, inciso IV da Lei nº 8.080/1990, segundo o qual deverá ser garantida a “igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie”.

O sexto elemento (“ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde”), segundo o Ministro, é central para a compreensão da efetividade do direito à saúde no Brasil. Isso porque, ressalta, grande parte das ações e serviços necessários à adequada satisfação das necessidades sanitárias da população já se encontra prevista em políticas públicas. O problema, portanto, estaria no âmbito na inexecução das políticas pelos entes federativos, e não na inexistência de políticas públicas.

Com isso, conclui o ministro que a falta de eficácia social do direito à saúde, no Brasil, não é consequência absoluta de lacuna normativa. Pelo contrário, a Constituição Federal, bem como leis ordinárias (em especial a Lei nº 8.080/1990 e a Lei nº 8.142/1990), garante uma base jurídica suficiente para a concretização do direito à saúde. A inoperância dos gestores (federais, estaduais ou municipais) é o principal motivo da não efetivação desse direito, o que tem abarrotado o Poder Judiciário com demandas sobre a questão. A partir dessa análise inicial, o relator da Suspensão de Liminar nº 47 baliza os critérios que devem orientar os magistrados na

solução dos casos que envolvem prestações ligadas ao direito à saúde. Deve-se frisar que o ministro estabeleceu tais parâmetros municiado com as informações obtidas na audiência pública realizada, fato destacado pelo membro da Corte Suprema.

Em primeiro lugar, as demandas de saúde foram repartidas em dois grandes grupos a partir do seguinte critério: existência ou não de política pública que envolva a prestação requerida. Caso exista a política pública, a solução apontada é simples: a Administração Pública omissa deverá ser obrigada a fornecer a prestação, tendo em vista que a existência de política pública confere um direito subjetivo ao indivíduo. Em caso de omissão administrativa injustificada, portanto, a determinação judicial de concessão da tutela não significa, de modo algum, interferência do Poder Judiciário em esfera alheia à sua competência.⁵⁴⁷

O segundo grupo de casos (aqueles não abarcados por políticas públicas) exige um refinamento maior dos critérios a serem adotados. Tais demandas são subdivididas, pelo ministro, de acordo com a causa da não prestação da tutela pleiteada. São identificadas duas causas principais: (i) decisão administrativa motivada; (ii) existência de vedação legal.

Quando se tratar de negativa de prestação devido a decisão administrativa motivada, dever-se-á atentar para a justificativa apresentada pelo administrador público. São basicamente duas hipóteses: a) a não concessão devido à existência de tratamento alternativo ofertado pelo SUS, comprovadamente eficiente para aquele tipo de caso; b) a não concessão pelo fato de o SUS não dispor de tratamento específico para o caso.

Na hipótese aventada em “a” (existência de tratamento alternativo eficaz), o Poder Judiciário deve orientar-se, em regra, a não conceder prestação diversa àquela oferecida pelo Sistema Único de Saúde. Isso porque a adoção de determinado tratamento médico ou medicamento pelo SUS é sinal de que ele já foi devidamente referendado pela comunidade científica, ou seja, ele mostra-se mais seguro em termos de saúde pública. Por outro lado, o SUS opta, dentre os medicamentos ou tratamentos eficazes, aquele que apresenta a melhor relação custo/benefício. Isso decorre da

⁵⁴⁷ Esse é o que o professor Luís Roberto Barroso chama de “espaço inequívoco de atuação judicial”, ou seja, não há qualquer controvérsia quanto à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nessa esfera. Cf. BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade... *Op. Cit.*, p. 895.

necessidade de o Poder Público racionalizar a distribuição dos recursos existentes, viabilizando o fornecimento da prestação a um número maior de cidadãos.

Na segunda hipótese (SUS não dispõe de tratamento eficaz para determinado caso), dever-se-á verificar se o tratamento requerido é experimental (de eficácia ainda não comprovada cientificamente) ou se é tratamento novo, ainda não avaliado pelo SUS. Se o tratamento pleiteado pelo paciente for experimental, o Poder Judiciário não deverá conceder a tutela. Isso porque, se o sujeito deseja se submeter a tratamentos cuja eficácia ainda não tenha sido reconhecida, ele deverá inscrever-se no respectivo projeto de pesquisa médica, não sendo razoável exigir que o Estado o custeie ou forneça.

Diversamente, quando se tratar de situação em que existe tratamento cuja eficácia tenha sido chancelada pela comunidade científica, mas que ainda não tenha sido recepcionado pelo SUS, poderá ser concedida a tutela judicial. A evolução do saber médico caminha em ritmo mais acelerado que as burocracias estatais, de modo que não se pode admitir que um obstáculo burocrático represente limitação ao direito à saúde. Vários gestores públicos, de própria iniciativa, reconhecem isto e concedem determinado tratamento, ainda que o SUS não tenha realizado sua avaliação formal.

Consigne-se que o SUS baseia sua atuação na chamada “medicina com base em evidências”, havendo todo um regramento legal para que determinado tratamento ou remédio passe a integrar os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas. Assim, muitas vezes o tratamento/medicamento leva um tempo considerável até ser devidamente aprovado e recepcionado pelo Sistema Único de Saúde. Através da atuação jurisdicional é possível minimizar as barreiras impostas pela burocracia.

Finalmente, há situações em que existe vedação legal ao fornecimento da prestação. Trata-se, sobretudo, da hipótese descrita pelo art. 12 da Lei nº 6.360/1976, que dispõe sobre os procedimentos de vigilância sanitária a que se sujeitam medicamentos, drogas e insumos farmacêuticos. De acordo com tal dispositivo, “nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde”.

Ou seja, os produtos que não tenham sido devidamente registrados na ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) não podem ser fornecidos à população pela Administração Pública. Esta é uma medida imprescindível à proteção da saúde pública, haja vista que o registro só é concedido depois de verificada a eficácia do medicamento. Ainda, a ANVISA também realiza a regulação econômica dos fármacos, de modo que o novo produto somente poderá ser comercializado se seu preço estiver no mesmo padrão daqueles que promovem benefícios semelhantes.

Disso se compreende que o registro na ANVISA representa requisito necessário à aferição da segurança e do benefício do medicamento. Mas essa regra não é absoluta. É possível que, em razão da demora na tramitação do pedido de registro, algum cidadão seja ser privado do tratamento sob análise. Assim, em casos excepcionais, poderá ser relativizada a vedação, concedendo-se a prestação ainda que o medicamento não tenha obtido registro. Mas, reforça o ministro, esta deve ser medida de exceção, com forte instrução probatória demonstrando sua adequação à situação clínica do paciente, bem como a inexistência de tratamento alternativo ofertado pelo SUS ou devidamente registrado pela ANVISA.

4.2.2 Análise crítica do entendimento do Supremo Tribunal Federal e sua repercussão na jurisprudência brasileira

As recentes decisões do Supremo Tribunal Federal representam importante avanço no debate sobre o tema. Por sua possível repercussão na jurisprudência brasileira, merece ser objeto de uma reflexão mais aprofundada, analisando-se mais detidamente os pontos que configuram melhoria no enfrentamento da matéria e aqueles que ainda reclamam um aprimoramento por parte dos julgadores e da doutrina.⁵⁴⁸ A análise a seguir será realizada em duas frentes: quanto à repercussão daquelas decisões no âmbito do controle judicial de políticas públicas de saúde (ou seja, quando estiver em causa o próprio programa de agir estatal), e quanto à dimensão

⁵⁴⁸ Uma análise doutrinária do entendimento que vem sendo firmado no Supremo Tribunal Federal nessa matéria também pode ser conferida em: MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Reflexões sobre o controle das políticas... *Op. Cit.*, p 228-231; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. O direito fundamental à saúde segundo o Supremo Tribunal Federal. In: SARLET, Ingo Wolfgang; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 636 e ss.

subjetiva do direito à saúde (quando é questionada judicialmente a existência de direito subjetivo a determinada prestação material de saúde).

De início, registre-se que a argumentação esposada pelo Ministro Gilmar Mendes explicita a obrigação estatal de formular políticas públicas aptas a concretizar o direito fundamental à saúde. Ainda, o posicionamento do STF mostra-se adequado ao reconhecer a existência de direito subjetivo público à prestação quando esta for prevista por política estatal – bem como que a execução adequada da política mostra-se imprescindível para que o Estado cumpra com os deveres constitucionalmente determinados. Com isso, reforça-se a autovinculação que as políticas públicas exercem sobre a Administração Pública. Os programas de ação estatal não mais configuram mera promessa inconsequente – uma vez formulados em sintonia com as disposições constitucionais, obrigam o gestor a executá-los. Assim, a imposição de obrigação de fazer nesses casos, em que existente a política pública, não configura qualquer interferência indevida do Poder Judiciário em outros Poderes, pois o julgador apenas estará determinando que o administrador público retome (ou re programe) as ações necessárias à concretização das normas da Constituição.

Nessa esteira a decisão contribuiu para reforçar que o tema não pode ser resumido à possibilidade de concessão de prestações individuais, quando o debate rotineiramente desemboca na possibilidade de concessão de medicamentos ou tratamentos médicos a pessoas específicas. Vale dizer, a intervenção jurisdicional também pode ocorrer quando estiver em debate o âmbito coletivo do direito à saúde, observando-se naturalmente as possibilidades e limitações relativas a cada uma das situações concretas (notadamente quanto à existência, inexistência ou insuficiência de uma política pública).⁵⁴⁹ No entanto, os Ministros não aprofundaram o debate quanto

⁵⁴⁹ Registre-se que a inovação refere-se especialmente à intervenção judicial em ações que objetivam a condenação do Poder Público ao fornecimento de prestação material relacionada ao direito à saúde (dimensão positiva dos deveres de promoção e proteção daquele direito). Não há grande controvérsia quanto à possibilidade de decisão judicial que restrinja o âmbito de liberdade do cidadão como medida de proteção do direito à saúde ou que imponha obrigações negativas ao Estado (reconhecimento de um dever de respeito). Isso porque, como já abordado acima (subcapítulo 4.1.2), nesses casos a esfera de liberdade individual é mais adequadamente identificada mediante os mecanismos tradicionais de interpretação jurídica, especialmente a aplicação do princípio da proporcionalidade. Como exemplos, veja-se a já citada ADPF nº 54 (que impôs obrigações de abstenção ao Estado, reconhecendo como integrante do direito à saúde das gestantes de fetos anencéfalos a possibilidade de antecipação terapêutica do parto), e a ADPF nº 101, que restringiu a liberdade de comércio ao proibir a importação

aos critérios balizadores da intervenção judicial no caso de controle da própria política – posição que se repercute nas instâncias inferiores do Poder Judiciário, em que não há parâmetros uniformes definidores do âmbito de intervenção judicial legítima.

