

**SAULO LINDORFER PIVETTA**

**A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PELA  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**  
**Políticas públicas e a democratização da esfera administrativa brasileira**

**CURITIBA  
2010**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO**

**A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE PELA  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA  
Políticas públicas e a democratização da esfera administrativa brasileira**

Monografia apresentada pelo acadêmico Saulo Lindorfer Pivetta ao Curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho  
Co-orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Dr<sup>ª</sup>. Eneida Desiree Salgado

**CURITIBA  
2010**

*Ao meu pai, Luiz Gonzaga Pivetta, o maior cristão que conheço, fonte de inesgotável amor e de quem aprendi que a luta está sempre começando; à minha mãe, Magda Ivana Lindorfer Pivetta (in memoriam), cuja presença e proteção sempre me acompanham; ao meu irmão, Tomaz Lindorfer Pivetta, conselheiro e amigo de todas as horas.*

## AGRADECIMENTOS

Em certo trecho do livro “Grande Sertão: Veredas”, o escritor mineiro João Guimarães Rosa diz que “O correr da vida embrulha tudo. A vida é assim: esquenta e esfria, aperta e daí afrouxa, sossega e depois desinquieta. O que ela quer da gente é coragem.” E se a vida é um constante desafio, um ir-e-vir de situações mais ou menos amigáveis, a coragem de que fala Guimarães Rosa se esconde justamente naquelas pessoas que representam peças-chave de toda essa engrenagem. Este singelo espaço da monografia é dedicado a elas, cada uma com uma especial participação não só neste trabalho, mas em toda a minha passagem por este transformador espaço que é a Universidade Pública brasileira. A todos vocês, que são o motivo da minha coragem – agora que descobri onde se escondia, não perco mais –, meus agradecimentos.

Ao Partido Acadêmico Renovador, espaço onde conheci as pessoas mais importantes da minha travessia pela Faculdade de direito e onde tive as mais importantes lições sobre direito e justiça. Face inseparável da minha formação pessoal e profissional, agradeço ao PAR por todos os debates, Congressos, reuniões e eventos. Também agradeço especialmente às pessoas que integraram as gestões Construção e Horizontes, do Centro Acadêmico Hugo Simas: cada embate político travado e cada trabalho concluído ao lado de vocês me fazem ter a certeza de que a luta por uma Universidade Pública de qualidade, e por uma sociedade mais justa e igualitária, está apenas começando. O nosso tempo como militante parista talvez tenha ficado para trás. O que não significa que a militância acabou – apenas mudou de lugar. Como paristas formados continuamos elos da corrente, e desejo ao PAR muita garra, para que essa corrente esteja cada vez mais forte e continue marcando a vida de tantos e tantos acadêmicos que sobem as escadarias da Santos Andrade. Registro também minha homenagem a Carolina Caraíba Alves e Eduardo Pina Ribeiro, grandes companheiros que não desistiram nos momentos mais difíceis e, cada um a seu tempo, foram determinantes para que a chama azul brilhasse de maneira intensa. Enfim, a todos os companheiros e companheiras paristas, cujos nomes e exemplos são muitos, muito obrigado.

Ao meu pai, Luiz Gonzaga Pivetta, bioquímico, grande sábio, homem intensamente preocupado com a saúde pública e responsável direto pelo meu gosto pelas ciências humanas, e ao meu irmão, Tomaz Lindorfer Pivetta, que durante muito tempo garantiu meu aconchego familiar em terras paranaenses.

Aos meus avós, Ivanir Lindorfer e Egon Evaldo Lindorfer, verdadeiros guerreiros cuja jovialidade impressiona, além de guardiões das mais refinadas técnicas gastronômicas e do mais sensível amor. Agradeço também a todos meus familiares, que de uma maneira ou de outra contribuíram para o meu crescimento e para o meu conforto sentimental.

À Francielle Pasternak Montemezzo, a minha Fran, namorada, companheira, amiga. A mais grata e bela surpresa que tive na Faculdade – e que me acompanhará fora dela -, com quem divido angústias e alegrias, destino de todo o meu amor e graças a quem a vida se torna leve mesmo nos momentos de maiores *desinquietações*.

Às duas pessoas que marcaram a minha chegada aos corredores da Santos Andrade, [hoje] professores Daniel Wunder Hachem e Marina Basso Lacerda, por quem mantenho constante admiração e respeito, e cujos exemplos foram determinantes para a minha trajetória política e acadêmica.

Aos meus amigos, que dividiram comigo não só a mesma sala, mas também um ideal de direito e de justiça: Indiara Liz Fazolo Pinto, brava guerreira, presente amiga desde as primeiras até as últimas jornadas, filha de Iansã, cuja luta pelo impossível torna seus sonhos cada dia mais realistas; Leonardo Augusto Bora, malandro carioca, jurista e artista que carnavalizou não só o direito, mas a vida de todos nós, seus amigos; Thiago de Azevedo Pinheiro Hoshino (cujos cabelos longos desde a primeira semana de aula me fizeram demorar para reconhecê-lo como colega), brasileiríssimo de origem nipo-africana, grande intelectual e baita amigo; Mozart Silvano Pereira, que materializa, dialeticamente, a simplicidade, a amizade e o refinamento teórico; Sabrina Karen Rossi, que chegou repentinamente e conquistou a todos com seu jeito meigo e seu coração enorme.

Ao Diego Felipe Bochnie Silva e à Caroline da Rocha Franco, companheiros de luta e de trabalho, com quem tive o privilégio de militar no movimento estudantil e em muitas veredas da vida.

Ao Gabriel Merheb Petrus, verdadeiro combustível de muitos dos sonhos que nasceram na Santos Andrade.

Ao Stephan Nascimento Basso, amigo e salvador dos momentos acadêmicos mais difíceis, minha gratidão e homenagem.

Ao grupo PET-Direito, na pessoa do nosso Tutor, professor Abili Lázaro Castro de Lima, espaço de fecundas discussões e responsável por meu despertar para a pesquisa, caminho inevitável para a construção de um Estado e de um direito democráticos.

À Família Tita (Kreuz), representada por Artêmio e Sílvia, Letícia, Júlia e Leo, que me adotaram em vários momentos e me dedicaram um carinho inesquecível.

Ao Eduardo Borges, amigo de todas as horas e que provou sua amizade ao revisar todo o texto desta monografia.

À Luísa Rodrigues, minha *hermanita*, cujo destino já está todo definido.

Aos meus amigos de Jaciara-MT, minha querida terra natal, que me fazem ter a certeza de que “o sertão é o mundo”: Fabrício Facco, meu compadre, e com quem formava uma temida dupla de ataque; Vinícius Marques Poio, estudioso da medicina e da informática, além de colega de reflexões políticas; Gregório Teixeira Borges, grande amigo, aniversariante responsável pelas tradicionais reuniões julinas; Maximiano Massariol Cardoso, companheiro de difícil localização e de aparições repentinas.

Aos meus orientadores: professor Romeu Felipe Bacellar Filho, cujas lições e conversas foram determinantes para o amadurecimento do trabalho; professora Eneida Desiree Salgado, de observações precisas e críticas construtivas, fundamentais para a delimitação do tema e redação final do texto.

## RESUMO

O objetivo fundamental do presente trabalho é delinear os mecanismos constitucionais e legais que viabilizam a concretização do direito fundamental à saúde, a partir de um viés democratizante da Administração Pública brasileira. Para atingir tal desiderato, é realizada a seguinte fundamentação teórica: (i) é apresentado o regime jurídico-constitucional da esfera administrativa brasileira, sendo demonstrada sua estrutura vocacionada para a concretização de direitos fundamentais, não obstante as tentativas de reforma; ainda neste primeiro bloco, apresentam-se os instrumentos que tornam efetivo o exercício do direito de participação administrativa – com destaque para os conselhos municipais de saúde, espaço em que a participação popular vincula a Administração quanto às políticas sanitárias; (ii) na sequência, é analisado o regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais sociais, dos quais o direito à saúde é espécie. São trabalhados os aspectos subjetivo e objetivo dos direitos fundamentais sociais, bem como sua fundamentalidade material e formal, e a classificação funcional desses direitos; é também investigado como a sistemática constitucional dispõe a respeito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, devendo-se evitar uma compreensão equivocada a respeito da “reserva do possível”. Adentrando-se o tema do direito à saúde, inicialmente é realizada uma aproximação do conteúdo que pode assumir esse direito; posteriormente, é investigado o regime jurídico-constitucional do direito à saúde; (iii) a última etapa do desenvolvimento teórico aproxima os dois momentos anteriores: é utilizada a noção de políticas públicas como mecanismo não só de concretização do direito fundamental à saúde, mas também de democratização da esfera administrativa brasileira. Ainda, é realizado resgate histórico das origens do Sistema Único de Saúde, além de serem abordados os principais problemas da realidade sanitária do país.

**Palavras-chave:** Administração Pública brasileira; democratização da Administração Pública; direitos fundamentais sociais; direito fundamental à saúde; políticas públicas; Sistema Único de Saúde (SUS).

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO I – A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....</b>	<b>13</b>
<b>1.1 Conformação constitucional da Administração Pública brasileira.....</b>	<b>13</b>
<i>1.1.1 Estrutura e finalidades da Administração Pública na Constituição de 1988.....</i>	<i>13</i>
<i>1.1.2 A Emenda Constitucional nº 19/98 e a reforma do Estado brasileiro.....</i>	<i>18</i>
<b>1.2 Democratização da Administração Pública.....</b>	<b>23</b>
<i>1.2.1 O projeto democrático brasileiro e o direito de participação popular na Administração Pública .....</i>	<i>24</i>
<i>1.2.2 Mecanismos de participação popular.....</i>	<i>29</i>
<b>CAPÍTULO II – DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....</b>	<b>35</b>
<b>2.1 Regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais sociais.....</b>	<b>35</b>
<i>2.1.1 Direitos sociais: fundamentalidade formal/material, aspectos subjetivos/objetivos e classificação.....</i>	<i>35</i>
<i>2.1.2 A aplicabilidade imediata dos direitos sociais, os limites à sua efetividade (reserva do possível) e a definição de um núcleo essencial mínimo (mínimo existencial).....</i>	<i>40</i>
<b>2.2 Direito fundamental à saúde.....</b>	<b>46</b>
<i>2.2.1 Delineamento do conteúdo do direito à saúde.....</i>	<i>47</i>
<i>2.2.2 Regime jurídico-constitucional do direito à saúde.....</i>	<i>50</i>
<b>CAPÍTULO III – POLÍTICAS PÚBLICAS E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA.....</b>	<b>55</b>
<b>3.1 Políticas públicas como instrumento de concretização dos mandados constitucionais.....</b>	<b>55</b>
<i>3.1.1 Significado de políticas públicas em direito.....</i>	<i>55</i>
<i>3.1.2 Políticas públicas como instrumento de construção do conteúdo material do direito à saúde.....</i>	<i>60</i>

<b>3.2 A concretização do direito à saúde pela Administração Pública brasileira: a experiência do Sistema Único de Saúde</b> .....	65
3.2.1 <i>Sistema Único de Saúde: breve reconstrução histórica da luta pela efetivação do direito à saúde no Brasil</i> .....	66
3.2.2 <i>Análise contextual: a estrutura normativa do SUS e o problema da judicialização excessiva</i> .....	70
<b>CONCLUSÃO</b> .....	77
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	80

## INTRODUÇÃO

*“Entendíamos que a saúde era um campo privilegiado da luta democrática, associado aos outros movimentos de democratização no Brasil. Foi uma luta particular de uma área, mas que tinha uma ampla dimensão.”*<sup>1</sup>

(Antônio Sérgio da Silva Arouca)

A frase acima, do médico sanitarista Sérgio Arouca, talvez não pareça pertinente ao tema do trabalho. Mas só em um primeiro momento. Isso porque é superficial falar em concretização do direito à saúde sem abordar a questão da democracia. Ainda mais considerando a realidade brasileira, em que a luta pela efetivação de políticas sanitárias adequadas caminha de mãos dadas com a luta democrática, conforme será demonstrado no desenvolvimento da pesquisa.

Antes de realizar alguns comentários introdutórios, é importante fazer referência a um dado: a taxa de mortalidade infantil (0 a 5 anos) no Brasil está em 19,88 para cada mil nascimentos. Em 1990, este número era de 52,04 a cada mil nascimentos. O que parece ser um avanço significativo, entretanto, oculta uma triste realidade: o Brasil ocupa apenas a 90ª posição no *ranking* que avalia a mortalidade infantil em diversos países do mundo, ficando atrás de vários países latino-americanos, como Cuba (taxa de 5,25), Chile (6,48), Argentina (12,8) e Colômbia (15,3). Quando a comparação é com países centrais, a diferença é ainda mais gritante: Islândia apresenta uma taxa de 2,6; a Suécia, 2,7.<sup>2</sup>

Essas informações são apresentadas, de início, para chamar a atenção para a relevância da problemática que será enfrentada no decorrer do texto. Os números trazidos acima revelam que a questão é urgente no Brasil, inclusive para o meio jurídico. Isso porque apenas é possível pensar em concretização do direito à saúde, pela Administração Pública, se estiverem delineados (i) o conteúdo do direito a ser

---

<sup>1</sup> BRASIL (Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde - Conasems). *Movimento Sanitário Brasileiro na década de 70: a participação das Universidades e dos Municípios – memórias*. p. 43.