De qualquer forma, as linhas gerais do entendimento esposado pelo Ministro Gilmar Mendes têm se consolidado não apenas no próprio STF⁵⁵⁰ como também no Superior Tribunal de Justiça (STJ), embora a jurisprudência dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais ainda oscile significativamente. Como exemplo, veja-se a decisão do STJ no Recurso Especial nº 1068731/RS.⁵⁵¹ Tratava-se, na origem, de ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul que pedia a imposição, àquele Estado, de obrigação de fazer consistente na disponibilização de número de leitos hospitalares suficiente para suprir a carência da população local (Cachoeirinha, localizada no Vale do Gravataí). Destacou o órgão ministerial que a região possui apenas um hospital, que dispõe, ao todo, de 65 leitos (16 leitos de internação clínica, 27 leitos de internação pediátrica, 06 leitos de internação cirúrgica, 10 leitos de UTI neonatal e 6 leitos de cuidados intermediários em neonatologia). A petição inicial ainda demonstrou que, a partir dos critérios utilizados pelo próprio SUS, aquela municipalidade, com aproximadamente 110 mil habitantes, demandaria a oferta de 227 leitos.

de pneus usados como mecanismo de proteção da saúde e do meio ambiente. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101, Relatora Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2009.

⁵⁵⁰ Como se verifica da leitura da ementa da seguinte decisão: “EMENTA: Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público. Ação civil pública. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. Esta Corte já firmou a orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo, de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde. 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. Agravo regimental não provido.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 809018, Relator Ministro José Antonio Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 25/09/2012.

⁵⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1068731/RS, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/02/2011.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,⁵⁵² ao julgar a ação, decidiu que, embora o direito à saúde seja assegurado constitucionalmente a todos os cidadãos, caberia exclusivamente à Administração Pública a identificação da conveniência e oportunidade de se adotarem as medidas necessárias à sua concretização. Uma decisão judicial nesta seara caracterizaria violação ao princípio da separação dos Poderes. O Superior Tribunal de Justiça, de maneira correta, reformou tal entendimento. Aduziu a Corte que, realmente, a intervenção judicial no âmbito de formulação e execução de programas sociais ou econômicos não deve ocorrer de maneira descriteriosa. No entanto, quando se verifica violação a deveres constitucionalmente impostos ao Estado, torna-se admissível a realização do controle. No caso, os Ministros entenderam que houve violação ao § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.080/1990, que impõe ao Estado o dever de formular políticas públicas voltadas à satisfação do direito à saúde.

Apesar de acertada em seu resultado, faltou à decisão uma análise mais criteriosa quanto ao conteúdo do direito fundamental à saúde. Isso porque, apesar de tal norma jusfundamental efetivamente impor deveres ao Estado, os estritos limites de sua realização estariam sujeitos a uma reserva do politicamente oportuno ou adequado – com exceção, como já relatado, dos conteúdos abarcados pela noção de mínimo existencial. Na hipótese analisada, embora se possa defender que a construção de número satisfatório de leitos hospitalares compusesse aquele *mínimo*, seria dogmaticamente mais consistente abordar a própria normatização administrativa do Sistema Único de Saúde. Com efeito, nota-se que diversas Portarias expedidas pelo Ministério da Saúde disciplinam, em linhas gerais, a quantidade de leitos hospitalares (clínicos, pediátricos, de UTI etc.) que deve ser disponibilizada à comunidade, considerada proporcionalmente à população que será atendida.⁵⁵³

Assim, verificando-se que a localidade encontrava-se em padrão estrutural inferior àquele preconizado pela própria política do SUS, a imposição de obrigação de fazer ao gestor não caracterizaria qualquer invasão em sua esfera de competência, vez

⁵⁵² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70018769539, Relator Desembargador Carlos Eduardo Zietlow Duro, Vigésima Segunda Câmara Cível, julgado em 12/04/2007.

⁵⁵³ Como exemplo, cite-se a Portaria nº 1.101, do Ministério da Saúde, de 12 de junho de 2002, que estabelece parâmetros sobre a quantidade de leitos hospitalares, por especialidade, necessária para atender cada grupo de 1.000 habitantes.

que ele se encontra vinculado às políticas públicas editadas pelo Poder Público. Nessa esteira, não há que se falar em discricionariedade administrativa do gestor, já que o juízo de conveniência e oportunidade da medida já foi devidamente realizado no processo de formulação da política. Igualmente, a escassez de recursos não seria relevante normativamente, porquanto o magistrado apenas corrigiria uma distorção alocativa decorrente de escolhas administrativas equivocadas. De acordo com a construção teórica de Lucas Grosman, o caso se enquadraria no chamado paradigma da inclusão, pois a omissão administrativa acaba por gerar tratamentos indevidamente diferenciados dentro Sistema Único de Saúde, com a exclusão de significativo contingente de usuários.⁵⁵⁴

Ainda, poderia ser questionada a legitimidade passiva do Estado do Rio Grande do Sul para responder àquela demanda. A jurisprudência, inclusive no Supremo Tribunal Federal, é firme no sentido de que existe solidariedade entre todos os entes federativos quanto às obrigações decorrentes do direito à saúde, por se tratar de competência material comum a todos eles (artigo 23, inciso II da Constituição). Embora tal entendimento possa ser aceito quando a ação envolver medida de urgência (ou seja, é possível a concessão da medida em desfavor do ente demandado), nada obsta que o julgador chame ao processo o ente legal ou administrativamente incumbido da prestação pleiteada. Isso porque a própria Lei nº 8.080/1990 estabelece as regras gerais de divisão de competências em relação a cada um dos níveis de direção do SUS. Ademais, as Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite⁵⁵⁵ são foros incumbidos justamente da pactuação federativa das prestações a serem fornecidas pelo sistema nacional de saúde. Assim, sendo possível delimitar a esfera de competência de cada ente da Federação, mostra-se descabido o entendimento genérico de que as obrigações relativas ao direito à saúde são de natureza solidária.

⁵⁵⁴ De acordo com Grosman, “Isto [a determinação judicial de fornecimento de prestação material] dependerá de decisões dos poderes políticos quanto à criação de uma estrutura protetora que abarque a necessidade em questão. Se isso foi feito, a justiciabilidade dos direitos sociais afetados se canalizará através do paradigma da inclusão”. Tradução livre do original: “Esto dependerá de que los poderes políticos hayan decidido crear una estructura protectora que cubra la necesidad en cuestión. Si lo han hecho, la justiciabilidad de los derechos sociales afectados se canalizará a través del paradigma de la inclusión.” GROSMAN, Lucas S. **Escasez e igualdad...** *Op. cit.*, p. 108.

⁵⁵⁵ Sobre a estrutura federativa de gestão das políticas públicas sanitárias, cf. o subcapítulo 2.2.2, acima.

Nota-se, por derradeiro, que a condenação do Estado na ação ora analisada restringe-se a identificar a existência de um direito, de natureza objetiva, bem como um correspondente dever de concretização. No entanto, a atuação jurisdicional não esgotou plenamente todos os aspectos da prestação a ser implementada – e nem poderia. O controle judicial tão somente impôs uma obrigação de fazer ao Poder Público (consistente no dever de estruturação de leitos hospitalares), restando sob apreciação do administrador público os demais aspectos a ela relacionados (local da construção, forma de obtenção dos recursos, formalização de parcerias com outros entes federativos, etc.).

É bem verdade que, na hipótese, a obrigação de fazer imposta ao gestor público reduziu significativamente sua margem de discricionariedade, mas não a eliminou. Em outras situações seria possível que a reserva do politicamente oportuno ou adequado afetasse mais incisivamente o direito. É o caso, por exemplo, de hipotética ação civil pública que tenha por objetivo compelir a Administração Pública a adotar medidas de combate ao mosquito vetor do vírus causador da dengue (prestação correlata a um dever de proteção do Estado). Em eventual surto da doença, constatando a omissão administrativa ou a insuficiência das medidas adotadas, seria plenamente possível o manejo daquele instrumento jurídico – inclusive como medida preventiva. Nessa situação, não seria de se estranhar a existência de uma gama de alternativas aptas à satisfação do dever estatal. Assim, se ao longo da instrução probatória⁵⁵⁶ restar demonstrada a pertinência de mais de uma estratégia de enfrentamento do problema, todas igualmente eficientes, não caberá ao juiz decidir qual delas deverá ser adotada. De qualquer forma, será possível que o juiz imponha ao gestor público a obrigação de adotar as medidas necessárias ao atendimento da demanda. Ou seja, poderá o magistrado identificar a existência de um dever (de

⁵⁵⁶ É viável a concessão de antecipação de tutela, quando preenchidos os pressupostos legais, visando à proteção imediata da saúde da comunidade (no caso de eventual surto ou endemia, por exemplo). No entanto, ao longo do processo instrutório é possível que se constate a existência de alternativas igualmente ou até mesmo mais eficazes que aquela concedida precariamente. Assim, a sentença, diferentemente da decisão interlocutória, poderá impor obrigação de fazer sem conteúdo absoluto, reconhecendo-se a competência do gestor municipal para decidir, dentre as opções eficientes, aquela mais adequada para aquela comunidade.

formular a política específica ou reprogramar a política existente, mas insuficiente), sem contudo estabelecer de maneira rigorosa o conteúdo da obrigação.⁵⁵⁷

Por outro lado, quando a ação judicial envolve pedido individual, alegando existir direito subjetivo a determinada prestação material específica, a análise torna-se sensivelmente diversa. Do voto do Ministro Gilmar Mendes, acima analisado, extraem-se os critérios capazes de balizar a atuação jurisdicional nessas situações – tais critérios, destaque-se, são definidos a partir da própria normativa que rege o sistema público de saúde. Em linhas gerais, a referida jurisprudência mostra-se adequada ao regime jurídico-constitucional do direito à saúde. De início, uma observação merece nota: a fixação do entendimento de que, a princípio, deve ser prestada deferência às políticas entabuladas no âmbito do SUS, o que contribui para o fortalecimento do sistema nacional, público e de acesso universal.

Afastam-se, igualmente, pretensões que estejam em descompasso com a sistemática do Sistema Único de Saúde: ou seja, não é toda e qualquer medida desejada pelos cidadãos que integrará sua esfera jurídico-subjetiva. Isso é fundamental para se evitar que as ações judiciais tenham um efeito predatório sobre o sistema de saúde, com a concessão indiscriminada de tutelas.⁵⁵⁸ Como se ressaltou no subcapítulo

⁵⁵⁷ A jurisprudência ainda não é firme em adotar tal entendimento. Como exemplo, veja-se decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento nº 70046895298, que debatia as medidas adotadas pelo Município de Viamão para combater o mosquito da dengue. No caso, a Corte reconheceu que “É indiscutível a fragilidade dos programas do Município de Viamão, frente à ausência de pessoal capacitado para tal. Os índices de identificação de focos do mosquito aliados aos casos da doença em todo o Brasil não produziram, no Município, ações contingenciais na intensidade e urgência que seriam recomendadas pela boa diligência.” Contudo, prevaleceu o entendimento de que, no caso, seria inviável o controle judicial, com a seguinte fundamentação: “Todavia, em que pesem os densos argumentos apresentados pelo Ministério Público na exordial da ação civil pública, não pode o Poder Judiciário substituir a Administração em sua atividade precípua, proferindo determinações que dela são privativas, no âmbito da discricionariedade assegurada ao Poder Executivo.” BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70046895298, Relator Desembargador Francisco José Moesch, Vigésima Primeira Câmara Cível, julgado em 30/05/2012.

⁵⁵⁸ Ana Luiza Chieffi e Rita de Cássia Barradas Barata elaboraram estudo a partir dos processos judiciais que resultaram na condenação do Estado de São Paulo ao fornecimento de medicamentos, no ano de 2006. A análise aponta que há forte ligação entre os médicos que prescrevem o tratamento, os medicamentos por eles propostos e os advogados que movem as ações. Como exemplo, apontam que 66% das demandas que reclamavam o fornecimento do medicamento erlotinibe (utilizado para o tratamento de processos inflamatórios crônicos de doenças autoimunes) estavam amparadas na prescrição de apenas um médico. Concluem as autoras que é possível que as ações judiciais sejam utilizadas como estratégia da indústria farmacêutica para acelerar a inserção de novos medicamentos nas listas do SUS. BARATA, Rita de Cássia Barradas; CHIEFFI, Ana Luiza. Ações judiciais:

4.1.3, a escassez de recursos é fato que não pode ser ignorado, embora ele não seja normativamente relevante em todas as situações. Assim, é imprescindível o balizamento de critérios que permitam ao Poder Judiciário assegurar a proteção constitucional e legalmente reconhecida ao direito à saúde, sem que isso signifique interferência ilegítima no espaço de deliberação política quanto à gestão dos recursos públicos.

Nessa esteira, o recente posicionamento do STF reconheceu que as políticas estatais poderão ser questionadas judicialmente, não se admitindo que as diretrizes terapêuticas e os protocolos clínicos constituam critérios absolutos para a determinação de todos os tratamentos a serem ofertados pela rede. Trata-se de entendimento que se alinha perfeitamente à noção de integralidade, reconhecida expressamente pela Constituição Federal como diretriz do SUS (art. 198, inciso II), e pela Lei nº 8.080/1990 (art. 7º, inciso II).⁵⁵⁹

Assim, sistematizando os critérios fixados pelo Ministro Gilmar Mendes, tem-se que a prestação de saúde, embora não abarcada por uma política estatal, poderá ser deferida quando observados os seguintes requisitos: (i) reconhecimento da comunidade científica quanto à eficácia do remédio/tratamento pleiteado (ou a comprovação de que o medicamento se encontra devidamente registrado na ANVISA, o que faz pressupor a sua eficácia); (ii) adequação do remédio/tratamento para a pessoa do requerente; (iii) inexistência de outro medicamento/tratamento igualmente eficaz, constante das políticas do SUS; (iv) o medicamento/tratamento tenha sido prescrito por profissional médico habilitado (preferencialmente credenciado ao SUS); (v) o requerente não disponha de condições financeiras para arcar com o medicamento/tratamento sem comprometer seu sustento e o de sua família.

A estrita observância de tais requisitos é imperiosa para assegurar que as prestações materiais eventualmente deferidas judicialmente estejam de acordo com o regime jurídico do direito à saúde. Desse modo, a instrução processual mostra-se como necessária, em regra, para viabilizar o levantamento de todas as provas necessárias à comprovação do preenchimento daquelas exigências. Com isso, o Superior Tribunal de

estratégia da indústria farmacêutica para a introdução de novos medicamentos. **Revista Saúde Pública**, São Paulo, v.44, nº 3, p. 421-429, jun. 2010, p. 426.

⁵⁵⁹ O princípio da integralidade já foi objeto de análise detida no subcapítulo 2.2.2.

Justiça tem acatado a tese de inviabilidade da utilização do mandado de segurança como mecanismo para a obtenção de tutela relacionada à saúde, inclusive amparando-se na jurisprudência firmada no STF a partir das decisões analisadas acima (subcapítulo 4.2.1).⁵⁶⁰

Com efeito, a instrução probatória viabiliza a investigação quanto à real situação clínica do reclamante, bem como sobre a existência e eficácia de diretriz terapêutica existente no âmbito do SUS. Assim, a oitiva de profissional vinculado ao Sistema Único de Saúde parece ser essencial para se identificar a plausibilidade do tratamento pleiteado e as possibilidades ofertadas pela rede pública. Nota-se, contudo, que grande parte das demandas judiciais é amparada exclusivamente por laudos confeccionados por médicos particulares, em nítido descaso para a normativa do SUS.

Há, por fim, duas questões que não foram detidamente analisadas pelo voto do Ministro Gilmar Mendes e que merecem reflexão. Em primeiro lugar, quanto ao problema dos “medicamentos de alto custo” e, ainda, quanto à possibilidade de o particular complementar, com recursos próprios, o tratamento financiado pelo SUS, para ter acesso a níveis superiores de conforto. Ambas foram consideradas pelo Supremo Tribunal Federal como matéria de repercussão geral, autorizando o processamento dos respectivos recursos extraordinários.⁵⁶¹

Em relação aos medicamentos de alto custo, importante consignar que tal fato apenas adquirirá relevância normativa em situações absolutamente extremas. Isso porque o próprio Estado dispõe de política específica de dispensação de medicamentos de alto custo, que se encontra regulamentada pela Portaria nº 2.981/2009, do

⁵⁶⁰ Veja-se, a respeito, as decisões do STJ nos seguintes processos: Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 30.746/MG (Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 27/11/2012) e Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 33.463/MG (Relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 20/10/2011).

⁵⁶¹ As decisões estão assim ementadas: EMENTA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ACESSO DE PACIENTE À INTERNAÇÃO PELO SUS COM A POSSIBILIDADE DE MELHORIA DO TIPO DE ACOMODAÇÃO RECEBIDA MEDIANTE O PAGAMENTO DA DIFERENÇA ENTRE OS VALORES CORRESPONDENTES. INTELIGÊNCIA E ALCANCE DA NORMA DO ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 581488, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 11/09/2012; SAÚDE - ASSISTÊNCIA - MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO - FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controversia sobre a obrigatoriedade de o Poder Público fornecer medicamento de alto custo. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 566471, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 15/11/2007.

Ministério da Saúde.⁵⁶² Ou seja, tratamentos “caros” já são corriqueiramente realizados pelo SUS, incluindo não só medicamentos, mas também internações em UTIs, cirurgias complexas, etc., todos consumindo quantias elevadas de recursos públicos.

Qual seria, portanto, o critério para se definir que um tratamento seria “de alto custo”? Como concluir que sua concessão judicial implicará efeitos perversos sobre todo o sistema? Veja-se, a título exemplificativo, que em 2012 a União gastou aproximadamente 340 milhões de reais com tutelas judiciais envolvendo o direito à saúde. Considerando o orçamento total da pasta (de aproximadamente 90 bilhões de reais), o valor despendido com as ações correspondeu a menos de 0,5% do orçamento da pasta.⁵⁶³ Evidentemente não se trata de montante irrisório. Contudo, o valor também não pode ser considerado exorbitante, capaz de afetar a própria estrutura do Sistema Único de Saúde.

Assim, mais importante do que o próprio valor do tratamento pleiteado, o que releva identificar na pretensão deduzida judicialmente é se estão presentes os requisitos acima descritos, que balizam os critérios normativos capazes de indicar se a prestação requerida efetivamente consubstancia direito subjetivo do cidadão. Eventual escassez de recursos apenas seria relevante se não houvesse parâmetros normativos que pudessem balizar a decisão sobre o objeto da demanda. Nessas hipóteses poder-se-ia cogitar a incidência das reservas que podem afetar os direitos sociais (reserva imanente de ponderação, reserva do politicamente oportuno ou adequado e reserva do financeiramente possível). Assim, a problemática do “alto custo” deve ser encarada com cautela, sempre analisada a partir da normativa e da estrutura do SUS, e não da suposta “ausência de recursos”.

Finalmente, no que diz respeito à possibilidade de o cidadão complementar os valores financiados pelo SUS para ter acesso a acomodações mais luxuosas (em

⁵⁶² A referida portaria modificou a nomenclatura anteriormente utilizada, passando de “medicamentos de dispensação excepcional” para “componente especializado da assistência farmacêutica”.

⁵⁶³ Os dados foram obtidos no site do próprio Governo Federal (quanto ao orçamento da saúde) e em matéria do jornal Folha de S. Paulo (quanto ao valor gasto com ações judiciais), segundo o qual as informações advieram de relatórios internos do próprio Ministério da Saúde. Veja-se em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/sof/orcamento_12/L12595_12_Anexo_II.pdf> Acesso em 12/01/2013; <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidiano/83354-sus-tem-despesa-recorde-com-aco-es-judiciais.shtml>> Acesso em 12/01/2013.

internamentos, por exemplo), entende-se que tal entendimento viola o princípio constitucional da isonomia (consignado no art. 5º, *caput* da Constituição Federal), pois permite que cidadãos recebam tratamento diferenciado por parte do Estado, sem qualquer motivo plausível que o justificasse.⁵⁶⁴ Ora, uma compreensão substancial do princípio da igualdade impõe que as diferenças de tratamento entre os cidadãos apenas se justifica ante situações igualmente distintas. E assim funciona na sistemática do direito à saúde: nem todos os cidadãos recebem as mesmas prestações do Estado. A condição e as necessidades individuais autorizam o indivíduo a receber maior ou menor parcela dos bens e serviços ofertados pelo Poder Público.