<sup>2</sup> De acordo com a revista médica “The Lancet”. Disponível em [http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(10\)60703-9/fulltext](http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(10)60703-9/fulltext)

efetivado e (ii) os fundamentos e instrumentos jurídicos que permitem vincular o administrador.

Este trabalho tem como objetivo, basicamente, promover uma reflexão a respeito da efetivação do direito à saúde a partir da realidade jurídico-administrativa brasileira. Mais que isso, são investigados os mecanismos que possibilitam inserir a participação popular nos processos decisórios da Administração Pública, notadamente no momento de formulação das políticas públicas de saúde. Trata-se de analisar a utilização de instrumentos que permitam democratizar a gestão da saúde pública no Brasil, passo fundamental e indispensável para que a realidade sanitária brasileira seja modificada.

São vislumbrados três grandes blocos de estudos para que o tema possa ser compreendido adequadamente: a Administração Pública brasileira, o direito à saúde e a implementação de políticas sanitárias. Para investigá-los de modo a fornecer o instrumental teórico necessário, o texto foi dividido em três capítulos, que seguem o seguinte itinerário de desenvolvimento:

(i) O primeiro capítulo aborda a configuração constitucional da Administração Pública brasileira a partir de 1988 (item 1.1.1), sendo inclusive analisada a chamada “Reforma Administrativa”, que tentou inverter – sem sucesso – as bases estabelecidas pela redação originária da Constituição (item 1.1.2). Complementando o estudo inicial, será analisado como a Constituição dispôs a respeito da democratização das decisões administrativas (1.2.1), bem como quais instrumentos foram previstos para viabilizar o exercício do direito de participação (item 1.2.2);

(ii) O capítulo 2 tem por objeto a análise do regime jurídico-constitucional dos direitos sociais, em geral, e do direito à saúde, em específico. O item 2.1.1 investiga a fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais sociais, bem como os aspectos subjetivo e objetivo desses direitos, apresentando por fim a classificação funcional dos direitos fundamentais. Na sequência, o item 2.1.2 analisa o embate entre a eficácia jurídica (“aplicabilidade imediata”) e a efetividade concreta, muitas vezes negada com base na “reserva do possível”; em razão disso, é apresentada a construção teórica do mínimo existencial, que busca salvaguardar determinado

conteúdo do direito ao qual não se pode opor resistência. Afunilando a questão para o direito à saúde, é realizada uma aproximação inicial a respeito do conteúdo desse direito (item 2.2.1); em seguida, é estudada a configuração jurídico-constitucional do direito à saúde (item 2.2.2);

(iii) O último capítulo é dedicado ao tema da concretização do direito à saúde pela Administração Pública. A princípio, é trabalhada a noção de políticas públicas para a esfera jurídica (item 3.1.1), buscando-se fornecer elementos que permitam compreendê-las como instrumento não só de intervenção do Poder Público na realidade social, mas também de definição do conteúdo material do direito à saúde (item 3.1.2). Finalmente, o subcapítulo 3.2. é destinado à reflexão da experiência brasileira de efetivação do direito à saúde através do Sistema Único de Saúde (SUS). Para compreender a real extensão do SUS, é realizado um breve resgate histórico, investigando-se sua origem e os movimentos que tornaram possível a sua formação (item 3.2.1); por fim, são analisados os principais dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que estruturam o Sistema, bem como os principais problemas que o atingem atualmente, passando rapidamente pela problemática da judicialização do direito à saúde.

Após o desenvolvimento teórico, a reflexão final resgatará as principais idéias defendidas ao longo do texto. Ainda, serão apresentados alguns caminhos para que a realidade sanitária brasileira seja modificada, ou seja, para que a luta pelo direito à saúde seja fortalecida, de forma que não só esse direito seja efetivado, mas também que a própria realidade administrativa do nosso país seja reordenada de acordo com o projeto constitucional brasileiro. Enfim, para que a saúde seja resgatada como campo privilegiado da luta pela democratização da esfera pública pátria.

## **CAPÍTULO I – A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

### **1.1 Conformação constitucional da Administração Pública brasileira**

A inserção do direito à saúde no texto constitucional não permite a conclusão automática de que o dever de efetivá-lo cabe à Administração Pública. Assim, antes de se realizar o estudo do regime jurídico-constitucional daquele direito (o que será feito no item 2.2.2, abaixo) é imprescindível que se investigue como está estruturada a esfera administrativa brasileira – sobretudo quanto aos aspectos da legalidade e da discricionariedade. Trata-se de mediação necessária para que se possa compreender a Administração Pública como vocacionada para a concretização dos direitos fundamentais, em geral, e do direito à saúde, em especial. Ainda, a perspectiva adotada por este trabalho – de democratização do âmbito administrativo – impõe que seja analisada a *procedimentalização* da Administração Pública como pressuposto necessário para que a comunidade possa interagir com o Poder Público no momento de definição do conteúdo material do direito à saúde a ser concretizado. É o que se fará na sequência.

#### ***1.1.1 Estrutura e finalidades da Administração Pública na Constituição de 1988***

A Constituição Federal de 1988 é resultado de um complexo processo constituinte, em que se verificou intensa participação popular, com diversos segmentos da sociedade defendendo interesses muitas vezes conflitantes. De qualquer forma, a despeito de ser marca das contradições de seu momento histórico, o texto constitucional promulgado consagra o Estado Democrático de Direito, que apresenta como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF).<sup>3</sup> Compreende-se, assim, que o principal destinatário desta “Constituição Cidadã” é o

---

<sup>3</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. p. 21. Sobre a construção do projeto democrático na Constituição de 1988, cf. SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia – tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2007.

homem, em todas as suas dimensões<sup>4</sup> – idéia à qual se faz menção tendo em vista que, apesar de reiteradamente trabalhada pela doutrina, é fundamental para se extrair o conteúdo emancipatório da Carta Constitucional.<sup>5</sup>

É justamente com a Constituição de 1988 que o termo “Administração Pública” aparece pela primeira vez em nível constitucional<sup>6</sup>, sendo-lhe dedicado o capítulo VII (“Da Administração Pública”) do Título III (“Da Organização do Estado”). Os dispositivos ali contidos normatizam de maneira bastante densa diversos âmbitos da atuação administrativa – servidores públicos, criação de entidades públicas, contratação de obras e serviços etc. –, sendo fixados os parâmetros basilares que devem guiar a Administração. A Constituição, portanto, conforma institucional e funcionalmente a Administração Pública brasileira.<sup>7</sup>

Isso significa que, a partir de 1988, identifica-se a presença de um regime constitucional-administrativo<sup>8</sup>, que é fundado em princípios constitucionais explícitos (art. 37 da CF): legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência<sup>9</sup>. Contudo, saliente-se que este processo de constitucionalização do regime da Administração Pública faz com que sobre ela incidam não apenas estes princípios – denominados “setoriais” – mas também as demais normas principiológicas da

---

<sup>4</sup> Canotilho leciona que as dimensões da pessoa seriam: o homem como pessoa, como cidadão e como trabalhador. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 347.

<sup>5</sup> Sobre a dignidade da pessoa humana no âmbito administrativo, cf. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. La dignidad de la persona y el Derecho Administrativo. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 7, n. 29, p. 11-35, jul./set. 2007.

<sup>6</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. p. 26.

<sup>7</sup> MEDAUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. 71-72.

<sup>8</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. p. 27.

<sup>9</sup> Especificamente sobre o princípio da eficiência, cf. GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

Constituição (fundamentais e gerais)<sup>10</sup>, cujo conteúdo material e axiológico apresenta força normativa sobre todas as esferas do sistema jurídico.<sup>11</sup>

Nesse sentido, a conformação constitucional da Administração Pública faz com que diversos institutos tradicionais do Direito Administrativo ganhem nova leitura, dentre os quais destacam-se – pela importância que têm para este trabalho – o princípio da legalidade e a noção de discricionariedade administrativa. Ainda, a realidade administrativa faz com que sejam reforçadas figuras que até então pouco espaço tinham nesse âmbito, como o direito de participação popular<sup>12</sup>.

O princípio da legalidade foi ampliado com a Constituição de 1988. DI PIETRO ensina que o texto constitucional submeteu o administrador não apenas à lei meramente formal, mas ao *Direito*: embora a Constituição não seja explícita quanto a isso, a rica menção a valores – como justiça, segurança, bem-estar, igualdade –, já no preâmbulo, força a conclusão de que os atos da Administração devem estar alinhados com os valores previstos de maneira explícita ou implícita pela Carta Constitucional.<sup>13</sup> Ademais, supera-se a concepção de que a lei ordinária é imprescindível para a concretização da Constituição<sup>14</sup>, vinculando o administrador diretamente a esta<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> Ruy Espíndola explica que os princípios fundamentais são aqueles cujo conteúdo representam as decisões políticas estruturais do Estado, resumindo as demais normas constitucionais (enumerados no Título I da Constituição – como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, apresentada na introdução deste tópico). Por outro lado, os princípios gerais especificam os fundamentais, viabilizando a aplicação imediata destes (por exemplo, o princípio da legalidade – art. 5º, I, CF). ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Princípios Constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas*. p. 63-64.

<sup>11</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito* (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). p. 24.

<sup>12</sup> O direito de participação popular materializa a relevância da atuação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública. A Constituição prevê diversos instrumentos que possibilitam ao indivíduo e à coletividade contribuir com a definição dos rumos a serem tomados pela Administração. E, devido à relevância para o presente trabalho, o tema será detalhado no item 1.2, que abordará especificamente o tema da democratização da Administração Pública.

<sup>13</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanillo. *Inovações no Direito Administrativo Brasileiro*. p. 47. Também nesse sentido, ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Democracia, Constituição e Administração Pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Ano 2, n. 9, p. 91- 102, 2002.

<sup>14</sup> PESSOA, Robertônio Santos. *Neoconstitucionalismo, política e administração pública: dilemas a serem enfrentados*. p. 44-45.

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito* (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). p. 43.

A discricionariedade<sup>16</sup>, definida sinteticamente como a “faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência”<sup>17</sup>, tem forte ligação com a legalidade: quanto mais amplo este princípio, menor a discricionariedade. Desse modo, nota-se que a Constituição Federal restringiu o poder de escolha dos administradores, vez que determinou uma série de prioridades e objetivos a serem atingidos e, por outro lado, definiu diversos princípios que devem ser respeitados pelo administrador. A Administração Pública, assim, apresenta-se notadamente como atividade com vocação para a concretização dos direitos fundamentais<sup>18</sup>.

Nesse sentido, compreende-se a discricionariedade como uma liberdade onerosa, chamada por Odete MEDAUAR de *liberdade-vínculo*<sup>19</sup>. Ou seja, os órgãos e autoridades públicos exercitam tal liberdade dentro dos parâmetros definidos pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, expressa ou implicitamente. Ademais, o art. 3º da Constituição<sup>20</sup> estabelece os objetivos fundamentais da República Federativa Brasileira, vinculando inclusive a Administração Pública.

Deve-se ressaltar, ainda, que a conformação constitucional da Administração Pública determina a *procedimentalização* da atividade administrativa. Isso significa que a produção dos atos administrativos deve ocorrer, obrigatoriamente, de maneira procedimentalizada.<sup>21</sup> Marçal JUSTEN FILHO conceitua *procedimentalização* como “a submissão das atividades administrativas à observância de procedimentos como requisito de validade das ações e omissões adotadas”<sup>22</sup>. Trata-se, segundo o autor, da

---

<sup>16</sup> Para um estudo detalhado da discricionariedade administrativa, cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 17-65.

<sup>17</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Inovações no Direito Administrativo Brasileiro*. p. 48.

<sup>18</sup> PESSOA, Robertônio Santos. *Neoconstitucionalismo, política e administração pública: dilemas a serem enfrentados*. p. 44.

<sup>19</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. p. 111.

<sup>20</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>21</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. p. 235.

<sup>22</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Idem*. p. 235.

obrigação de que a atividade administrativa observe um itinerário definido previamente, assegurando, dessa forma, a possibilidade de controle da realização dos interesses coletivos.

A imposição de uma sequência lógica através da qual se materializa a vontade administrativa representa mecanismo de controle das competências estatais. Assim, por mais que determinado ente ou autoridade disponha de competência legal para determinado ato, o exercício desse poder jurídico não pode ocorrer de maneira absoluta. Além de evitar que a produção do ato administrativo se opere em momento único e imediato, a procedimentalização impõe que seja assegurada a manifestação de todos os possíveis interessados naquele ato.<sup>23</sup> Desse modo, espera-se que a decisão administrativa “seja logicamente compatível com os eventos que lhe foram antecedentes e se traduza em manifestação fundada em motivos cuja procedência é requisito de validade”.<sup>24</sup>

É importante ressaltar que a procedimentalização não representa mero formalismo desnecessário. Muito pelo contrário, com a preordenação das etapas a serem seguidas pelo administrador busca-se a realização de uma série de fins, dentre os quais se destacam: (i) o controle do exercício do poder jurídico (evitando-se o cometimento de abusos e permitindo a verificação da regularidade de cada uma das etapas que compõem o procedimento); (ii) o fortalecimento do conteúdo democrático da Administração Pública (incorporando a participação do cidadão no agir administrativo); (iii) o aperfeiçoamento da atividade administrativa (já que a dialética inerente ao procedimento faz com que a decisão administrativa seja mais bem informada); (iv) a redução da litigiosidade judicial (ampliando a participação popular, a composição de interesses diversos é facilitada).<sup>25</sup>

Esse movimento de procedimentalização da Administração Pública apresenta-se como exigência não só para a concretização de um Estado Democrático, mas também para que se materialize um Estado Social. Isso porque, além de fundar o Estado brasileiro em valores democráticos, a Constituição ainda lhe atribui uma série

---

<sup>23</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo administrativo disciplinar*. p. 130-131

<sup>24</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. p. 235.