Ademais, a Constituição Federal reconhece a existência de dois sistemas de saúde: um público e um privado. Ao aderir ao sistema público de saúde, deverão ser respeitadas as regras e princípios que sobre ele incidem. Veja-se, inclusive, que a Lei nº 8.080/90, em seu artigo 7º, inciso IV, estatui que as ações e serviços de saúde prestados pelo SUS observarão o princípio da “igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie”. Desse modo, não havendo qualquer especificidade clínica que o determine (e nesse caso eventual necessidade de acomodação diferenciada deverá ser financiada pelo próprio SUS), os cidadãos deverão receber o mesmo tipo de tratamento. Entendimento diverso autorizaria a realização de verdadeira mescla inconstitucional entre os sistemas público e privado, subdividindo os usuários do SUS em duas castas: aqueles que podem pagar por situações privilegiadas e aqueles que não podem, os quais terão de se contentar com serviços e bens “inferiores”.⁵⁶⁵ Este entendimento absurdo infelizmente tem sido admitido pelo Supremo Tribunal Federal.⁵⁶⁶

⁵⁶⁴ Ademais, como já analisado acima (item 1.1.2), os direitos fundamentais também desempenham a função de não discriminação, que se presta a afastar justamente situações como estas. Sobre o tema, cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais... *Op. Cit.*, p. 102.

⁵⁶⁵ Nesse sentido, cf TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial...** *Op. Cit.*, p. 246.

⁵⁶⁶ A questão já foi apreciada no subcapítulo 3.1.3, acima. Ainda, veja-se decisão do STF a respeito: EMENTA: CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. ARTS. 196 E 199 DA CONSTITUIÇÃO. COMPLEMENTAÇÃO DE SERVIÇOS PRESTADOS PELO SISTEMA DE SAÚDE PÚBLICA COM AQUELES PRESTADOS PELA INICIATIVA PRIVADA. PAGAMENTO DA DIFERENÇA PELO PACIENTE. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE ÔNUS ADICIONAL PARA O SISTEMA PÚBLICO. I - O indivíduo tem liberdade para se utilizar, conjunta ou exclusivamente, do atendimento prestado pelo serviço público de saúde ou daquele disponibilizado por entidades particulares. II - Inexiste ofensa à Constituição no fato de o paciente, à custa de recursos próprios, complementar com o serviço privado o atendimento arcado pelo SUS. III - Agravo regimental improvido.

4.2.3 Alternativas ao controle judicial: instrumentos administrativos, controle externo e controle social

Apesar de indispensável, o controle judicial deveria ser o último mecanismo a ser utilizado para se dar concretude ao direito à saúde. Isso porque, embora o ordenamento jurídico forneça elementos capazes de delinear critérios normativos consistentes para balizar a atividade do magistrado diante do caso concreto, a atuação jurisdicional, em regra, soluciona casos pontuais, muitas vezes privilegiando os cidadãos que dispõem de maior instrução e capacidade econômica para acessar o Poder Judiciário. Esse problema é especialmente grave em contextos como o brasileiro, em que a desigualdade social e o baixo nível de escolaridade conformam uma significativa parcela de excluídos, pessoas que não dispõem de recursos e conhecimento necessários para reclamar seus direitos lesados. Some-se a isso o fato de que a Defensoria Pública, da União e dos Estados, não se encontra adequadamente estruturada para fazer frente às demandas de todos aqueles que não podem pagar pelos serviços de um advogado.⁵⁶⁷ Em suma, o acesso à Justiça no Brasil ainda não foi completamente democratizado.⁵⁶⁸

Igualmente, não se pode ignorar a possibilidade de incidência de reservas à efetivação do direito (reserva imanente de ponderação, reserva do politicamente oportuno ou adequado e reserva do financeiramente possível), que embora não inviabilizem, acabam por restringir as possibilidades do controle judicial. Dessa forma, ainda que o Poder Judiciário disponha de enorme potencial para o enfrentamento de questões atinentes ao direito à saúde, seja no controle de políticas públicas, seja no

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 516671, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 01/06/2010.

⁵⁶⁷ Em detalhado levantamento realizado pela Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADEP), a partir de pesquisa feita entre os próprios membros da Defensoria Pública (da União e dos Estados), a insuficiência dos quadros da carreira foi apontada como principal motivo para os problemas relacionados à distribuição da prestação jurisdicional. O estudo completo, denominado “III Diagnóstico – Defensoria Pública no Brasil”, pode ser acessado em: <http://www.anadep.org.br/D6B030A5-F794-4389-BEA2-A60650968752/FinalDownload/DownloadId-4A5CB824074D59E9E1C1065BD94DDEA5/D6B030A5-F794-4389-BEA2A60650968752/wtksite/IIIdiag_DefensoriaP.pdf> Acesso em 01/12/2012.

⁵⁶⁸ O acesso à Justiça, no magistério de Ana Paula de Barcellos, é inclusive abarcado pelo conteúdo do mínimo existencial, que conforma o núcleo material do princípio da dignidade da pessoa humana. BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais...** *Op. Cit.*, p. 257.

juízo de demanda individual, é fundamental que sejam desenvolvidos outros instrumentos que permitam a efetivação do direito à saúde (e dos demais direitos sociais) em níveis satisfatórios, e de maneira efetivamente universal.⁵⁶⁹ Para ilustrar estes outros mecanismos, as próximas linhas abordarão sucintamente três possibilidades de atuação que podem contribuir para a concretização daquele direito constitucional: a estruturação de novos instrumentos administrativos de absorção de demandas e resolução de conflitos, o fortalecimento do controle externo e do controle social sobre a Administração Pública.

O primeiro deles está diretamente conectado a um aspecto essencial do próprio conceito de políticas públicas e, ainda, com o dever de eficiência que se impõe sobre a Administração Pública.⁵⁷⁰ No subcapítulo 2.1.2, acima, destacou-se que as políticas públicas consubstanciam instrumento de agir do Poder Público, através do qual é articulada a atividade administrativa com vistas à obtenção do resultado ótimo na concretização dos deveres e objetivos constitucionais. Ainda, através dele se confere dinamicidade à atuação dos gestores públicos, pois não permanecem adstritos a esquemas normativos estáticos durante a execução do programa estatal. Com isso, durante a implementação das ações previstas, deve haver constante acompanhamento por parte dos agentes estatais – bem como dos demais agentes responsáveis pelo controle do agir administrativo –, com avaliação periódica dos resultados obtidos e da eficiência dos mecanismos utilizados.

No âmbito da saúde pública, revela-se imprescindível o desenvolvimento de procedimentos que permitam identificar, em casos específicos, a insuficiência da política pública existente. Ou seja, se determinado cidadão, por exemplo, necessitar de tratamento ou medicamento não constante das diretrizes terapêuticas do SUS, a Administração Pública tem o dever de avaliar tal necessidade específica, inclusive a

⁵⁶⁹ Assiste razão a Thiago Marrara e Lydia Nunes, para quem, embora reconhecendo os avanços recentes da jurisprudência na área da saúde, “a redução da judicialização passa, na verdade, pela valorização de outros caminhos para a concretização desse direito fundamental. É aí que se iniciam as discussões sobre o papel participativo dos cidadãos na elaboração das políticas de saúde, inclusive no tocante à edição das listas de medicamentos que o Estado propõe para cada tipo de doença.” MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Reflexões sobre o controle das políticas... *Op. Cit.*, p. 231.

⁵⁷⁰ Sobre a repercussão do princípio constitucional da eficiência administrativa na prática da Administração Pública, cf. GABARDO, Emerson. **Princípio constitucional da eficiência administrativa...** *Op. Cit.*, p. 100-116.

partir da apreciação daqueles critérios normativos que orientam o magistrado no caso de ação judicial.⁵⁷¹ Para isso, devem ser construídos procedimentos que viabilizem a concessão administrativa da prestação requerida, contribuindo assim para democratizar e tornar mais eficiente o acesso aos bens e serviços de saúde, já que não serão somente os cidadãos com capacidade para propor demandas judiciais que acederão a eles.

No Estado do Paraná, a atuação do Comitê Executivo da Saúde⁵⁷², que conta com a participação de representantes do Governo e da Procuradoria Geral do Estado, tem permitido diminuir o número de demandas judiciais relacionadas ao direito à saúde. Dados apresentados durante o 4º Encontro Regional do Comitê, ocorrido em 06/12/2012, apontaram que no Estado do Paraná tramitam cerca de 3 mil ações daquele tipo, enquanto que Santa Catarina possui aproximadamente 9 mil ações, e o Rio Grande do Sul, mais de 80 mil. De acordo com a Procuradora do Estado Cristina Leitão Teixeira de Freitas, a PGE do Estado do Paraná possui comissão que se dedica ao estudo das ações de saúde, de maneira que em muitos casos a Procuradoria consegue substituir o medicamento requisitado pelo autor por um que já é fornecido pelo SUS, extinguindo a ação.

No entanto o panorama não é ideal, sobretudo porque a Procuradoria, embora exerça um elogiável trabalho, atua apenas quando a demanda já foi proposta. É imperioso que o próprio Estado se adiante, instituindo instrumentos que evitem a necessidade de o cidadão reclamar judicialmente. De qualquer forma, a redução do

⁵⁷¹ Os requisitos apresentados no tópico anterior são: (i) reconhecimento da comunidade científica quanto à eficácia do remédio/tratamento pleiteado (ou a comprovação de que o medicamento se encontra devidamente registrado na ANVISA, o que faz pressupor a sua eficácia); (ii) adequação do remédio/tratamento para a pessoa do requerente; (iii) inexistência de outro medicamento/tratamento igualmente eficaz, constante das políticas do SUS; (iv) o medicamento/tratamento tenha sido prescrito por profissional médico habilitado (preferencialmente credenciado ao SUS); (v) o requerente não disponha de condições financeiras para arcar com o medicamento/tratamento sem comprometer seu sustento e o de sua família.