<sup>25</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Idem*. p. 237-239.

de finalidades, sobretudo quanto à efetivação dos direitos fundamentais. Assim, a inserção da comunidade no processo de elaboração do ato administrativo, bem como a possibilidade de controle das ações administrativas (adequando-as às finalidades públicas definidas pela Constituição e pela Lei), faz com que a procedimentalização represente mecanismo de implementação do Estado Democrático e Social.<sup>26</sup>

Ainda, a vinculação do agir administrativo a determinados procedimentos relaciona-se com o modelo burocrático de dominação, segundo a acepção weberiana<sup>27</sup>. É o que a doutrina geralmente chama de “Administração Pública burocrática”. Isso porque a racionalização do Poder Público, no âmbito das instituições administrativas, ocorreu através da burocracia. Nesse modelo, o exercício das atividades públicas é definido previamente, submetendo-as às prescrições legais (princípio da legalidade). Ou seja, através de imposição normativa são estabelecidos os fins a que o administrador público se vincula e, além disso, é definido o caminho que se deve trilhar para que o ato decisório final seja válido. Tem-se, portanto, um controle de meios (procedimento) e de resultados (finalidades).<sup>28</sup>

### **1.1.2 A Emenda Constitucional nº 19/98 e a “reforma” do Estado brasileiro**

Durante o primeiro governo do presidente Fernando Henrique Cardoso (1995-1998), foi empreendida uma tentativa de profunda modificação das bases constitucionais estabelecidas em 1988. Sob o comando do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, a cargo do ministro Luis Carlos Bresser Pereira, foi elaborado o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado<sup>29</sup>. Aprovado

---

<sup>26</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na administração pública*. p. 98.

<sup>27</sup> 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, para um estudo mais aprofundado cf. WEBER, Max. *Economia e sociedade*. 3 ed., vol. I, Brasília: UNB, 1994.

<sup>28</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na administração pública*. p. 89-96.

<sup>29</sup> Disponível em <http://www.planejamento.gov.br/noticia.asp?p=not&cod=524&cat=238&sec=25>

pela Câmara da Reforma do Estado<sup>30</sup> no dia 21 de setembro de 1995, foi submetido ao presidente Fernando Henrique, que o aprovou em novembro do mesmo ano.

O objetivo do Plano era preparar as discussões para uma futura modificação da Constituição Federal. Segundo seus defensores, a reforma era necessária para se garantir a estabilidade e o crescimento da economia brasileira. Ainda, era justificada na suposta necessidade de se implementar, no Brasil, uma Administração Pública “moderna”, capaz de responder prontamente aos “anseios da sociedade”.<sup>31</sup> Ou seja, o Plano considerava o modelo administrativo vigente como ineficiente e responsável pelo entrave brasileiro nas áreas econômica e social. Para superar esse quadro, a reforma pretendia definir uma nova organização do Estado, que se basearia em “setores” (os órgãos e entidades da Administração seriam repartidos em quatro setores, cada um com objetivo econômico ou político específico), na definição de metas estatais, na confecção de uma estratégia de transição e na firmação de projetos específicos.

Importante destacar, para o objeto deste trabalho, as dimensões que integravam a “estratégia de transição”: (i) a institucional-legal (modificação do ordenamento jurídico, da Constituição à legislação infraconstitucional), (ii) a cultural (passagem da cultura burocrática para a gerencial), e (iii) a de gestão (adoção de novos métodos e instrumentos de gerência da Administração Pública).<sup>32</sup>

O principal instrumento da reforma quanto à dimensão “institucional-legal” foi a Emenda Constitucional nº 19/98, que implementou uma série de mudanças no texto constitucional. Foi com essa Emenda, inclusive, que se inseriu, no *caput* do art. 37, a eficiência no rol dos princípios da Administração Pública, dentre outras alterações, que objetivavam sobretudo: delimitar e minimizar as funções do Estado,

---

<sup>30</sup> Presidida pela Casa Civil e composta pelos seguintes Ministérios: da Administração Federal e Reforma do Estado, do Trabalho, da Fazenda, do Planejamento e Orçamento, e do Estado Maior das Forças Armadas.

<sup>31</sup> MAFRA FILHO, Francisco de Salles Almeida. *Administração Pública Burocrática e Gerencial*. p. 6124.

<sup>32</sup> GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. p. 56.

reduzir a interferência estatal na economia (com a desregulação dos sistemas de proteção tarifária do mercado interno), promover severo ajuste fiscal dos governos.<sup>33</sup>

Nesse contexto, o novo papel do Estado seria não mais o de responsável direto pelo desenvolvimento social e econômico, mas de mero agente regulador, fortalecendo a concorrência interna. Ademais, o princípio norteador era o de que deveriam ser transferidas para a iniciativa privada todas as atividades que pudessem ser controladas pelo mercado.<sup>34</sup>

O Plano chama de “publicização” o processo de transferência para o “setor público não-estatal” (o chamado terceiro setor) da execução de serviços essenciais, como é o caso dos serviços de educação, cultura, saúde e pesquisa científica. O suposto objetivo era o de estabelecer parcerias entre o Estado e a sociedade, fragmentando-se a responsabilidade pela efetivação das atividades mencionadas.<sup>35</sup>

Quanto à estruturação da esfera administrativa, tentou-se modificar o modelo burocrático, que passaria a ser embasado em ditames gerenciais. A concepção de Administração gerencial é calcada na idéia de que o Estado deve se espelhar a uma grande empresa, passando a tratar os cidadãos como clientes e flexibilizando-se a forma de administração (“desburocratização”). Nesse modelo, o controle da Administração Pública é feito por seus resultados, pouco interessando os meios utilizados para alcançá-los.<sup>36</sup> Aqueles que defendem tal reforma enfatizam que os instrumentos jurídicos próprios do direito privado garantiriam maior eficiência à atuação administrativa.<sup>37</sup>

Entretanto, uma investigação mais profunda do tema revela que há uma verdadeira incompatibilidade entre o regime jurídico-administrativo e o regime privado. Nesse sentido, destacam-se os fundamentos apresentados por Emerson

---

<sup>33</sup> RUARO, Regina Linden. *Reforma administrativa e a consolidação da esfera pública brasileira: o caso do orçamento participativo no Rio Grande do Sul*. p. 94.

<sup>34</sup> MAFRA FILHO, Francisco de Salles Almeida. *Administração Pública Burocrática e Gerencial*. p. 6124.

<sup>35</sup> PESSOA, Robertônio Santos. *Constitucionalismo, Estado e direito administrativo no Brasil*. p. 168

<sup>36</sup> MAFRA FILHO, Francisco de Salles Almeida. *Administração Pública Burocrática e Gerencial*. p. 6122.

<sup>37</sup> GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. p. 58.

GABARDO. O autor, em minuciosa análise, aponta os principais problemas decorrentes da fuga do regime jurídico-administrativo.<sup>38</sup>

A princípio, destaca-se que a tentativa de imposição de um modelo gerencial mostra-se completamente incompatível com a realidade constitucional brasileira, sobretudo considerando-se que a Constituição de 1988 é de caráter dirigente.<sup>39</sup> A Administração Pública e a administração privada apresentam princípios informadores absolutamente distintos. Enquanto que a primeira é regida pelos princípios da heteronomia, da vinculação positiva ao direito e da competência decorrente de determinação legal, a Administração privada toma por base os princípios da autonomia, da vinculação negativa ao direito e da ampla capacidade (ausência de limitação de sua área de atuação).<sup>40</sup> De outro modo, pelo fato de que a eficiência das empresas privadas é medida pela capacidade de obtenção de lucro, a transposição dessa mentalidade para a esfera estatal justificaria uma atuação administrativa marcadamente autoritária, aumentando ainda mais o déficit democrático de nossa sociedade.<sup>41</sup>

Ainda, ressalte-se que é completamente falho o argumento de que o regime jurídico-administrativo representaria um obstáculo à realização do interesse público. A racionalidade burocrática e o procedimento a ela inerente não representam empecilho à satisfação das demandas sociais. O problema está na autonomização e na deturpação da burocracia, ou seja, a retirada de seu caráter finalístico, instrumental. Os reais problemas – como a baixa remuneração e preparação de grande parte dos servidores

---

<sup>38</sup> GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

<sup>39</sup> A noção de Constituição dirigente, de acordo com as lições de Canotilho, está ligada à idéia de que o texto constitucional, além de estruturar o Estado, pode estabelecer normas programáticas e princípios que definem os fins a serem alcançados pelo Poder Público (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. p. 28). Quanto à caracterização da Constituição brasileira como dirigente, cf. DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 63-84.

<sup>40</sup> GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. p. 62.

<sup>41</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. p. 174.

públicos, os acordos políticos espúrios, a corrupção, o nepotismo – não se devem à atividade burocrática.<sup>42</sup>

Nesse sentido, a busca por descentralização e flexibilização da esfera administrativa representa um paradoxo. Na medida em que o controle da ação estatal através da procedimentalização representa mecanismo notadamente mais eficiente e mais racional<sup>43</sup>, a tentativa de anulação dos procedimentos e da burocracia apenas desvia de foco os problemas reais da Administração Pública. Por isso, é equivocada a compreensão de que a eficiência se realiza apenas quando ausentes as regras procedimentais, mostrando-se absolutamente temerária a “empresomania” (termo utilizado por GABARDO) que move os reformistas.<sup>44</sup>

O processo de privatização, iniciado durante o governo Collor e intensificado no bojo das reformas administrativas do governo Fernando Henrique, também apresentou como pretexto uma suposta ineficiência da Administração Pública. Entretanto, a busca de métodos privatísticos de atuação marca mais uma tentativa de fuga do regime jurídico de direito público.<sup>45</sup>

Ademais, no âmbito da argumentação dos defensores de uma Administração gerencial, alguns pontos em relação às privatizações são estrategicamente ocultados: (i) em diversas situações, a atuação estatal é demandada exatamente pela incapacidade da iniciativa privada em ofertar serviços de maneira qualificada e eficiente; (ii) a privatização nem sempre ocorre em um contexto de ampla concorrência, o que torna injustificável a formação de um monopólio privado; (iii) a privatização não é o único meio para se promover maior concorrência; (iv) a privatização mantém a responsabilidade do Estado pelo resultado final dos serviços públicos; (v) a privatização implica outros custos ao Poder Público, notadamente em razão da perda de conhecimentos técnicos específicos, de informações e dados estratégicos; (vi) uma hipotética maior eficiência da iniciativa privada não pode ser obtida em detrimento de outros valores constitucionais, como a segurança e a igualdade; (vii) o que a curto

---

<sup>42</sup> GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. p. 64-65.

<sup>43</sup> WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Vol I. p. 142-143.

<sup>44</sup> GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. p. 66.

<sup>45</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública – concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. p. 225.

prazo pode representar benefício, uma análise de longo prazo pode demonstrar que a privatização traz prejuízos enormes, sobretudo em áreas como saúde e educação.<sup>46</sup>

Ao se demonstrar tais argumentos, torna-se possível a conclusão de que o movimento do gerencialismo busca, na verdade, a implementação de mudanças significativas na estrutura da Administração Pública sem que os verdadeiros problemas sejam atacados. Com isso, objetiva-se a obtenção do “controle político, cognitivo e afetivo do comportamento dos indivíduos”, transformando o princípio da eficiência em mito, “uma mera representação dentro de um espetáculo maior, cujo título é o neoliberalismo e, o cenário, a pós-modernidade”<sup>47</sup>.

A despeito das empreitadas neoliberais desestatizantes, a base da Constituição não foi alterada, ou seja, permanece vigente o modelo burocrático da Administração Pública. Como ressalta Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, poucas matérias do direito administrativo não encontram seu embasamento na Constituição, peculiaridade esta que faz a autora concluir que “no Brasil, mais do que o direito administrativo, é a Constituição que dificulta a implantação da Reforma do Estado”<sup>48</sup>.

Ou seja, apesar das tentativas de modificação estrutural da sistemática adotada pelo texto constitucional, o princípio da legalidade, bem como outros princípios e dispositivos referentes à Administração Pública, permanece incólume na Constituição, assim como resta inalterado o modelo administrativo pátrio. “Qualquer outra interpretação significa a perda da segurança jurídica essencial para proteger os direitos do cidadão em face do Poder Público”<sup>49</sup>.

## **1.2 Democratização da Administração Pública**

Como visto acima, a Constituição Federal possui diversos dispositivos atinentes à Administração Pública, regulamentando-a de maneira bastante densa. Em razão disso é que se afirma a existência de um regime constitucional-administrativo<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. p. 69-70.

<sup>47</sup> GABARDO, Emerson. *Idem*. p. 70.

<sup>48</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. p. 63.

<sup>49</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Idem*. p. 64-65.

<sup>50</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. p. 27.