⁵⁷² Entidade regionalizada, formada a partir das diretrizes do Fórum Nacional do Judiciário, criado pela Resolução nº 107, de 06 de abril de 2010, do Conselho Nacional de Justiça. O Comitê é formado por magistrados, membros do Ministério Público (federal e estadual), defensores públicos e membros da OAB, e, ainda, com representantes do Governo do Estado e da Procuradoria do Estado. Objetiva-se, com isso, articular diversos atores que atuam na área da saúde, discutindo e propondo alternativas para que o direito receba um tratamento jurídico adequado. Sobre a criação e atuação do Fórum Nacional do Judiciário, confira: SILVA, Ricardo Augusto Dias da. O Fórum Nacional do Judiciário como instrumento na efetivação do direito à saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

número de ações no Estado do Paraná aponta para um mecanismo que deve ser fortalecido e aprofundado: a articulação entre os segmentos com atuação na área (Ministério Público, Defensoria Pública, Governo do Estado, etc.) para que sejam estruturados meios mais eficientes para a concretização do direito à saúde.

O controle externo, de competência do Poder Legislativo, e exercido com o auxílio do Tribunal de Contas (art. 71 da Constituição), configura importante instrumento, não só para reprimir as condutas dos agentes públicos que estejam em descompasso com as determinações constitucionais e legais, mas principalmente para acompanhar e identificar falhas nas políticas públicas desenvolvidas pela Administração Pública. Nota-se a própria vocação do Tribunal de Contas para o desempenho de tal atividade, visto que possui competência e estrutura adequada, dispondo de servidores qualificados e instrumentos jurídicos para identificar os equívocos e acertos da gestão administrativa dos entes federados, controlando aspectos relativos à legalidade, legitimidade e economicidade dos gastos públicos.⁵⁷³ Com isso, as Cortes de Contas, ao proporem e cobrarem a implementação das mudanças necessárias para a adequação das políticas públicas ao ordenamento jurídico, contribuem de maneira preventiva, de modo a evitar que direitos dos cidadãos sejam lesados em razão de atuação ineficiente, ilegal ou imoral da Administração.

Da mesma forma, o controle social, aquele realizado diretamente pela sociedade civil sobre os atos da Administração Pública, apresenta-se como importante mecanismo de salvaguarda das garantias e direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição. Isso porque ninguém melhor do que o próprio cidadão, destinatário imediato das políticas públicas executadas pela Administração, para avaliar a eficiência da atividade administrativa, apontando falhas e debatendo novas perspectivas de atuação, que poderão culminar na reprogramação do agir estatal.

⁵⁷³ Consoante a competência constitucionalmente reconhecida aos Tribunais de Contas, nos termos dos artigos 70 e 71 da Constituição: “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. (...) Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...)”

Trata-se de mecanismo adequado não apenas ao controle do Poder Público, mas também à democratização do Estado brasileiro.⁵⁷⁴

Conforme já debatido no subcapítulo 2.2.3, a Constituição estabelece um verdadeiro projeto democrático para o Brasil, que se materializa por diversos instrumentos, que buscam garantir uma intervenção ativa por parte dos cidadãos na gestão e nas decisões sobre os rumos do aparelho público.⁵⁷⁵ Especificamente no âmbito do direito à saúde, merecem destaque os Conselhos de Saúde e as Conferências de Saúde (disciplinados pela Lei nº 8.142/1990), espaços institucionais que são de enorme relevância para a construção de um efetivo controle social, bem como para a concretização de uma sociedade mais democrática. Com isso, são fortalecidos foros públicos de debate que viabilizam a canalização das demandas populares, que deverão integrar o processo decisório da Administração Pública no âmbito da formulação, execução, controle e avaliação das políticas públicas.

Nesse cenário, merece destaque a frutífera experiência do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, que a partir do ano de 2011 passou a formatar um mecanismo de controle que articula a estrutura física e operacional da Corte (controle externo) e vários segmentos da sociedade, como universidades, conselhos municipais e estaduais, entidades de classe, entre outros (controle social). O projeto denomina-se “Plano Anual de Fiscalização Social” (PAF Social), que busca erigir uma rede de diálogo permanente entre o Poder Público, o próprio Tribunal de Contas e a comunidade, de modo a diagnosticar as necessidades de cada região e a estabelecer, juntamente com a Administração Pública, planos de trabalho e indicadores de qualidade que visem à melhoria da atividade administrativa.

Com essas ferramentas, aprimora-se não só a participação popular na gestão da coisa pública, como também são fornecidos novos e eficazes instrumentos de fiscalização à Corte de Contas, que além de ampliar significativamente sua inserção social, desenvolve parâmetros mais concretos para a aferição da eficiência da atuação

⁵⁷⁴ Ademais, como leciona Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, uma Administração Pública fechada em si mesma, que não se abre à cidadania participativa, torna-se incapaz de captar e servir aos interesses da população. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La participación en el Estado social y democrático de Derecho. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, p. 13-40, abr./jun. 2012, p. 28.

⁵⁷⁵ Sobre o tema, cf. SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e democracia...** *Op. Cit.*, p. 202 e ss.

do Poder Público. No ano de 2012, foram realizadas auditorias sociais em nove Municípios do Paraná, sendo que em cada um deles foi auditada uma área específica (aquisição de medicamentos, transporte escolar ou resíduos sólidos). O trabalho envolveu 350 alunos e professores universitários, que entrevistaram 3.500 cidadãos daquelas localidades. Ainda, foram desenvolvidos novos projetos nas áreas da saúde e educação, e o Relatório Final de cada auditoria está seguindo, no Tribunal de Contas, o trâmite previsto legalmente. A implementação das recomendações nele propostas será acompanhada pelo próprio Tribunal, em conjunto com os cidadãos que participaram de todo o processo de auditoria. Assim, espera-se que as próprias políticas públicas sejam modificadas, de modo a racionalizar a utilização dos recursos públicos, com a melhoria da prestação dos serviços públicos naquelas comunidades.⁵⁷⁶ Medidas como essas, portanto, colaboram para se evitar que as questões atinentes aos problemas sanitários sejam debatidas prioritariamente no âmbito judicial, o que certamente contribui para ampliar o nível de concretização do direito fundamental à saúde.

⁵⁷⁶ Para um estudo detalhado do Projeto PAF Social do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, cf. ALPENDRE, Ricardo; LAPORTE JR., Arnaldo; MARCELINO, Carolina Wunsch; RIESEMBERG JR., Djalma. Auditoria social e o Projeto PAF Social: um relato de experiência sobre novos espaços para formação de redes de controle e cidadania. **Revista Digital do Tribunal de Contas do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 2, maio/ago, 2012, p. 14 e ss.

CONCLUSÕES

1. Proposições objetivas

Muitos foram os temas e matérias abordados ao longo do trabalho. Assim, neste momento, faz-se oportuno organizar, sistematicamente, as principais posições defendidas em relação a cada um deles. Na sequência, elas serão apresentadas em tópicos que correspondem aos capítulos da dissertação.

1. A primeira discussão travada teve como objetivo distinguir as duas dimensões pelas quais podem os direitos sociais serem analisados: uma dimensão *política* e outra dimensão *jurídica*. Embora ambas não estejam radicalmente apartadas, elas comportam reflexões autônomas – o que se mostra essencial para a construção de uma dogmática adequada para aqueles direitos. Assim, destacou-se que os direitos sociais tiveram um forte influxo histórico no final do século XIX e início do século XX, momentos em que os tradicionais direitos de liberdade se mostraram insuficientes para garantir condições dignas e paritárias aos cidadãos. Desse modo, emerge, por meio da luta política, uma nova “geração” de direitos sociais, que passa a demandar não apenas abstenções do Poder Público, mas sim intervenções positivas. São direitos, portanto, que não se realizam apenas *contra* o Estado, mas também *por intermédio* dele.

A transposição dos direitos sociais como questão política para questão jurídica ocorre, assim, com sua recepção pelos ordenamentos jurídico-positivos – o que, em termos históricos, ocorreu com especial vigor no contexto do segundo pós-guerra. No Brasil, especificamente, apenas com a Constituição Federal de 1988 houve a efetiva consagração de direitos sociais como direitos de natureza jusfundamental, de maneira que apenas recentemente ganhou impulso o debate sobre as consequências jurídicas de tal fato. Nessa esteira, a doutrina brasileira recepcionou as lições desenvolvidas especialmente na Alemanha quanto à estrutura dos direitos fundamentais: estes, sejam direitos de liberdade, sejam direitos sociais, podem exercer variadas funções, a depender do caso concreto considerado, motivo pelo qual se considera que, em verdade, seu conteúdo compreende *feixes de posições jusfundamentais*.

Consignou-se que o direito à saúde, a depender da função que exerça, pode gerar para o seu titular as seguintes posições: (i) direito de defesa, exigindo-se a abstenção do Estado e de outros particulares; (ii) direito a prestações, quando se exige uma intervenção positiva para a sua concretização. Nessa segunda hipótese, pode-se exigir prestações normativas (direitos a prestações em sentido amplo, que englobam direitos de proteção e de participação na organização e no procedimento) e prestações materiais (direito a prestações em sentido restrito). Ao lado das posições jurídico-subjetivas (dimensão subjetiva), extraem-se dos direitos fundamentais *deveres objetivos* (dimensão objetiva), impondo ao Estado a obrigação de adotar as medidas necessárias a concretizá-los, correspondendo aos deveres de respeito, de proteção e de promoção. Nota-se, assim, que embora existam peculiaridades em cada uma das “gerações”, é possível delinear uma dogmática unitária dos direitos fundamentais, que abarque as semelhanças e especificidades dos direitos de liberdade e dos direitos sociais.

Assentado, pois, o esquema teórico sobre a jusfundamentalidade do direito à saúde, o trabalho analisou a conformação constitucional de seu regime jurídico. Merece destaque, nessa matéria, o contido no art. 5º, § 1º da Constituição, que reconhece a aplicabilidade imediata aos direitos fundamentais. Assim, embora sejam imediatamente sindicáveis, apontou-se que a estrutura principiológica do direito à saúde faz com que sobre ele possam incidir algumas *restrições* ou *reservas*, que podem limitar a sua eficácia jurídica: reserva imanente de ponderação, reserva do politicamente oportuno ou adequado e reserva do financeiramente possível. Todas elas, no entanto, não afetam o direito de maneira absoluta, haja vista a intensa atividade conformadora do legislador infraconstitucional e da Administração Pública, que faz diminuir sensivelmente o âmbito de incerteza quanto ao conteúdo normativo do direito. Isso revela, ademais, que o ordenamento jurídico brasileiro tutela o direito à saúde em patamar bastante superior ao que seria abarcado pela ideia de *mínimo existencial* – modelo teórico que assegura o *piso mínimo* de eficácia imediata dos direitos sociais, mas que, no específico caso da tutela da saúde, considera-se que o Direito positivo já assegura um nível de proteção que extrapola seus limites.