Mas a riqueza do texto constitucional não reside apenas na conformação estrutural e institucional da esfera administrativa; mais do que isso, a Constituição traz em seu texto a idealização de um projeto democrático para o Estado brasileiro.<sup>51</sup> Nesse sentido, o presente tópico do trabalho (1.2.1) terá como objetivo, inicialmente, abordar como o texto constitucional dispõe sobre o referido projeto democrático e, na sequência, verificar como esse projeto se materializa na esfera da Administração Pública, através do direito de participação popular.

A análise ora feita tem o condão de fundamentar a perspectiva democrática adotada pelo trabalho. A conformação constitucional da Administração Pública não estabeleceu apenas objetivos a serem alcançados; mais que isso, impôs ao administrador público o dever de atuar de forma democrática na persecução de tais metas. Assim, a concretização do direito à saúde – ao qual está vinculado o administrador – exige que a atuação estatal seja democratizada. O direito de participação popular, nessa seara, faz com que a Administração Pública esteja em contato direto com as demandas de cada comunidade, direcionando as ações sanitárias e delimitando o conteúdo do direito à saúde a ser efetivado.

### ***1.2.1 O projeto democrático brasileiro e o direito de participação popular na Administração Pública***

Importante destacar, desde logo, que o projeto democrático apresentado na Constituição de 1988 permanece vivo em toda a sua potencialidade, a despeito das diversas reformas através de Emendas Constitucionais.<sup>52</sup> Isso porque os dispositivos que o erigem 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, é determinado que o Estado deve “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

---

<sup>51</sup> SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia* – título por título em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. p. 202.

<sup>52</sup> SALGADO, Eneida Desiree. *Idem*. p. 210.

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.<sup>53</sup> Ainda, devem ser destacados 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. E, além da possibilidade de democracia direta (quando o próprio povo define a vontade do Estado), a democratização da esfera pública brasileira conduz à 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 (sobretudo o Poder Executivo) se torna mais próxima da sociedade, diminuindo a distância entre aqueles que governam e aqueles que são governados.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia* – título por título em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. p. 213.

<sup>54</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Participação popular*. p.133.

Ademais, como leciona Paulo BONAVIDES, a democracia participativa representa direito positivado pelo art. 1º, parágrafo único da Constituição.<sup>55</sup> 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.<sup>56</sup>

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. Inicialmente, destaca-se o direito de participação popular, que aponta para a democratização da Administração Pública. A própria constitucionalização dos princípios da Administração (art. 37) indica que a Constituição buscou reestruturá-la de modo a dar concretude aos elementos democráticos que informam a República Federativa do Brasil.<sup>57</sup> Ademais, a conformação da atividade administrativa, vocacionada para a concretização dos direitos fundamentais, impõe que a atuação estatal seja democrática.<sup>58</sup> 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”<sup>59</sup>.

Para garantir a democratização da Administração Pública, extrai-se do texto constitucional o 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

---

<sup>55</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. p. 18-24.

<sup>56</sup> SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia – tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. p. 247.

<sup>57</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Democracia, Constituição e Administração Pública*. p. 95.

<sup>58</sup> PESSOA, Robertônio Santos. *Neoconstitucionalismo, política e administração pública: dilemas a serem enfrentados*. p. 46.

<sup>59</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o novo Código Civil*. p. 114.

direitos, como o direito de reclamação (previsto expressamente no art. 37, § 3º, inciso I da Constituição).<sup>60</sup>

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<sup>61</sup>, conforme apresentado no início deste tópico.<sup>62</sup> Em razão disso, aplica-se ao direito de participação o regime dos direitos fundamentais (Título II da Constituição).<sup>63</sup>

Pode-se afirmar a fundamentalidade formal do direito de participação na medida em que a Carta Magna, em seu art. 5º, § 2º, promoveu a abertura do rol de direitos fundamentais. Assim, a existência de direitos positivados não exclui outros, “podendo ser identificados direitos fundamentais enunciados em outros dispositivos da Constituição, em Tratados Internacionais ou, mesmo, serem deduzidos do sistema constitucional como direitos fundamentais implícitos”<sup>64</sup>. Conclui-se, então, que o direito de participação é direito fundamental, materialmente, haja vista que, mesmo não constando expressamente no texto constitucional, decorre dos princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático, ambos consagrados pela Constituição.<sup>65</sup>

De outro modo, deve-se considerar a fundamentalidade material do direito de participação na medida em que ele concretiza o Estado Democrático de Direito. 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.<sup>66</sup> Nesse sentido, pode-se considerar o direito de participação como direito implícito (em seu aspecto formal),

---

<sup>60</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na administração pública*. p. 27.

<sup>61</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Idem. Ibidem*.

<sup>62</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Idem. Ibidem*.

<sup>63</sup> É realizado estudo mais aprofundado sobre o direitos fundamentais no Capítulo 2 deste trabalho (item 2.1.1).

<sup>64</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 82-83.

<sup>65</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na administração pública*. p. 34.

<sup>66</sup> Para Bonavides, os demais direitos seriam: os de primeira geração, que são os direitos de resistência, de oposição ao Estado; os de segunda geração estão situados no contexto histórico do pós-segunda guerra, conformando a estrutura do Estado Social; os de terceira geração referem-se ao direito ao desenvolvimento, ao meio-ambiente (assentados na dimensão da fraternidade). BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 475-525.

e integrante da quarta geração de direitos, consagrando, no Brasil, o Estado Social e Democrático de Direito.<sup>67</sup>

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 verdadeiras demandas populares. Ou seja, a participação popular é determinante para a identificação do interesse público.<sup>68</sup> 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.)<sup>69</sup> – sujeitos responsáveis pela história que os envolve.

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.”<sup>70</sup>

Deve-se atentar ainda para o fato de que não basta que o administrador público goze de competência legal específica para que se considere que seus atos são dotados de legitimidade democrática. Não se confunde, portanto, competência com legitimidade.<sup>71</sup> Isso significa que o exercício do direito de participação faz com que as

---

<sup>67</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na administração pública*. p. 34.

<sup>68</sup> MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. p. 230-233.

<sup>69</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos*. p. 388.

<sup>70</sup> SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na administração pública*. p. 108.

<sup>71</sup> Deve-se compreender, na linha de Álvaro Cruz e Gibson Armanelli, que a legitimidade não se confunde com legalidade: ainda que a decisão administrativa seja *legal*, ela poderá não ser *legítima*, caso esteja em descompasso com as prioridades estabelecidas pela Constituição. Ou seja, o exercício das competências constitucionais e legais deve levar em conta as exigências definidas pela

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.<sup>72</sup> 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.<sup>73</sup>

A busca da boa Administração, portanto, não ocorre com a fuga do regime jurídico-administrativo. Como apresentado no tópico 1.1.2, apesar das tentativas de reforma, o modelo burocrático continua vigente. O que se buscou mostrar até este momento foi justamente que não é preciso desrespeitar a Constituição para que se tenha uma Administração Pública que atenda às suas finalidades.

Na sequência, serão trabalhados os mecanismos previstos pelo texto constitucional que permitem a inserção da comunidade nos espaços de deliberação pública.

### ***1.2.2 Mecanismos de participação popular***

A Constituição, portanto, estabelece um projeto de democratização das esferas públicas. E, através do direito de participação, é destacado que a atuação popular na esfera administrativa deve ser ativa. Nas palavras de CLÈVE, “vivemos, hoje, um momento em que se procura somar a técnica necessária da democracia representativa com as vantagens oferecidas pela democracia direta”<sup>74</sup>.

Antes de tratar diretamente sobre os mecanismos que viabilizam o exercício do direito de participação, é importante ressaltar algumas pré-condições exigidas para que se tenha uma Administração Pública democrática já em seus órgãos internos: (i) a substituição de estruturas autoritárias, que ainda persistem em setores da Administração, por espaços de deliberação coletiva, ou colegial; (ii) selecionar mediante votação as pessoas que forem ocupar cargos de direção individual; (iii)

---

Constituição para ser legítimo. CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GIBSON, Sérgio Armanelli. *Direito Administrativo em enfoque: as contribuições da Teoria Discursiva de Jürgen Habermas*. p. 8266.

<sup>72</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. p. 214-215.

<sup>73</sup> ANDRADE, Mariana Drumond. *A crise de representatividade e a democracia participativa*. p. 31.

<sup>74</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*. p. 16.

transparência na condução dos processos administrativos.<sup>75</sup> Isso significa que a democratização interna da Administração representa um passo de extrema importância para que a sua relação com a sociedade seja democratizada.

Já adentrando o estudo dos instrumentos disponíveis para a concretização do direito de participação, é apresentada, inicialmente, uma enumeração feita por Clémerson CLÈVE, que evidencia 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).<sup>76</sup>

Por outro lado, há instrumentos que permitem uma participação direta do cidadão no âmbito decisório do Estado. Participar *diretamente* significa a inserção do indivíduo nos processos de decisão estatal, sem intermediários. É o exercício da soberania popular. Essa forma de participação direta ocorre sobretudo através da utilização dos instrumentos de caráter político-legislativo, previstos no art. 14 da Constituição Federal: (i) plebiscito (decidir previamente uma questão política ou institucional); (ii) referendo (ratificar ou rejeitar projeto aprovado pelo Congresso); (iii) iniciativa popular.<sup>77</sup>

Tais mecanismos são regulamentados pela Lei nº 9.709/98. Quanto à normatização do plebiscito e do referendo, a Lei atribui ao Poder Público (Congresso Nacional) a competência para convocá-los. Ou seja, apesar de existente a

---

<sup>75</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. p. 433.

<sup>76</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional* (e de Teoria do Direito). p. 17-22.

<sup>77</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. *Idem*. p. 26-27.

regulamentação, permanece “a chave da participação na mão dos representantes”<sup>78</sup>. Já a iniciativa popular, por sua vez, apresenta requisitos que transformam sua utilização concreta em sonho quase impossível<sup>79</sup>. Ainda, a ausência de previsão de outros mecanismos, como o veto popular e a revocatória de mandato, acabam por restringir de maneira bastante significativa a capacidade de exercício direto da soberania popular.<sup>80</sup>

Entretanto, mais relevante para os objetivos deste trabalho são as formas de participação no processo decisório administrativo. Para que ela seja viabilizada, CLÈVE apresenta alguns pressupostos: (i) o direito à informação (art. 5º, XXXII) e à obtenção de certidões em repartições públicas (art. 5º, XXXIV); (ii) a democratização da própria Administração Pública, internamente; (iii) a adoção, por parte dos administrados, de uma postura mais cidadã, consciente de sua relevância na esfera da ação administrativa.<sup>81</sup>

A partir dessas condições, o autor divide a participação administrativa em duas 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.<sup>82</sup>

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

---

<sup>78</sup> SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia* – tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. p. 246.

<sup>79</sup> O art. 13 da Lei nº 9.709/98 determina que o projeto de lei de iniciativa popular, para ser apresentado à Câmara dos Deputados, deverá ser “subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.”

<sup>80</sup> SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia* – tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. p. 228.

<sup>81</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional* (e de Teoria do Direito). p. 29-30.

<sup>82</sup> CLÈVE, Clémerson Merlin. *Idem*. p. 31.

públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação (art. 194, parágrafo único, inciso VII da CF); o direito de o cidadão denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas (art. 74, § 2º, CF); a participação do produtor e trabalhador rural no planejamento e execução da política agrícola (art. 187, CF); a participação da sociedade e dos Poderes Públicos nas iniciativas referentes à seguridade social (art. 194, CF); caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados na seguridade social (art. 194, VII, CF), o que se reafirma com relação à saúde (art. 198, III, CF) e à assistência social (art. 204, II, CF); gestão democrática do ensino público (art. 206, VI, CF); colaboração da comunidade na proteção do patrimônio cultural (art. 216, § 1º, CF).

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.<sup>83</sup> E, para que seja viabilizada essa interlocução, devem ser estabelecidos espaços públicos de diálogo, mecanismos que permitam a participação popular nos processos de deliberação. 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<sup>84</sup> (como apresentado acima).

A participação popular procedimental pode ter lugar (i) na fase instrutória (informativa), (ii) na fase decisória dos procedimentos administrativos, e (iii) na fase de execução (implementação da decisão).<sup>85</sup>

A participação na fase instrutória visa ao fornecimento de maiores subsídios para a decisão a ser tomada, possuindo caráter meramente informativo, ou seja, não vinculando a Administração. De maneira semelhante ocorre quando a participação

---

<sup>83</sup> OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. *Participação administrativa*. p. 180.

<sup>84</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos*. p. 389.

<sup>85</sup> OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. *Participação administrativa*. p. 181-182.

toma lugar na fase de execução – com a decisão administrativa já definida, a atuação popular servirá apenas para informar a Administração sobre eventuais correções do plano. Assim, nota-se que mais relevante é a participação inserida na fase decisória, quando os resultados obtidos por mecanismos participativos terão caráter vinculante sobre a atividade administrativa.<sup>86</sup>

Rogério Gesta LEAL destaca algumas modalidades de participação popular, inseridas no processo decisório administrativo: (i) a consulta popular sobre algumas questões envolvendo demandas comunitárias (participação na fase instrutória); (ii) o debate público, que permite à Administração ter acesso às diversas posições existentes na coletividade a respeito de determinados assuntos (participação na fase instrutória); (iii) as audiências públicas<sup>87</sup> (mecanismo também de participação na fase instrutória).<sup>88</sup> Ainda, Gesta LEAL destaca as experiências do município de Porto Alegre com o orçamento participativo e com os conselhos municipais (de diversos setores, como saúde e educação), nas quais a participação popular é de caráter decisório.<sup>89</sup>

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.

O exemplo dos conselhos municipais é de extrema relevância para o objeto deste trabalho. Os conselhos municipais de saúde (como se verá de maneira detalhada no item 3.1.2, abaixo), previstos pela Lei nº 8.142/90, representam espaço privilegiado para que a comunidade seja inserida nos processos decisórios da Administração Pública. Ao se democratizar a gestão da saúde, as políticas sanitárias definidas no âmbito dos conselhos municipais serão mais bem informadas, de modo a garantir que as ações do Poder Público sejam direcionadas para as reais demandas populares.

---

<sup>86</sup> OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. *Participação administrativa*. p. 182.

<sup>87</sup> 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.

<sup>88</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos*. p. 396.

<sup>89</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Idem*. p. 400-402.

Verifica-se, portanto, que a democratização da Administração Pública decorre de imposição constitucional, seja por seu conteúdo axiológico, seja por previsão expressa em vários dispositivos. Ademais, ressalta-se a *participação procedimental* – notadamente quando inserida na fase decisória – como modo de se viabilizar que a comunidade participe das decisões administrativas, a partir do modelo burocrático estabelecido constitucionalmente<sup>90</sup>, mecanismo indispensável para que o direito à saúde possa ser concretizado.

---

<sup>90</sup> CASIMIRO, Lígia Maria Mello de. *Novas perspectivas para o Direito Administrativo: a função administrativa dialogando com a juridicidade e os direitos fundamentais sociais*. p. 118.

## **CAPÍTULO II – DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

### **2.1 Regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais sociais**

Antes de iniciar o tratamento específico do direito fundamental à saúde – objeto principal deste capítulo –, é importante realizar breve estudo a respeito do regime jurídico-constitucional dos direitos sociais, categoria em que se enquadra o direito à saúde, tendo em vista o disposto pelo art. 6º da Constituição Federal<sup>91</sup>. Assim, o ponto 2.1.1 apresentará (i) as razões da fundamentalidade formal e material dos direitos sociais, (ii) os aspectos subjetivos e objetivos desses direitos, e (iii) a classificação funcional dos direitos fundamentais (a partir da qual se torna possível compreender a real extensão de cada direito, e como ele pode ser exigido nas diversas situações). Na sequência, o ponto 2.1.2 verificará (i) como se opera a eficácia jurídica dos direitos sociais, além de (ii) analisar os limites à sua efetividade, geralmente colocados em razão da chamada “reserva do possível”, para, enfim, (iii) traçar algumas considerações a respeito da forma como a doutrina tem encarado o núcleo mínimo de eficácia dos direitos sociais (o “mínimo existencial”).

#### ***2.1.1 Direitos sociais: fundamentalidade formal/material, aspectos subjetivos/objetivos e classificação***

De início, deve-se destacar que a Constituição Federal de 1988 outorgou especial relevância à proteção dos direitos fundamentais. Apesar de serem previstos em outras Cartas, foi com a reabertura democrática que a tutela dos direitos e garantias fundamentais assumiu importância destacada na sistemática constitucional. Isso se depreende, em um primeiro momento, do extenso e diversificado rol de dispositivos apresentados não só no Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), mas

---

<sup>91</sup> Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

também ao logo de todo o texto da Constituição, o que denota o reconhecimento de garantias que abrangem os mais variados âmbitos da vida humana.<sup>92</sup>

Considerando a existência desse regime destacado de direitos e garantias fundamentais, deve-se analisar a natureza jusfundamental dos direitos sociais, tanto no âmbito formal como no material, o que justifica a incidência da proteção constitucional reforçada a esses direitos.

Acolhidos expressamente pelo Capítulo II (“Dos Direitos Sociais”) da Constituição de 1988, os direitos sociais (art. 6º a 11 da CF) integram o Título II do texto constitucional, dedicado aos direitos e garantias fundamentais. Contudo, os diversos dispositivos que compõem esse Título podem ser diferenciados verificando-se a forma com que articulam as idéias de igualdade e universalidade.<sup>93</sup>

Nessa toada, é de se notar a existência de, ao menos, dois grandes grupos de direitos fundamentais. O primeiro, cuja nomenclatura consagrada pela doutrina é a de “direitos individuais e civis”, caracteriza-se pela equiparação abstrata dos indivíduos, considerados todos iguais e livres (universalidade). Historicamente, tais direitos têm origem na Revolução Francesa, especificamente com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, cujo art. 1º estabelecia que “todos os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”. Nesse contexto, os direitos caracterizavam um poder de resistência dos sujeitos perante o Estado, até então absolutista, marcando o advento do Estado Liberal.<sup>94</sup>

O outro grupo, de maior relevância para este trabalho, compreende os direitos econômicos, sociais e culturais. A principal diferença deste grupo para o primeiro é a consideração da desigualdade fática entre os sujeitos, ou seja, o pressuposto não é mais o de igualdade e liberdade (“todos são livres e iguais”), obtido por equiparação

---

<sup>92</sup> FILETI, Narbal Antônio Mendonça. *A fundamentalidade dos direitos sociais e a proibição do retrocesso social*. p. 70-72.

<sup>93</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. p. 64.

<sup>94</sup> O jurista italiano Norberto BOBBIO considera a existência de quatro gerações de direitos humanos (que se diferenciam dos direitos fundamentais na medida em que estes representam os direitos humanos positivados na ordem jurídica de cada país), que, embora não sejam incompatíveis umas com as outras, têm sua origem definida de acordo com a evolução social, política e tecnológica da sociedade (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos* (trad. Carlos Nelson Coutinho). Rio de Janeiro: Campus, 1992). Ainda, ver nota de rodapé nº 66 (classificação de Bonavides).

abstrata para proteger os cidadãos das ingerências do Estado, mas sim o pressuposto, apreendido da realidade concreta, de que a diferença material existente entre as pessoas as impossibilita de satisfazerem suas necessidades de maneira autônoma.

Nesse sentido, a universalidade da concretização dos direitos sociais é encarada como um dado a ser atingido, e não como um pressuposto; da mesma forma, não se pode falar em igualdade, haja vista que as desigualdades fáticas demandam que sejam operadas discriminações para que a igualdade possa ser alcançada.<sup>95</sup> O direito fundamental à saúde é espécie de direito social, na medida em que a sua efetivação representa etapa indispensável para que os indivíduos possam satisfazer autonomamente as suas necessidades.

Compreendida a noção histórica dos direitos sociais, facilita-se a análise da fundamentalidade material desses direitos. Identifica-se que um direito é materialmente fundamental na medida em que é possível reconduzi-lo à ordem de valores estabelecida em determinada comunidade, bem como às suas circunstâncias políticas, econômicas e culturais.<sup>96</sup> Pode-se afirmar que a materialidade fundamental indica o conteúdo “das decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade”<sup>97</sup>, razão pela qual deve ser analisado o conteúdo do direito para aferir se é ou não materialmente fundamental. A ordem de valores, bem como as decisões fundamentais sobre a sociedade e o Estado brasileiros, é obtida, a princípio, do texto constitucional.<sup>98</sup> Nesse ponto, deve-se ressaltar que a Constituição de 1988, através do § 2º do art. 5º, determina uma abertura material<sup>99</sup> em relação aos direitos fundamentais, pois determina que os direitos expressos no texto constitucional não excluem a existência de outros, igualmente fundamentais, que decorram “do regime e

---

<sup>95</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. p. 65.

<sup>96</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Idem*. p. 67.

<sup>97</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 89.

<sup>98</sup> Dele se apreendem os princípios fundamentais da República (art. 1º), os objetivos fundamentais (art. 3º), os princípios que regem as relações internacionais (art. 4º), os valores consignados no Preâmbulo, além dos direitos fundamentais (Título II), dos princípios e normas gerais do Sistema Tributário Nacional (arts. 145 a 150), dos princípios gerais da atividade econômica (notadamente o art. 170), e dos dispositivos que constituem a “Ordem Social” (Título VIII). Essas disposições do texto constitucional permitem identificar a fundamentalidade material de um direito.

<sup>99</sup> Sobre o conceito materialmente aberto da Constituição, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 92 e ss.

dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Por seu turno, a fundamentalidade formal relaciona-se à positivação do direito no texto da Constituição – que, no caso dos direitos sociais, corresponde ao capítulo II do Título II – outorgando-lhe a supremacia e a força normativa ínsitos à norma constitucional em que se encontra localizado o direito.<sup>100</sup> Ainda, há que se considerar que os critérios material e formal devem ser considerados complementarmente para se auferir a fundamentalidade de um direito; não são, portanto, excludentes.<sup>101</sup> E, como se verá adiante (item 2.2.2), o direito à saúde é direito fundamental, material e formalmente.

Definida a fundamentalidade dos direitos sociais, importante fazer alguns apontamentos sobre as dimensões subjetiva e objetiva que podem assumir esses direitos (na qualidade de direitos fundamentais). Quanto ao primeiro aspecto, os direitos sociais podem funcionar como direitos subjetivos, ou seja, o indivíduo titular de direito fundamental pode buscar o Poder Judiciário para que seu interesse juridicamente tutelado seja imposto em detrimento de outrem. É de se notar, nesta seara, que a complexidade dos direitos fundamentais (que edificam posições estruturalmente diversas – como se verá na sequência, quando for tratada a classificação dos direitos fundamentais) faz concluir que o nível de exigibilidade do direito é variável de acordo com sua densidade normativa.<sup>102</sup>

A dimensão objetiva decorre do poder que possuem os direitos fundamentais de conformação da realidade jurídico-política. Significa dizer que esses direitos, além de garantirem posições jurídicas individuais a seus titulares, também impõem diretrizes de atuação para as políticas públicas, ou seja, fixam prioridades para a atuação estatal (Executivo, Legislativo e Judiciário), bem como para a atuação dos particulares.<sup>103</sup> Destaca-se que o direito à saúde é exigível como direito subjetivo, bem

---

<sup>100</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. p. 67.

<sup>101</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Idem. Ibidem*.

<sup>102</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 179-180.

<sup>103</sup> FILETI, Narbal Antônio Mendonça. *A fundamentalidade dos direitos sociais e a proibição do retrocesso social*. p. 53.

como impõe ao Poder Público a adoção de medidas concretizadoras, ou seja, da garantia de um sistema de saúde pública que atenda às demandas da sociedade (aspecto objetivo).

Para finalizar este tópico resta abordar a classificação dos direitos fundamentais. Como visto acima, esses direitos não possuem função única (podendo assumir posição subjetiva ou objetiva). Assim, classificá-los permite que sejam vistos de maneira global e sistemática, além de contribuir “para sua interpretação, enquadramento funcional e determinação do regime jurídico aplicável”<sup>104</sup>.

É adotada, neste trabalho, a classificação funcional<sup>105</sup>, que segundo a função principal exercida, poderá o direito ser enquadrado como de defesa ou a prestações. Como direitos de defesa, representam limites ao poder do Estado, protegendo o âmbito de liberdade dos indivíduos contra ingerências indevidas. Trata-se de um dever de abstenção.<sup>106</sup>

Como direitos a prestações, os direitos fundamentais se destinam a garantir o exercício dos clássicos direitos de liberdade, o que demanda em grande parte uma atuação positiva do Estado. Ainda, os direitos a prestações englobam dois subgrupos: o dos 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) e os direitos a prestações em sentido estrito (direitos a prestações materiais sociais).<sup>107</sup>

É de se ressaltar, ainda, que os direitos de defesa e os direitos a prestações atuam em relação de complementariedade. Isso significa que o mesmo direito, em determinadas ocasiões, poderá atuar como direito de defesa, enquanto que, em outra situação, ensejará um direito a prestação.<sup>108</sup> É o caso do direito à saúde, que ao mesmo tempo em que impõe obrigações negativas, atuando como direito de defesa (de

---

<sup>104</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 187.

<sup>105</sup> Tal classificação foi formulada, inicialmente, por Alexy, sendo desenvolvida por Canotilho e adaptada à realidade constitucional brasileira por Ingo Sarlet. Sobre a adequação dessa classificação ao contexto brasileiro, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*. p. 186-197.

<sup>106</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. p. 40.

<sup>107</sup> Para um estudo profundo a respeito da classificação apresentada, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 197-241.

<sup>108</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. p. 42.

abstenção, ou seja, de que a saúde, individual ou coletivamente considerada, não seja prejudicada), determina intervenções positivas, no sentido de direitos a prestações em sentido amplo (direito a participação no procedimento de definição das políticas sanitárias) e em sentido estrito (direito a prestações materiais, como fornecimento de medicamentos, tratamentos de saúde adequados etc.).

### ***2.1.2 A aplicabilidade imediata dos direitos sociais, os limites à sua efetividade (reserva do possível) e a definição de um núcleo essencial mínimo (mínimo existencial)***

Os direitos fundamentais, dos quais os direitos sociais são espécie, apresentam regime jurídico-constitucional reforçado em razão da previsão contida no § 1º do art. 5º da Constituição, segundo o qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Esse dispositivo garante força normativa autônoma às normas que definem direitos fundamentais, autorizando-as a irradiarem efeitos ainda que ausente lei de ordem infraconstitucional.<sup>109</sup>

Conforme assevera Ingo SARLET, o § 1º, art. 5º da Constituição representa mandado de otimização ou maximização, possuindo natureza principiológica<sup>110</sup>, e que determina a obrigação de que seja atribuída, pelo aplicador do direito, a mais alta eficácia possível aos dispositivos que consagram direitos fundamentais. Como consequência, a cláusula faz surgir uma presunção *juris tantum* que opera a favor da aplicabilidade imediata e da máxima eficácia aos direitos fundamentais. Ainda, impõe o dever de ampla argumentação para que, no caso concreto, seja adotada posição que

---

<sup>109</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. p. 70.