2. A Constituição Federal de 1988 alterou profundamente não só a base jurídica dos direitos fundamentais, mas também da própria Administração Pública brasileira. De modo que, ao lado das posições jurídico-subjetivas reconhecidas aos cidadãos, o Poder Público encontra-se diretamente vinculado ao dever de entabular as condições necessárias a garantir a satisfação dos direitos fundamentais – panorama este fruto do fortalecimento do chamado *neoconstitucionalismo*, que, dentre outras consequências, passa a reconhecer normatividade aos princípios constitucionais. Nessa seara, ganha destaque a estrutura administrativa do Estado, cuja intensa regulamentação constitucional, bem como a sujeição direta aos objetivos e direitos fundamentais, fazem concluir pela superação de uma “Administração Pública de agressão” para uma “Administração Pública de prestação”, obrigada a dar cumprimento aos comandos constitucionais. Com isso, restringe-se significativamente o âmbito da chamada “discricionariedade administrativa”.

O próprio art. 196 da Carta Magna é expresso ao afirmar o direito à saúde não só como “direito de todos”, mas também como “dever do Estado”, que deverá ser cumprido mediante a formulação de políticas sociais e econômicas. Nesse cenário, a noção de “políticas públicas” ganha relevo na seara jurídica, passando a constituir o instrumento por excelência através do qual a Administração Pública passa a articular diversos atores e estruturas para dar concretude aos deveres constitucionais que sobre ela recaem. Ademais, embora possam ser formalizadas por diversos diplomas normativos (legais ou administrativos), sua execução compreende essencialmente atividades de cunho administrativo, através das quais são alcançadas determinadas finalidades. Como decorrência do próprio dever de eficiência a que se vincula a Administração, a política deverá ser precedida de adequado planejamento e de participação popular.

No âmbito do direito à saúde, o legislador constituinte lapidou a estrutura básica de formulação e gestão das políticas sanitárias. Restou estabelecido que as ações e serviços de saúde constituem um “sistema único”, hierarquizado e regionalizado, pautado sob as seguintes diretrizes: (i) descentralização; (ii) atendimento integral; (iii) participação da comunidade. A descentralização conforma a estrutura interfederativa de formulação e gestão das políticas sanitárias, apontando

para uma crescente municipalização das ações e serviços de saúde. Por sua vez, o atendimento integral representa o vetor do conteúdo normativo das prestações normativas e materiais a serem realizadas pelo Estado. Finalmente, a participação da comunidade cristaliza, na esfera da saúde, o projeto de democratização de toda a sociedade brasileira. Todas essas inovações foram determinantes para se deixar um modelo privatista e excludente de saúde pública, entabulando-se um sistema público e universal.

3. O terceiro capítulo destinou-se a analisar questões centrais relativas ao funcionamento do Sistema Único de Saúde, considerando a normativa constitucional e infraconstitucional que rege a matéria. De início, analisou-se a conformação legal da diretriz de atendimento integral feita pela Lei nº 8.080/1990. O disposto no art. 7º, inciso II da referida Lei assevera que a integralidade representa o conjunto articulado e contínuo de ações e serviços, preventivos e curativos, exigidos para cada caso e em cada nível de complexidade. Nota-se, portanto, que a opção política do legislador esclareceu que cada cidadão tem direito a ter seu bem-estar físico, psicológico e social garantido pelo Estado, de acordo com os padrões estabelecidos pelo SUS. Com isso, deve-se afastar, por inconstitucional, qualquer entendimento que restrinja o conteúdo do direito à saúde às prestações reconhecidas pelos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do sistema – tais instrumentos, embora indispensáveis para o adequado planejamento e para a própria eficiência do SUS, devem ser compreendidos como a regra geral a ser observada, excepcionáveis sempre que as condições particulares do paciente demonstrarem a sua insuficiência. Entendimento diverso caracterizaria exclusão indevida de enorme contingente de cidadãos, que por não possuírem características clínicas amoldáveis às situações-padrão dos protocolos, seriam extirpados do sistema público, em clara afronta ao princípio da isonomia.

Ainda, procurou-se demonstrar que o sistema nacional de saúde encontra-se em situação de constante subfinanciamento. Apesar de aproximadamente 75% da população depender exclusivamente do SUS para ter acesso aos bens e serviços de saúde, os recursos destinados ao sistema público representaram, em 2012, apenas 3,8% do PIB brasileiro – recomendação da Organização Mundial da Saúde aponta a necessidade de, em sistemas universais, serem destinados recursos equivalentes a

cerca de 6,5% do PIB. Assim, a Lei Complementar nº 141/2012, que disciplinou os valores mínimos a serem investidos pelos entes federativos, deixou de fixar parâmetros razoáveis que pudessem fazer frente a essa demanda. Ainda, reconheceu-se a possibilidade de utilização da cobrança direta dos usuários como forma de financiamento do SUS, desde que a medida não inviabilizasse o acesso ao serviço público, e que houvesse previsão expressa em lei. Com isso, aqueles cidadãos que não tivessem condições de pagar poderiam ter acesso gratuito a todos os níveis de atendimento, bem como se revela inconstitucional a utilização da cobrança para o fornecimento de condições privilegiadas aos usuários que possam pagar.

No que tange à participação privada no Sistema Único de Saúde, registrou-se que embora constitucionalmente admitida, deverá ser realizada de maneira meramente *complementar*. O legislador infraconstitucional consignou, no art. 24 da Lei nº 8.080/1990, que a iniciativa privada poderá participar do SUS quando suas disponibilidades forem insuficientes para garantir o atendimento da população de determinada localidade. Assim, a complementaridade assemelha-se à noção de subsidiariedade – assinala-se que opção política revela-se plenamente compatível com a estrutura constitucional do sistema público de saúde, contribuindo para impulsionar uma presença maior do Estado nesse setor – em que se registrou, ao longo do século XX, uma enorme ausência do Poder Público. Nessa esteira, as formas de participação da iniciativa privada devem sempre ser analisadas sob a ótica da complementaridade, vedando-se inclusive a utilização de convênios com entidades privadas não lucrativas quando visarem a absorção de incumbências estatais.

4. O último capítulo foi dedicado à problemática do controle judicial do direito à saúde. Inicialmente, foi delineada a estrutura teórica sobre a intervenção judicial na matéria, anotando-se que os limites e possibilidades da atividade judicante estaria a depender do objeto de controle – se uma política pública (dimensão objetiva do direito à saúde) ou se uma demanda concreta (dimensão subjetiva do direito à saúde). Quanto ao controle de políticas públicas, uma tutela relacionada a um dever estatal de respeito em regra admite ampla possibilidade interventiva, vez que as técnicas tradicionais de interpretação são aptas a identificar eventual restrição ilegal ou inconstitucional do direito. De outro lado, em se tratando de objeto correlato a deveres de proteção e

promoção, é possível que o direito esteja sujeito às reservas que lhe são imanentes (reserva de ponderação, reserva do politicamente oportuno ou adequado, reserva do financeiramente possível). Assim, os limites e possibilidades de intervenção estarão condicionados à situação concreta considerada, destacando-se as hipóteses de política pública insuficiente ou execução ineficiente (que admitem maior possibilidade interventiva, em razão da autovinculação que as políticas geram para o Poder Público) ou de política pública inexistente (situação em que, comumente, haverá a afetação daquelas restrições sobre o objeto tutelado, exigindo muitas vezes uma postura mais dialógica do magistrado). Ainda, refletiu-se sobre a relevância normativa da escassez de recursos, asseverando-se que embora a concretização dos direitos em regra demande a alocação de recursos escassos, este fato apenas será relevante no que denominou-se de “paradigma da escassez”, que explicita as situações em que o direito encontra-se sujeito à possível incidência da reserva do financeiramente possível.

Após a estruturação teórica da atividade de controle judicial, analisou-se brevemente a jurisprudência que vem sendo formada recentemente no Supremo Tribunal Federal sobre o tema. Mereceu destaque a Audiência Pública da Saúde, organizada pelo STF no ano de 2009, sob a presidência do Ministro Gilmar Mendes, e a partir da qual a Corte extraiu parâmetros de atuação que colaboraram para um enfrentamento mais adequado do tema. Defendeu-se que o entendimento que vem sendo firmado é frutífero especialmente quando o controle judicial se refere a um específico direito subjetivo, pois foram explicitados os critérios normativos para a concessão da tutela. Basicamente: (i) ausência de tratamento eficiente no SUS; (ii) demonstração científica da eficácia e segurança do tratamento pleiteado; (iii) comprovação de que tal tratamento é adequado para a situação clínica do paciente (especialmente através de laudo médico expedido por médico do SUS); (iv) demonstração da hipossuficiência do demandante. Estes parâmetros permitem balizar o âmbito de intervenção legítima do Poder Judiciário sem que haja afetação da reserva do financeiramente possível: ou seja, demonstrados os requisitos, a prestação reclamada constitui direito subjetivo do cidadão que merece ser protegido, inclusive pela via judicial. Por outro lado, foram apontadas as insuficiências de tal entendimento, bem como sua repercussão em outros órgãos da Justiça. Ao final, foram

destacados outros mecanismos de controle (administrativos, social e externo) que podem colaborar para uma atuação mais eficiente do Estado na formulação e execução das políticas sanitárias.