<sup>110</sup> Deve-se considerar a lição de Alexy, segundo a qual regras e princípios são normas jurídicas. A diferença entre eles é essencialmente qualitativa: os princípios representam mandados de otimização (direitos *prima facie*) que podem ser concretizados em diversos níveis, a depender das possibilidades fático-jurídicas; as regras, por outro lado, configuram normas que não possibilitam gradações, devendo ser cumpridas se preenchidos seus requisitos (ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. p. 86-87). Ainda, merece destaque a classificação das normas constitucionais feita por Ingo Sarlet, segundo a qual existem normas de alta densidade normativa, que permitem pequena margem de conformação pelo aplicador, e normas de baixa densidade normativa, que asseguram maior poder de definição pelo aplicador do direito. As normas que definem direitos a prestações materiais, dentre as quais se insere o direito à saúde, representariam normas de baixa densidade normativa (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 250).

restringa a eficácia jurídica desses direitos.<sup>111</sup> A presunção de aplicabilidade se estende não só aos direitos de defesa, mas também aos direitos a prestações em sentido amplo (direitos à proteção e à participação na organização e procedimento) e aos direitos a prestações em sentido estrito (direitos a prestações materiais).<sup>112</sup>

Vale ressaltar que o art. 5º, § 1º da Constituição representa cláusula de vinculação aos Poderes Públicos e aos particulares, excluindo da esfera da discricionariedade a aplicação dos direitos fundamentais. O referido dispositivo deve ser considerado de maneira conjugada ao disposto no art. 60, § 4º, inciso IV, que impede a votação de Emenda Constitucional que tenha como objeto a abolição de direitos e garantias fundamentais, os quais constituem, portanto, limites materiais ao poder de reforma da Constituição (“cláusulas pétreas”)<sup>113</sup>. Nesse sentido, compreende-se que o texto constitucional garantiu às normas de direito jusfundamental uma eficácia reforçada.<sup>114</sup>

Apesar de juridicamente apresentarem eficácia reforçada, no âmbito da efetividade os direitos sociais encontram severas restrições. Normalmente, os limites impostos à efetivação desses direitos têm por fundamento a teoria da reserva do possível. Essa construção teórica teve origem principalmente com os estudos de dois juristas alemães, Won Martens e Peter Häberle, durante a década de 1970. Häberle formulou a idéia de “reserva de caixas financeiras” para defender a posição de que os direitos sociais a prestações materiais dependeriam da capacidade financeira do Estado, na medida em que as prestações ensejariam dispêndio de recursos públicos. Martens, por seu turno, defendeu que os direitos públicos subjetivos seriam exigíveis apenas na esfera do possível e do adequado.<sup>115</sup>

---

<sup>111</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*. p. 58-59.

<sup>112</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. p. 72.

<sup>113</sup> Sobre um estudo detalhado a respeito dos direitos fundamentais sociais como cláusulas pétreas, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como cláusulas pétreas. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano 5, n. 17, p. 56-74, jan./fev. 2003.

<sup>114</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 87.

<sup>115</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. p. 131-132

A Corte Constitucional Federal da Alemanha aplicou a noção de reserva do possível pela primeira vez em ação que versava sobre o acesso ao ensino superior alemão. Baseado na Lei Federal alemã, segundo a qual é assegurada a livre escolha de trabalho, ofício ou profissão, um grupo de estudantes tentou obter, judicialmente, o ingresso em faculdade de medicina que lhes havia negado matrícula devido à ausência de vagas. A Corte, então, negou-lhes o pedido, por não ser razoável exigir do Estado prestação material que estivesse fora de seu alcance. Destaque-se que houve a inversão do ônus da prova, cabendo ao Poder Público comprovar que não havia condições de disponibilizar vagas para todos os estudantes.<sup>116</sup>

Ocorre que a reserva do possível foi recepcionada de maneira praticamente acrítica, desconsiderando-se as profundas diferenças entre a realidade brasileira e alemã, sobretudo quato ao nível de satisfação das necessidades básicas da população. Nesse sentido, o princípio assumiu o significado de que os direitos sociais a prestações materiais apenas poderiam ser efetivados se o Estado dispusesse de recursos financeiros (análise esta que ficaria a cargo da discricionariedade do Executivo e do Legislativo, conforme constasse no orçamento público).<sup>117</sup> SARLET aponta que, a partir das formulações da doutrina, a reserva do possível abarcaria dois âmbitos principais: (i) uma dimensão fática, ligada à idéia de disponibilidade de recursos materiais (geralmente tomados em sentido equivalente a recursos financeiros), e (ii) uma dimensão jurídica, referente à competência do órgão responsável pela concretização do direito a prestações materiais para deliberar a respeito da destinação dos recursos disponíveis.<sup>118 119</sup>

Relativamente ao orçamento público, a reserva do possível faz referência à escassez de recursos existentes, no sentido de limitação às possibilidades de efetivação

---

<sup>116</sup> KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. p. 52.

<sup>117</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. p. 132.

<sup>118</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 67-68.

<sup>119</sup> Deve-se ressaltar, contudo, que a reserva do possível não implica inexistência de vinculação, por parte do Poder Público, quanto à concretização dos direitos sociais. Isso é mais evidente quando se considera o sistema constitucional pátrio, que assevera eficácia jurídica reforçada aos direitos fundamentais FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. p. 133.

dos direitos sociais (sobretudo os direitos a prestações materiais). De outra forma, insere a questão dos limites à intervenção do Poder Judiciário quanto à efetivação judicial dos direitos sociais.<sup>120</sup> A escassez é termo que provém da Economia e faz referência à idéia de finitude dos recursos financeiros existentes. Ou seja, estando o Estado adstrito aos recursos provenientes da arrecadação tributária, haverá limitações fáticas inafastáveis para a realização das mais variadas despesas existentes (por exemplo, gastos relativos à manutenção da estrutura administrativa, gastos com a implementação de direitos sociais ou de outros direitos etc.).<sup>121</sup>

Contudo, é importante considerar que a concretização dos direitos sociais deve levar em conta uma série de fatores, dentre eles o sistema jurídico em questão, o nível tecnológico atingido, os valores culturais de cada sociedade etc. Nesse quadro, a reserva do possível mostra-se como um dos condicionantes existentes. Atribuir a essa construção teórica o posto máximo da análise da restrição à efetividade dos direitos representa tentativa de ocultamento dos demais fatores que tocam o tema. Ainda mais quando se considera a capacidade econômica do Estado brasileiro, com um PIB anual de 1,8 trilhão de dólares<sup>122</sup> (8ª maior potência mundial, caminhando para se tornar a 7ª). Há recursos suficientes.<sup>123</sup> O problema maior está em vincular a Administração a destinar o dinheiro público às prioridades estabelecidas constitucionalmente, de modo a satisfazer as necessidades sociais da população.

Ademais, uma defesa rígida da construção teórica da reserva do possível poderia conduzir à conclusão de ineficácia dos direitos sociais prestacionais, retirando-lhes sua natureza fundamental, material e formalmente.<sup>124</sup> Ressalte-se que tal construção, elaborada em ambiente europeu, no contexto da década de 1970, partia do pressuposto de um estado de efetividade satisfatória dos direitos sociais,

---

<sup>120</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Idem*. p. 133-134.

<sup>121</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. p. 86.

<sup>122</sup> Disponível em <http://data.worldbank.org/indicador/NY.GDP.MKTP.CD>

<sup>123</sup> Apenas para ilustrar, previsões do Tribunal de Contas da União revelam que serão destinados R\$ 25 bilhões de recursos da União para a Copa do Mundo de 2014. Disponível em [http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/detalhes\\_noticias?noticia=2141034](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/detalhes_noticias?noticia=2141034)

<sup>124</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde*: parâmetros para sua eficácia e efetividade. p. 137-138.

diferentemente da realidade brasileira.<sup>125</sup> A questão se torna mais grave na questão sanitária, tendo em vista que a concretização do direito à saúde ainda não atingiu níveis básicos em diversas regiões do país.

Como assevera Jorge NOVAIS, a reserva do possível deve configurar um mandado de otimização dos direitos fundamentais.<sup>126</sup> Ou seja, pela dificuldade de se delimitar a extensão dos direitos sociais, sobretudo os direitos a prestações materiais, a reserva do possível deve ser compreendida como imposição de que o direito deverá ser efetivado da maneira mais profunda possível (entendimento, aliás, que se coaduna com a aplicabilidade imediata dos direitos sociais, que geram uma presunção relativa em favor da efetivação). Quanto ao direito à saúde, deve-se ressaltar o contido no art. 12 do Pacto Internacional de Direito Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), do qual o Brasil é Estado-parte. Prevê esse dispositivo, em seu item 1, que “os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental.” A reserva do possível, portanto, não pode ser compreendida como mecanismo de restrição da efetividade dos direitos; pelo contrário, considerando a normativa vigente, deve atuar, conforme preleciona NOVAIS, como forma de direcionar a atuação do Poder Público para a concretização dos direitos fundamentais, em geral, e do direito à saúde, em especial, tal como prescreve a Constituição.

Por outro lado, a formulação do “mínimo existencial” representa uma construção teórica que visa conferir efetividade às normas constitucionais que contêm direitos fundamentais (sobretudo os sociais), evitando a não concretização do direito com fundamento na reserva do possível. Como tal construção não encontra assento explícito no texto constitucional, a doutrina conceitua o mínimo existencial como um

---

<sup>125</sup> A título de comparação, no final da década de 1970, a taxa de mortalidade infantil na Suécia era de 6,9 mortes a cada 1.000 nascimentos. No estado de São Paulo, nesse período, o número era de 47,9. Dados disponíveis em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-89101987000300013](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89101987000300013)

<sup>126</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 295-297.

dado pré-constitucional<sup>127</sup>, ou como direito fundamental (que decorre do Estado Social e do direito à vida). Ana Paula de BARCELLOS<sup>128</sup> considera o mínimo existencial como “subcategoria” de direitos fundamentais, enquanto que Ingo SARLET<sup>129</sup> o considera como direito fundamental composto por alguns direitos a prestações indispensáveis (como a educação e a saúde). Importante destacar que, a despeito da opção quanto à natureza jurídica do mínimo existencial, os autores o consideram como instrumento que possibilita a efetivação das condições de vida mínimas que viabilizem o exercício, pelo sujeito, das liberdades que lhe são asseguradas pelo ordenamento jurídico.

Dentro do tema, merece reflexão o vínculo existente entre direitos sociais e mínimo existencial. Nessa seara, há principalmente duas posições que merecem destaque: (i) a natureza de direito fundamental dos direitos sociais estaria assegurada apenas quanto ao conteúdo delimitado pelo mínimo existencial;<sup>130</sup> (ii) a incapacidade da teoria do mínimo existencial de atingir seus objetivos, tendo em vista que a dificuldade de se estabelecer o núcleo mínimo de proteção permitiria a “barganha” de direitos fundamentais.<sup>131</sup> A primeira corrente parece equivocada na medida em que a Constituição não faz qualquer ressalva ou restrição quanto à fundamentalidade dos direitos sociais. Ademais, as razões para a não concretização dos direitos sociais não reside no âmbito da eficácia jurídica, e sim nas impossibilidades concretas de sua realização.

Quanto à segunda posição, também parece inadequado rejeitar um instrumental teórico que se destina a garantir a efetividade dos direitos sociais. Nesse sentido, deve-se considerar que cada direito social possui um conteúdo mínimo, que se amolda à realidade concreta considerada. A tal conteúdo não pode ser oposta argumentação que restrinja sua eficácia. De qualquer forma, essa questão será

---

<sup>127</sup> Informa Ricardo Lobo Torres que, apesar de ser dado pré-constitucional, representa condicionante da ordem jurídica. TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. V. 3. p. 144 e ss.

<sup>128</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. p. 43.

<sup>129</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 325.

<sup>130</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. V. 3. p. 37.

<sup>131</sup> BARRETTO, Vicente Paulo. *Reflexões sobre os direitos sociais*. p. 122.

abordada novamente no Capítulo 3, item 3.1.2 do trabalho, que terá por objeto analisar a utilização da idéia de políticas públicas para a construção do conteúdo material do direito à saúde.

## **2.2 Direito fundamental à saúde**

O subcapítulo 2.1 teve como objetivo fornecer o instrumental teórico que permitisse realizar uma análise mais acurada a respeito do direito à saúde. Assim, foi analisada a natureza jurídica dos direitos sociais (fundamentalidade formal e material), bem como suas dimensões subjetiva (direitos subjetivos) e objetiva (como determinante de deveres de conduta ao Estado e às partes), e sua classificação funcional (direitos a prestações e direitos de defesa). Desse modo, torna-se nítida a relevância desses direitos para que os objetivos traçados pela Constituição possam ser alcançados, sobretudo porque a satisfação dos direitos sociais representa verdadeira condição para que as liberdades civis possam ser exercidas. Nessa via, estudar a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, bem como os limites materiais impostos à sua efetividade, representa verdadeiro pressuposto teórico para que se possa analisar adequadamente as possibilidades de concretização dos direitos sociais. Ainda, tal estudo enriquece a compreensão a respeito da conformação constitucional da Administração Pública (Capítulo I), notadamente na medida em que a atividade administrativa é direcionada pela Constituição à realização do interesse público.