2. Encerramento

Nos últimos anos, o Brasil tem experimentado importantes transformações. Uma das mais importantes, indubitavelmente, é a diminuição da desigualdade social no país. De acordo com dados do Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA), em 2011 o Brasil atingiu o menor nível de desigualdade social de sua história. Isso é resultado de uma política de distribuição de renda que tem focado na ampliação dos rendimentos das classes baixas: de 2001 a 2011, os 10% mais pobres tiveram um incremento médio em suas rendas de 91,2%. Estes resultados levaram o IPEA a chamar o período de “a década inclusiva”.⁵⁷⁷

Ainda, recentemente foi anunciado pelo Governo Federal que seria vetada a fórmula aprovada pelos parlamentares para a repartição, entre os entes federados, dos *royalties* arrecadados com a exploração do petróleo na região do pré-sal. Em 03 de dezembro de 2012 foi publicada no Diário Oficial da União a Medida Provisória nº 592/2012, que determina a aplicação daqueles recursos integralmente na área da educação – independentemente do montante já aplicado por cada ente. Trata-se de importante medida para viabilizar um efetivo desenvolvimento para o país, em médio e longo prazo.

Tais melhorias, no entanto, permanecerão insuficientes se não houver iniciativa parecida no âmbito da saúde pública. Afinal, como já alertado no desenvolvimento deste trabalho, o país vive um estado de contínuo subfinanciamento do SUS. Apenas um incremento significativo de recursos poderá alçar a saúde pública brasileira a um padrão constitucionalmente adequado – apto, portanto, a garantir a saúde de cada cidadão de maneira digna. Isso não diminui, de qualquer forma, a relevância da reflexão jurídica no âmbito das políticas sanitárias, pois através dela se

⁵⁷⁷ Os dados completos estão publicados no Comunicado nº 155 da entidade, denominado “A década inclusiva: desigualdade, pobreza e políticas de renda”. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/120925_comunicadodoipea155_v5.pdf> Acesso em 10/01/2013.

permitem avanços significativos para a tutela da esfera jurídico-subjetiva dos indivíduos, bem como para viabilizar a adoção, pelo Estado, das iniciativas necessárias a dar concretude aos comandos constitucionais. Mas as intervenções jurídicas não são suficientes para se modificar uma história secular de insuficiente atenção à saúde pública. Daí, mais uma vez, a necessidade de voltar os olhos ao campo da luta política, onde, no seio da história, são forjadas as grandes conquistas jurídicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2004.

AITH, Fernando. **Curso de Direito Sanitário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

ALEXY, Robert. **La construcción de los derechos fundamentales**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2010.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ALMEIDA, Célia Maria de. Reforma do estado e reforma de sistemas de saúde: experiências internacionais e tendências de mudança. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 4, n. 2, p. 263-286, Rio de Janeiro, 1999.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Crítica ao tratamento constitucional do Município como ente da Federação brasileira. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas essenciais: Direito Constitucional**. Vol. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ALPENDRE, Ricardo; LAPORTE JR., Arnaldo; MARCELINO, Carolina Wunsch; RIESEMBERG JR., Djalma. Auditoria social e o Projeto PAF Social: um relato de experiência sobre novos espaços para formação de redes de controle e cidadania. **Revista Digital do Tribunal de Contas do Estado do Paraná**, Curitiba, n. 2, p. 14-25, maio/ago, 2012.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2007.

ANDRADE, Mariana Drumond. A crise de representatividade e a democracia participativa. **Revista de Direito Municipal – RDM**, Belo Horizonte, ano 5, n. 14, p. 19-32, out./dez. 2004.

APPIO, Eduardo. **Controle judicial de políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2005.

ARAGÓN, Enrique Omar. Democracia, derechos fundamentales y proceso administrativo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Globalização, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ARENDT, Hannah. **Da revolução**. Brasília: Ática, 1988.

ARROYO, Juan Carlos Velasco. **Teoría discursiva del derecho**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Contrato administrativo. In: _____ (Coord.). **Direito Administrativo Contemporâneo**: estudos em memória ao professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Administrativo e Interesse Público**: estudos em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. A segurança jurídica e as alterações no regime jurídico do servidor público. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence). Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. Ética pública, o Estado Democrático de Direito e os princípios consuetudinários. In: ADRI, Renata Porto; PIRES, Luis Manuel Fonseca Pires; ZOCKUN, Maurício. **Corrupção, ética e moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. Governo, políticas públicas e o cidadão. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, Año XXXIV, nº 408.

_____. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade, serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, n. 230, p. 153-162, out./dez. 2002.

_____. O regime jurídico das organizações sociais e a sua contratação pelo Poder Público mediante dispensa de licitação. **Interesse público - IP**, Belo Horizonte, ano 11, nº 58, nov./dez. 2009.

_____. **Processo administrativo disciplinar**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Profissionalização da função pública: a experiência brasileira. **Revista de Direito Municipal – RDM**, Belo Horizonte, ano 4, nº 7, p. 87-96, jan./mar. 2003.

_____. Reflexões a propósito do regime disciplinar do servidor público. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 7, nº 30, p. 11-27, out./dez. 2007.

_____. **Reflexões sobre Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, ano 2, nº 9, p. 13-59, 2002.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder. Transferências voluntárias na Lei de Responsabilidade Fiscal: limites à responsabilização pessoal do ordenador de despesas por danos decorrentes da execução de convênio. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 12, nº 60, p. 25-62, mar./abr. 2010.

BARATA, Rita de Cássia Barradas; CHIEFFI, Ana Luiza. Ações judiciais: estratégia da indústria farmacêutica para a introdução de novos medicamentos. **Revista Saúde Pública**, São Paulo, v.44, nº 3, p. 421-429, jun. 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2ª ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Eficácia Jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização efetiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Doze anos da Constituição brasileira de 1988: uma breve e acidentada história de sucesso. In: **Temas de direito constitucional**. Tom. I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas essenciais: Direito Constitucional**. Vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. A descentralização de políticas sociais e o federalismo cooperativo. **Revista de Direito Sanitário**, v. 3, n. 1, p. 13-28, mar. 2002.

_____. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos** (trad. Carlos Nelson Coutinho). 9ª reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Curso de direito constitucional**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 5ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. **Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales** (trad. Carlos Bernal Pulido). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgada em 12/04/2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde. **Movimento Sanitário Brasileiro na década de 70: a participação das Universidades e dos Municípios – memórias**. 1ª ed. Brasília: Conasems, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1068731/RS, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/02/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 516671, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 01/06/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 566471, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 15/11/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923. Voto do Relator Ministro Carlos Ayres Britto.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923. Voto-Vista do Ministro Luiz Fux.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47, Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 809018, Relator Ministro José Antonio Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 25/09/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 101, Relatora Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 581488, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 11/09/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 597064, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70046895298, Relator Desembargador Francisco José Moesch, Vigésima Primeira Câmara Cível, julgado em 30/05/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70018769539, Relator Desembargador Carlos Eduardo Zietlow Duro, Vigésima Segunda Câmara Cível, julgado em 12/04/2007.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2006.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina.

_____. Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: _____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2004.

CAVALHEIRO, Andressa Fracaro. A participação social nos conselhos de saúde: a cidadania ativa como condição de efetividade. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Globalização, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo**: novas perspectivas para o desenvolvimento económico e socioambiental. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Globalização, direitos fundamentais e Direito Administrativo**: novas perspectivas para o desenvolvimento económico e socioambiental (Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo). Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. A lei no Estado contemporâneo. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas essenciais**: Direito Constitucional. Vol. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Atividade legislativa do Poder Executivo**. 3ª ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011

_____. Direito constitucional, novos paradigmas, constituição global e processos de integração. In: BONAVIDES, Paulo; BEDÊ, Fayga Silveira (Coord.). **Constituição e democracia**: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. O cidadão, a Administração Pública e a nova constituição. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 106, p. 81-98, abr./jun. 1990.

_____. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. **O direito e os direitos**: elementos para uma crítica do direito contemporâneo. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. O estado brasileiro: algumas linhas sobre a divisão de poderes na federação brasileira à luz da constituição de 1988. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília n. 104, p. 21-42, out./dez. 1989.

_____. O Poder Legislativo no Brasil contemporâneo. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas essenciais**: Direito Constitucional. Vol. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Para uma dogmática constitucional emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. Poder Judiciário: autonomia e justiça. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas essenciais**: Direito Constitucional. Vol. IV. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Sobre a ação direta de constitucionalidade. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Doutrinas essenciais**: Direito Constitucional. Vol. V. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Temas de Direito Constitucional** (e de Teoria do Direito). São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Sociais da Faculdade do Brasil**, p. 29-42, mar./ago. 2002.

COIMBRA, Mário; MATOS, Yolanda Alves Pinto Serrano de Matos; MAPELLI JUNIOR, Reynaldo. **Direito sanitário**. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo e Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2012.

COMELLA, Víctor Ferreres. **Justicia Constitucional y Democracia**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. A organização constitucional da função planejadora. In: CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas (Org.). **Desenvolvimento Econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional**: estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Interesse público - IP**, v. 4, n. 16, p. 49-63, out./dez. de 2002.

COSTA, Ediná Alves. Vigilância sanitária: desafios à construção de um sistema nacional para a proteção da saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (coords.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 1ª reimp. Belo Horizonte: Forum, 2011.

COSTALDELLO, Ângela Cássia. Aportes para um ideário brasileiro de gestão pública: a função do controle externo. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C**, ano 10, n. 40, p. 13-31, abr./jun. 2010.

_____. Perspectivas do desenvolvimento urbano à luz do direito fundamental à cidade. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Globalização, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

COUTO, Cláudio Gonçalves. Política constitucional, política competitiva e políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DAIN, Sulamis. O financiamento do SUS e o Direito à saúde: das frustrações aos desafios. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org.). **Direito sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

DAL BOSCO, Maria Goretti. **Discricionariedade em políticas públicas: um olhar garantista da aplicação da lei de improbidade administrativa**. Curitiba: Juruá, 2007.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 22, n. 1, p. 57-63, fev. 1988.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010.

DALLARI, Sueli Gandolfi; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003.

DELDUQUE, Maria Célia; OLIVEIRA, Mariana S. De Carvalho. Tijolo por tijolo: a construção permanente do direito à Saúde. In: COSTA, Alexandre Bernardino; DALLARI, Sueli Gandolfi; DELDUQUE, Maria Célia; *et al.* (Org.). **O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde**. Brasília: CEAD/UnB, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Participação Popular na Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Vol. 191, Rio de Janeiro, p. 26-39, 1993.

_____. **Direito Administrativo**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Parcerias na Administração Pública**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

DORF, Michael; TRIBE, Lawrence. **Hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Why Did Roberts Change His Mind?** The New York Review of Books, New York, 9 de jul. 2012. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/blogs/nyrblog/2012/jul/09/why-did-roberts-change-his-mind/>> Acesso em 10/12/2012.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENTERRÍA, Eduardo García de. Constituição como norma. In: BARROSO, Luís Roberto; CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.). **Doutrinas essenciais: Direito Constitucional**. Vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FARIA, José Eduardo. As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais. In: _____ (org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 2005.

FARIAS, Edilson Pereira. **Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação**. 2ª ed. atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

FERRARI, Regina Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. A constitucionalização do Direito Administrativo e as políticas públicas. In: BERARDI, Luciana Andrea Accorsi; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes (Org.). **Estudos de direito constitucional: homenagem à professora Maria Garcia**. 2ª ed. São Paulo: IOB, 2008.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para a sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner; SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional brasileira. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org.). **Direito sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GABARDO, Emerson. A eficiência no desenvolvimento do Estado brasileiro: uma questão política e administrativa. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012

_____. **Eficiência e legitimidade do Estado**: uma análise das estruturas simbólicas do direito político. Barueri: Manole, 2003.

_____. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do Direito Administrativo – uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito Administrativo e Interesse Público**: estudos em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado, *faute du service* e o princípio constitucional da eficiência administrativa. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; PIRES, Luis Manoel Fonseca; BENACCHIO, Marcelo (Coord.). **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Quartier Latán, 2010.

GADELHA, Maria Inez Pordeus. Escolhas públicas e protocolos clínicos – o orçamento, as renúncias necessárias e os novos Projetos de Lei. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (coords.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 1ª reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GASTALDI, José Petrelli. **Elementos de economia política**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GIACOMONI, James. **Orçamento público**. 15ª ed. ampl. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010.

GORDILLO, Augustín. **Tratado de Derecho Administrativo**: la defensa del usuario y del administrado. T. 2. 4ª ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

GROSMAN, Lucas. **Escasez e igualdad**: los derechos sociales en la Constitución. Buenos Aires: Librería, 2008.

GROTTI, Dinorá Adelaide. **O serviço público e a Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

HACHEM, Daniel Wunder. **A jusfundamentalidade dos direitos sociais para além do mínimo existencial**. Artigo apresentado como requisito parcial para aprovação na disciplina "Crítica do Direito Constitucional Moderno", ministrada pelo Prof. Dr. Tit. Clèmerson Merlin Clève. Curitiba: Programa de Pós-Graduação em Direito (Doutorado) - UFPR, 2011. No prelo.

_____. **Mandado de injunção e direitos fundamentais**: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição** (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HOLMES, Stephens; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEAL, Rogério Gesta. Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos. In _____. **Administração Pública e participação social na América Latina**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005.

LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. O direito fundamental à saúde segundo o Supremo Tribunal Federal. In: SARLET, Ingo Wolfgang; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal**: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LIMBERGER, Têmis. O dogma da discricionariedade administrativa: a tensão instaurada entre os Poderes Judiciário e Executivo devido às políticas públicas de saúde no Brasil. **Interesse Público – IP**, nº 57, p. 77-98, 2009.

LOBATO, Lenaura de Vasconcelos. Reforma do estado no setor de saúde no Reino Unido e nos Estados Unidos. In: HUSEMAN, Samuel; SULLÀ, Emili; *et al.* **Reforma do estado no setor de saúde**: os casos da Catalunha, Canadá, Reino Unido e Estados Unidos (Cadernos ENAP nº 13). Brasília: ENAP, 1997.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Judiciário, democracia, políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 122, p. 255-265, abr./jun. 1994.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. **A Carta da Democracia**: o processo constituinte da ordem pública de 1988. Rio de Janeiro: Topbooks, 2008.

MADER, Nicole Pilagallo da Silva. Jurisdição constitucional na perspectiva da democracia deliberativa. Curitiba: Juruá, 2011.

MÂNICA, Fernando Borges. **O setor privado nos serviços públicos de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MÂNICA, Fernando. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, nº 18, p. 169-186, 2007.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Parcerias público-privadas nos serviços de Saúde. In: CUNHA JUNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da; MODESTO, Paulo (Coord.). **Terceiro setor e parcerias na área da saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MARRARA, Thiago. A atividade de planejamento na Administração Pública: o papel e o conteúdo das normas previstas no anteprojeto da Nova Lei de Organização Administrativa. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 9-45, jul./set. 2011.

_____. A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade administrativa. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 259, p. 207-247, jan./abr. 2012.

_____. Acessibilidade da infraestrutura urbana: conceito e análise evolutiva da legislação brasileira a partir da década de 1990. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 10, n. 39, p. 159-180, jul./set. 2012.

_____. As fontes do Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade. In: DI PIETRO; Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Calor Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. Breve introito: por que ainda falar de princípios? In: _____ (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. Do modelo municipal alemão aos problemas municipais brasileiros. **Revista de Direito Municipal - RDM**, Belo Horizonte, v. 27, p. 33-52, 2008.

_____. Identificação de convênios administrativos no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, v. 100, p. 551-571, jan./dez. 2005.

_____. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de Direito Administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012.

MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Reflexões sobre o controle das políticas de saúde e de medicamentos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, p. 213-231, abr./jun. 2010.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **O Direito Administrativo em evolução**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **O Direito Administrativo moderno**. 16ª ed., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEDICI, André Cezar. O Papel das parcerias público-privadas na gestão e no financiamento do setor da saúde. MODESTO, Paulo; CUNHA JÚNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da (Coord.). **Terceiro setor e parcerias na área da saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª ed., 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 1ª ed., 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENICUCCI, Telma Maria G. **Público e privado na política de assistência à saúde no Brasil: atores, processos e trajetória**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

MIRANDA, Jorge. A discricionariedade e a implementação dos direitos sociais. In: GARCIA, Emerson (Coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais**. Tomo IV. Coimbra: Coimbra. 4ª ed. rev. e actual., 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

_____. **Contributo para uma teoria do Estado de direito**. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra, 2006.

_____. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2010.

_____. **Os princípios estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2004.

O'DWYER, Gisele; MATTA, Isabela Escórcio Augusto da; PEPE, Vera Lucia Edais. Avaliação dos serviços hospitalares de emergência do estado do Rio de Janeiro. **Ciência & Saúde Coletiva**. Vol. 13, n. 5, p. 1637-1648, 2008.

OLIVEIRA, Antônia Teresinha de. **Políticas públicas e atividade administrativa**. São Paulo: Fiúza, 2005.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. Participação administrativa. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, ano 5, nº 20, p. 167-194, abr./jun. 2005.

_____. **Contrato de gestão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVIERI, Cecília. **A lógica política do controle interno**: o monitoramento das políticas públicas no presidencialismo brasileiro. São Paulo: Fapesp, 2010.

PELICIONI, Andréa Focesi. Educação e promoção da saúde: uma retrospectiva histórica. **O mundo da saúde**, São Paulo, v. 31, p. 320-328, jul/set. 2007.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. **A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira**: entre constitucionalismo e democracia. Curitiba, 2009. 287 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná.

PEREIRA, Potyara. **Política Social**: temas e questões. São Paulo: Cortez, 2008.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PESSOA, Robertônio Santos. **Neoconstitucionalismo, política e Administração Pública**: dilemas a serem enfrentados. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 8, n. 39, p. 43-54, set./out. 2006.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. O direito à saúde em um contexto autopoiético. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003.

PINTO, Élide Graziane. **Financiamento de direitos fundamentais**: políticas públicas vinculadas, estabilização monetária e conflito distributivo no orçamento da União do pós-Plano Real. Belo Horizonte: O lutador, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 7ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Proteção judicial contra omissões legislativas**: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Democracia, Constituição e Administração Pública. **Boletim de Direito Administrativo**, ano XV, Nov./99 n.11, p. 728-734, 1999.

_____. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública** (trad. Daniel Wunder Hachem). Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. La participación en el Estado social y democrático de Derecho. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, p. 13-40, abr./jun. 2012.

SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e democracia** – tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTOS, Boaventura de Souza (Director Científico). **Parcerias público-privadas e justiça: uma análise comparada de diferentes experiências**. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 2007.

SANTOS, Marília Lourido dos. **Interpretação constitucional das políticas públicas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. A Titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. **Interesse Público - IP**, ano 3, n. 12, out./dez. de 2001.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na Administração Pública**. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filragem constitucional** : construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1999.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. Gestão compartilhada sanitária no Brasil – possibilidade de efetivação do direito à saúde. In: _____ (Org.) **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: UPF, 2003.

_____. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social: trajetória da saúde pública**. 2ª ed. São Paulo: Senac, 2005.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Crítica à teoria dos custos dos direitos**: reserva do possível. Vol. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Pedro Manuel Alves Pereira da. **Fundamentos e modelos nas parcerias público-privadas na saúde**: o estudo dos serviços clínicos. Coimbra: Almedina, 2009.

SILVA, Ricardo Augusto dias da. O Fórum Nacional do Judiciário como instrumento na efetivação do direito à saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SILVA, Sandoval Alves. **Direitos sociais**: leis orçamentárias como instrumento de implementação. 1ª ed., 2ª reimp. Curitiba: Juruá, 2011

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª ed., 3ª tir. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In _____ (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. 2ª ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, nº 798, p. 23-50, abr. 2002.

_____. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, nº 1, p. 607-630, 2003.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SUNSTEIN, Cass R. **A Constituição parcial** (trad. Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli). Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SUNSTEIN, Cass R. Direitos sociais e econômicos? Lições da África do Sul (trad. Fabiano Holz Beserra; Eugênio Facchini Neto). In: SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Jurisdição e direitos fundamentais**: anuário 2004/2005 (Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS). Vol. 1, T. 2, Porto Alegre: AJURIS e Livraria do Advogado, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2ª ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **O orçamento na constituição**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VIOLIN, Tarso Cabral. Estado, ordem social e privatização – as terceirizações ilícitas da Administração Pública por meio das Organizações Sociais, OSCIPs e demais entidades do “terceiro setor”. **Fórum de Contratação e Gestão Pública**, v. 72, p. 7-14, 2008.

_____. **Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública**: uma análise crítica. 2ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010.

WEBER, Max. A política como vocação. In: **Ensaios de sociologia política**. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1963.

_____. **Economia e sociedade**. Vol. I. 3ª ed. Brasília: UNB, 1994.

WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e federação na Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia (trad. Marina Gascón). 7ª ed. Madrid: Trotta, 2007.