Na sequência, objetivando verticalizar as formulações apresentadas no subcapítulo anterior, será realizado, a princípio, um delineamento do conteúdo assumido pelo direito à saúde. Ainda, Tal esforço se justifica, pois é a partir da dimensão dada ao termo que se poderá estabelecer a abrangência do próprio direito à saúde, seu alcance e os limites a sua eficácia e efetividade. Na sequência, finalmente se abordará a conformação constitucional do direito à saúde, analisando-se as disposições normativas que regem o tema, bem como definindo as funções que esse direito pode assumir, seja como direito de defesa, seja como direito a prestações.

### 2.2.1 Delineamento do conteúdo do direito à saúde

Antes mesmo de se verificar como o conteúdo do direito à saúde é delineado em termos teóricos, é importante destacar que a própria concepção da saúde como *direito* é algo recente. Sobretudo após a II Guerra Mundial<sup>132</sup> que as questões sanitárias passam a fazer parte das pautas políticas dos governos, conferindo-se proteção à saúde a partir de uma racionalidade econômica: o progresso e reconstrução da economia dependiam de trabalhadores saudáveis. Neste momento, os países centrais europeus enquadram o conceito de saúde no âmbito da “seguridade social” (que engloba, além da saúde, a previdência social e os sistemas de assistência social).<sup>133</sup>

Quanto à realidade brasileira, apenas a Constituição Federal de 1988 traz dispositivo que garante expressamente o direito à saúde (como se verá no item 2.2.2, abaixo). No limite, os textos constitucionais de 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969 contêm apenas regras de competência legislativa na esfera sanitária.

Ainda que não representasse direito de *status* constitucional, na década de 30 (do século XX) alguns serviços de saúde curativa passaram a ser ofertados pelo Estado brasileiro, com a criação do Ministério da Educação e da Saúde Pública, mas ainda de maneira não universalizada. Apenas tinham acesso a tais serviços os trabalhadores que contribuía para os institutos de previdência (IAPs – Institutos de Aposentadoria e Pensão). Antes desse período, merece destaque a Lei de Vacina Obrigatória, promulgada pelo governo do presidente Rodrigues Alves (1902-1906), que determinou a obrigatoriedade da vacina anti-varíola no município do Rio de Janeiro, exigindo-se atestado de vacinação para que o cidadão pudesse ter acesso a empregos públicos, matrícula nas escolas, casamentos etc. Era inclusive permitido o uso de força policial

---

<sup>132</sup> Ateste-se que é com a consolidação do Estado Liberal (séculos XVIII e XIX) que se firma a idéia de que a saúde se trata de questão de Estado. Mas isso em razão de necessidades pragmáticas: com a Revolução Industrial, somada ao processo de urbanização decorrente e às condições insalubres em que viviam os operários, os problemas de saúde proliferavam rapidamente. Como o lucro dos empresários dependia das boas condições físicas dos trabalhadores – e como o comando estatal encontrava-se em poder da própria burguesia – o problema da saúde foi transferido ao Estado. DALLARI, Sueli Gandolfi. *Uma nova disciplina: o direito sanitário*. p. 87-88.

<sup>133</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi. *Idem*. p. 89.

para obrigar a população a se vacinar. O caráter impositivo dessa política foi tão forte que provocou a chamada “Revolta da Vacina”. Este quadro permaneceu na época do regime militar, tendo direito a atendimento na rede pública de saúde apenas quem trabalhava com carteira assinada.<sup>134</sup> Apenas com a Constituição de 1988 o panorama se modificou, conforme se verá no próximo tópico (2.2.2).

Apontam DALLARI e VENTURA que o final do século XX tem se caracterizado por um recuo do Estado em relação à responsabilidade pela saúde, sobretudo nos países periféricos, permanecendo o Poder Público com papel apenas subsidiário. Ademais, as decisões em saúde estariam sendo definidas não mais em razão de critérios epidemiológicos, mas principalmente com base em considerações de ordem econômica, a partir de uma relação de custo-benefício. Essa nova racionalidade tem promovido uma diminuição nos gastos com prevenção, por exemplo – elemento que possui íntima ligação com a idéia de saúde pública.<sup>135</sup> Entretanto, no caso brasileiro é importante destacar que essa tendência vem sendo modificada nos últimos anos. Como exemplo, verifica-se que os gastos públicos federais com saneamento básico (item fundamental na prevenção de problemas de saúde) subiram de 5,5 (em 2004) para 13,12 bilhões de reais (em 2008).<sup>136</sup>

Merece destaque o conceito utilizado pela Organização Mundial da Saúde (órgão que integra a ONU), que apesar de bastante genérico, é reiteradamente utilizado como referência para as ações de Estado na esfera sanitária. No preâmbulo da Constituição da OMS, a saúde é definida como “completo bem-estar físico, mental e social”. Conforme DALLARI, essa noção apresenta um núcleo básico, correspondente à ausência de doenças, enquanto que a idéia de “completo bem-estar” representaria, em verdade, um objetivo a ser alcançado, e não um conceito fechado.<sup>137</sup>

---

<sup>134</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação estatal*. p. 13-14.

<sup>135</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *Reflexões sobre a saúde pública na era do livre comércio*. p. 35.

<sup>136</sup> Dados retirados do Relatório de Aplicações de 2008, organizado pela Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental (órgão vinculado ao Ministério das Cidades) através da publicação “Gasto Público em Saneamento Básico”. Disponível em <http://www.cidades.gov.br/secretarias-nacionais/saneamento-ambiental/Livro%20Relatorio%20de%20Aplicacoes%20de%202008.pdf>

<sup>137</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi. *Uma nova disciplina: o direito sanitário*. p. 89.

Quanto ao tratamento doutrinário dado ao tema, SCHWARTZ aponta que há certa convergência em relação aos âmbitos curativo, preventivo e promocional da saúde. Ainda, o autor informa que esta noção ampla de saúde se coaduna com o tratamento dado ao tema pela Constituição de 1988, em seu artigo 196: “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*”. O termo promoção se ligaria à idéia de qualidade de vida, proteção remeteria à defesa da prevenção, enquanto que recuperação expressaria o âmbito da saúde curativa.<sup>138</sup>

Ingo SARLET equipara a vida digna à vida saudável, ou seja, são aproximados os conceitos de qualidade de vida e de dignidade da pessoa humana, de modo que o completo bem-estar físico, mental e social (conforme definição da OMS) direciona-se a densificar o princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>139</sup> No mesmo sentido, MORAIS associa a noção de saúde à de qualidade de vida: a saúde como um dos elementos da própria cidadania, como elemento promocional da dignidade da pessoa humana.<sup>140</sup>

Importante destacar o caráter pluridimensional da noção de qualidade de vida. Se por um lado há o aspecto pessoal, ou seja, os anseios de cada indivíduo não só por uma sobrevivência, mas por uma “vida boa” (que engloba uma série de fatores – como saúde, amor, conforto, felicidade), há também um âmbito coletivo, porquanto a qualidade de vida não se mede apenas em razão de questões de desenvolvimento econômico, mas também está atrelada à proteção de bens políticos (igualdade, liberdade), bens culturais (liberdade de criação, educação, manifestações artísticas) etc.<sup>141</sup> Ademais, a noção de qualidade de vida é dotada de dinamicidade, na medida em que a evolução técnica, econômica, política e social faz com que seus aspectos individual e coletivo estejam em constante mudança, não havendo como determinar

---

<sup>138</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. p. 27.

<sup>139</sup> SARLET, Ingo. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*. p. 100.

<sup>140</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de. *O direito da saúde*. p. 81.

<sup>141</sup> FAGOT-LARGEAULT, Anne. *Reflexões sobre a noção de qualidade de vida*. p. 87-88.

uma fórmula rígida para que se identifique a concretização de uma “vida saudável”. Essa consideração é fundamental para que o conceito de saúde esteja em sintonia com a realidade concreta que a circunda.<sup>142</sup>

Verifica-se, portanto, que os ideais de saúde direcionam a questão à própria busca de justiça e de igualdade material na medida em que a proteção e a promoção da saúde representam verdadeira condição para a concretização dos anseios constitucionais, sobretudo o de efetivação da dignidade da pessoa humana.<sup>143</sup>

### **2.2.2 Regime jurídico-constitucional do direito à saúde**

Na ordem jurídica pátria, a Constituição Federal de 1988 inseriu o direito à saúde no rol dos direitos sociais (art. 6º), que integra o Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”). Mais detalhadamente, o tema é tratado nos artigos 196 a 200 (seção II do Título VIII – “Da Ordem Social”).

O texto constitucional, portanto, atribuiu ao direito à saúde o *status* de *direito fundamental*, material e formalmente. A fundamentalidade formal, assevera SARLET, é resultado (a) de sua hierarquia axiológico-normativa superior, enquanto norma positivada pela Constituição, (b) de sua previsão entre os limites materiais à reforma constitucional (art. 60, § 4º, IV), (c) da aplicabilidade imediata e vinculatividade imposta ao Estado, em razão da norma do artigo 5º, § 1º da Constituição (ou seja, o exercício do direito à saúde independe de regulação infraconstitucional). A fundamentalidade material decorre da relevância da saúde como bem jurídico tutelado por dispositivo constitucional, que possui íntima ligação com outros direitos fundamentais e valores constitucionais, como o próprio direito à vida e a dignidade da pessoa humana. Ademais, a garantia de saúde, assim como dos demais direitos sociais,

---

<sup>142</sup> FAGOT-LARGEAULT, Anne. *Reflexões sobre a noção de qualidade de vida*. p. 84-86.

<sup>143</sup> Nesse sentido, Rogério Gesta Leal define que a saúde constitui indicador constitucional parametrizante do mínimo existencial, tendo em vista que a vida saudável é a base para o atingimento dos objetivos fundamentais da República estabelecidos pelo art. 3º da Constituição: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. LEAL, Rogério Gesta. *A efetivação do direito à saúde por uma Jurisdição-Serafim: limites e possibilidades*. p. 67.

representa medida que assegura o exercício, pelo indivíduo, das liberdades civis outorgadas pelo Estado.<sup>144</sup>

Por outro lado, a Constituição elegeu a saúde não apenas como direito, mas também como *dever* fundamental, conforme se depreende do *caput* do artigo 196: “a saúde é direito de todos e dever fundamental do Estado (...)”. Neste ponto, o estudo dos deveres a que se refere o artigo 196 levanta o problema das possíveis dimensões reconhecidas ao direito à saúde, tendo em vista que é a partir delas que decorrem os respectivos deveres.<sup>145</sup>

SARLET argumenta que o direito à saúde é direito social que apresenta dupla dimensão, uma defensiva e outra prestacional.<sup>146</sup> Como direito de defesa, o direito à saúde impõe o dever de respeito, em sentido precipuamente negativo: a saúde de alguém não deve ser prejudicada, mas preservada. Enquanto direito prestacional, é determinado, notadamente ao Estado, o dever de agir concretamente para garantir a saúde da população.<sup>147</sup> Esse agir concreto do Estado configura-se tanto no sentido de fornecimento de bens e serviços (direito a prestações em sentido estrito), como na organização de instituições e procedimentos de proteção do direito à saúde.<sup>148</sup>

A partir de uma perspectiva administrativista, Carlos Ari SUNDFELD defende que, para atuar na defesa e na promoção da saúde, a Administração Pública opera sob dois enfoques primordiais: (i) como “administração de serviços”, que representa a disponibilização de prestações materiais aos indivíduos e à coletividade (serviços de

---

<sup>144</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*. p. 92-93.

<sup>145</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. p. 86-87.

<sup>146</sup> Alexy, principalmente, é responsável pela formulação inicial da proposta de classificação dos direitos fundamentais segundo a função principal que exerçam (classificação funcional). Ingo Sarlet adaptou essa classificação à realidade constitucional brasileira, fazendo a distinção entre direitos de defesa (operando limites à atuação estatal, na tutela da liberdade individual) ou direitos a prestações, em sentido amplo (direitos à proteção e os direitos à participação na organização e no procedimento) e em sentido estrito (prestações materiais). Para um estudo aprofundado, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 191-241; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. Ernesto Garzón Valdés). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

<sup>147</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*. p. 97.

<sup>148</sup> MILANEZ, Daniela. *O direito à saúde: uma análise comparativa da intervenção judicial*. p. 198-199.

saúde); e (ii) como “administração ordenadora”, quando a atuação estatal é direcionada na imposição de deveres positivos e negativos, seja pelo condicionamento do exercício dos direitos individuais, seja pela fiscalização e pelo sancionamento de condutas inadequadas.<sup>149</sup> Verifica-se, portanto, que a *administração de serviços* relaciona-se com a dimensão material no sentido estrito do direito à saúde, enquanto que a *administração ordenadora* se enquadra entre os deveres de proteção (direito a prestação em sentido amplo) e os deveres de defesa.<sup>150</sup>

Ainda, no âmbito da dimensão defensiva do direito à saúde, SARLET ressalta que deve ser considerado o princípio da proibição do retrocesso. De maneira simplificada, tal princípio impõe, sobretudo ao legislador infraconstitucional, que não seja desconstituído o nível de concretização que ele próprio havia dado aos dispositivos da Constituição, ainda mais quando se considera que a eficácia e efetividade do direito à saúde é densificada quando existente regulamentação infraconstitucional (o que, certamente, não exclui sua aplicabilidade imediata a partir do próprio texto constitucional).<sup>151</sup>

Quanto à dimensão prestacional do direito à saúde, ressalte-se que o artigo 6º da Constituição, que já abarca uma série de direitos prestacionais originários (ou seja, que não dependem de regulamentação infraconstitucional para serem exercidos)<sup>152</sup>, é complementado infraconstitucionalmente pela Lei Federal nº 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde), explicitando a noção ampla que possui a dimensão prestacional do direito à saúde.<sup>153</sup> Isso porque o art. 3º dessa Lei<sup>154</sup> associa a saúde a diversos fatores determinantes: a alimentação, a saúde, a moradia, o saneamento básico, o meio

---

<sup>149</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Vigilância epidemiológica e direitos constitucionais*. p. 92-93.

<sup>150</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. p. 88.

<sup>151</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*. p. 100.

<sup>152</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. p. 90.

<sup>153</sup> SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. p.41.

<sup>154</sup> Art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

Ainda, deve-se considerar a análise feita por BACELLAR FILHO. Por ocasião do concurso para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Administrativo da UFPR, durante a prova didática e a defesa de sua produção intelectual<sup>155</sup>, quando questionado pela comissão examinadora<sup>156</sup>, o professor Romeu Felipe BACELLAR FILHO fez importante reflexão – e até o momento inédita<sup>157</sup> – 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 professor, ao responder à arguição da banca, refletiu sobre a presença, no art. 5º, inciso III da Constituição, de conteúdo que remeteria 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 (segunda parte do inciso III, art. 5º, CF). 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<sup>158</sup>.

Ademais, a partir da reflexão proposta por BACELLAR FILHO, e utilizando o instrumental teórico apresentado no subcapítulo anterior (2.1.1), é possível identificar as funções que pode assumir a norma contida na segunda parte do inciso III do art. 5º

---

<sup>155</sup> Ocorrida em 08 de junho de 2010, no Salão Nobre da Faculdade de Direito da UFPR.

<sup>156</sup> Composta pelos Professores Doutores Clémerson Merlin Clève (Presidente), Luiz Edson Fachin (Relator), Celso Antônio Bandeira de Mello, Juarez Freitas e Maria Sylvia Di Pietro.

<sup>157</sup> Não foi encontrada referência, nem na doutrina nem na jurisprudência, que se referisse ao art. 5º, inciso III da Constituição como integrante do conteúdo do direito à saúde.

<sup>158</sup> 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 a instalações inadequadas dificultam a manutenção da higiene e facilitam a transmissão de vírus e bactérias. Ainda, não sendo raras cenas de pessoas sendo atendidas pelo corredores das instituições, o que torna ainda mais nítido o problema da superlotação. Disponível em [http://www.scielosp.org/scielo.php?pid=S1413-81232008000500027&script=sci\\_arttext](http://www.scielosp.org/scielo.php?pid=S1413-81232008000500027&script=sci_arttext)

da CF, quando considerada a partir do conteúdo que integra o direito à saúde<sup>159</sup>: (i) como direito de defesa, o art. 5º, inciso III, CF, atua na garantia de que o indivíduo não terá sua esfera de saúde individual manipulada de maneira arbitrária pelos responsáveis por seu atendimento; (ii) como direito a prestações materiais, tal dispositivo impõe o dever de que o Estado disponibilize as condições necessárias para que o tratamento dispensado aos cidadãos seja compatível com a dignidade da pessoa humana.

Quanto à primeira função (direito de defesa), o dispositivo ora trabalhado determina que o Estado não pode interferir na esfera individual, por exemplo, decidindo qual tipo de intervenção será realizada, quando é disponibilizado pela rede pública mais de uma forma de atuação médica (por exemplo, deve ser deixado a critério da futura mãe a opção pelo parto normal ou pela cesárea<sup>160</sup>). De outro modo, funcionando como direito a prestações materiais, a norma impõe ao Poder Público que sejam destinados recursos às instituições de saúde de modo a garantir uma estrutura de atendimento adequada, que permita a manutenção de uma ambiente hígido e com instalações que comportem a demanda da referida instituição.

A partir do exposto, torna-se possível compreender que o esquema teórico e dogmático em que se enquadra o direito à saúde é bastante complexo. Há uma específica dificuldade para se definir a extensão e os limites de seu conteúdo. Assim, o estudo desse tópico buscou traçar algumas linhas sobre os contornos do direito à saúde, bem como sua natureza fundamental e seu regime jurídico-constitucional, temas imprescindíveis para se tratar do problema da concretização desse direito.

---

<sup>159</sup> Deve-se ressaltar que, apesar de o art. 5º, inciso III, CF, conter norma que integra o conteúdo do direito à saúde, sua utilização não se restringe a esse âmbito, sendo igualmente compatível com o conteúdo que assume nas esferas penal e processual penal (execução penal). Isso se deve à natureza principiológica do dispositivo, admitindo, portanto, a extração de diversas normas a partir do mesmo enunciado normativo. ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. p. 65.

<sup>160</sup> O que não impede que sejam adotadas medidas pelo Poder Público de incentivo a determinados tratamentos ou intervenções médicas. Ainda utilizando o exemplo do nascimento de crianças, o Ministério da Saúde tem como diretriz incentivar a realização do parto normal, o “parto humanizado”, através de ações como: (i) fixação de honorários médicos idênticos para a realização de parto normal ou cesárea; (ii) publicação de cartilhas e manuais esclarecendo os benefícios do parto normal; (iii) melhoria das condições de assistência ao parto oferecidas pela rede pública. De qualquer forma, a futura mãe pode optar por qual método utilizar. Informações disponíveis em <http://www.ans.gov.br/portal/upload/noticias/Diretrizes%20e%20Iniciativas%20em%20Prol%20do%20Parto%20Humanizado%20-%20MS.pdf>

## **CAPÍTULO III – POLÍTICAS PÚBLICAS E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA**

### **3.1 Políticas públicas como instrumento de concretização dos mandados constitucionais**

O presente capítulo encerra o desenvolvimento apresentado nos dois capítulos anteriores. Mas isso não significa que se trata do final da estrada. Isso porque, se os momentos anteriores do trabalho foram dedicados à compreensão da estrutura da Administração Pública brasileira a partir da Constituição de 1988 (Capítulo I) e à análise da conformação jurídico-constitucional do direito fundamental à saúde (Capítulo II), o Capítulo III terá como objetivo primeiro conectar de maneira mais específica os temas tratados anteriormente, de modo a tornar mais clara a forma como se opera a concretização do direito à saúde pela Administração Pública. Para realizar este desiderato, é utilizado um elemento de conexão: a noção de políticas públicas (subcapítulo 3.1). Mas não se trata de elemento meramente teórico; pelo contrário, a princípio, as políticas públicas representam instrumento de intervenção e modificação da realidade, inclusive previsto constitucionalmente. Nessa toada, o aprofundamento teórico a respeito de seu significado, sobretudo na esfera jurídica, é determinante para aprimorar sua utilização concreta, notadamente como mecanismo de concretização dos direitos sociais, em geral, e do direito à saúde, em específico. As próximas linhas são destinadas a isso.

#### ***3.1.1 Significado de políticas públicas em direito***

A utilização pela doutrina do termo *políticas públicas* não é unívoco. Muitas vezes ele é empregado sem grande rigor, como se fosse categoria que estivesse sob a discricionariedade exclusiva dos administradores públicos, o que diminuiria sua relevância para o meio jurídico. Entretanto, diversos textos legais, entre eles a própria

Constituição<sup>161</sup>, fazem referência às políticas públicas, de modo que se mostra necessário aprofundar a compreensão do termo.

A professora Regina Maria Macedo Nery FERRARI conceitua políticas públicas como o conjunto de atividades que se destina à realização do interesse público<sup>162</sup>, ou seja, conjunto que engloba as ações estatais destinadas à realização dos fins definidos pela Constituição, notadamente os direitos fundamentais<sup>163</sup>. De forma semelhante, Rogério Gesta LEAL refere-se a *políticas públicas constitucionais vinculantes* como as ações atribuídas pela Constituição aos Poderes Públicos destinadas à efetivação de direitos e garantias fundamentais.<sup>164</sup>

Contudo, é com Maria Paula Dallari BUCCI que o conceito é refinado, ganhando contornos mais nítidos. Inicialmente, a autora argumenta que o enfoque das políticas públicas destaca a relevância da Administração Pública na tarefa de determinação e conformação material das leis e decisões políticas (notadamente aquelas definidas pela Constituição) a serem concretizadas em âmbito administrativo.<sup>165</sup> Ou seja, assim como o legislador está vinculado a conduzir o processo legislativo de acordo com os fins e programas estabelecidos constitucionalmente<sup>166</sup>, o administrador também deve conduzir a máquina estatal no sentido de concretização dos ditames constitucionais, muitas vezes através de políticas públicas.

Quanto ao estudo do tema pelo direito administrativo, ressalta a autora que o processo de formação e execução da política pública faz mover uma série de instrumentos administrativos, em razão do que se torna fundamental conhecer os princípios jurídicos que regem a Administração, os mecanismos necessários para a

---

<sup>161</sup> COSTALDELLO, Ângela Cássia. *Aportes para um ideário brasileiro de gestão pública: a função do controle externo*. p. 28; BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no Estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira*, p. 253

<sup>162</sup> Sobre interesse público, cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. p. 58-69.

<sup>163</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *A constitucionalização do direito administrativo e as políticas públicas*. p. 473.

<sup>164</sup> LEAL, Rogério Gesta. *A efetivação do direito à saúde por uma Jurisdição-Serafim: limites e possibilidades*. p. 68.

<sup>165</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. p. 248-249.

<sup>166</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. p. 152.

contratação de funcionários e serviços, as formas de organização administrativa (Administração direta e indireta) etc. Desse modo, não se trata de mero “ato político”, concluindo-se que “o direito administrativo interessa às políticas públicas, assim como as políticas públicas interessam ao direito administrativo”<sup>167</sup>.

Política pública, no âmbito jurídico, é um programa de ação dos governos (*government by policies*), desenvolvendo e aprimorando o *government by law*. A função de governar constitui o núcleo da definição de política pública, em um contexto no qual se busca superar o modelo exclusivamente normativista e dedutivo (muitas vezes reducionista) de representação do direito. Insere-se no direito público, dessa maneira, um mecanismo de funcionamento da Administração que não se restringe a regras, no qual as técnicas decisórias abarcam também princípios e objetivos. Ressalte-se que este modelo não exclui o da legalidade, de modo que a realização de políticas públicas deve ocorrer dentro dos parâmetros de legalidade e constitucionalidade.<sup>168</sup>

O conceito de política se torna operacional juridicamente através da noção de *atividade*, que representa o “conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”. Ou seja, o programa de ação de governo (política pública) se desenvolve como *atividade administrativa*.<sup>169</sup> A forma de exteriorização da política pública não é rigorosa, não havendo padrão jurídico uniforme para tanto. Algumas são definidas por lei ordinária, outras por lei complementar. Importante, de qualquer forma, que o instrumento normativo utilizado estabeleça os objetivos da política, os mecanismos institucionais que serão utilizados em sua realização e as demais condições que viabilizem sua implementação.<sup>170</sup>

O modo de agir governamental através de políticas públicas decorre do estabelecimento, pela Constituição, de objetivos fundamentais e de direitos sociais, que demandam prestações positivas do Estado para serem concretizados.<sup>171</sup> Nesse sentido, tem-se que o ponto de partida da política pública é o próprio texto

---

<sup>167</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. p. 250.

<sup>168</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Idem*. p. 253-255.

<sup>169</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Idem*. p. 255.

<sup>170</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Idem*. p. 259.

<sup>171</sup> SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. p. 76-77.

constitucional, marcando um controle prévio da discricionariedade do administrador.<sup>172</sup> Isso impõe que o aparato material e orgânico da Administração seja estruturado de modo a viabilizar a implementação dessas políticas.<sup>173</sup> E será o processo de formulação da política que definirá seus contornos concretos. *Processo*, ou *conjunto de processos*, portanto, é palavra-chave para se compreender a noção de política pública.

Isso porque a formulação da política consiste em um processo<sup>174</sup>, em que são ouvidas as partes interessadas na política.<sup>175</sup> Ademais, o termo política *pública* indica não só os autores, como também os destinatários da política, de forma que apenas poderá ser considerada *pública* se efetivamente contemplar os interesses da coletividade e, ainda, se for resultado de um processo público.<sup>176</sup>

A participação popular – inserida no processo de formação, de execução e de avaliação<sup>177</sup>, além de garantir a legitimidade da política, permite a identificação dos contornos do interesse público no caso concreto, tornando a decisão administrativa mais informada e mais racional. Ou seja, além de materializar os ditames constitucionais de democratização da Administração, a participação popular no

---

<sup>172</sup> Ainda que se considere o poder de iniciativa do governo, o governante não pode se omitir de efetivar as disposições constitucionais às quais está vinculado. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. p. 261.

<sup>173</sup> COSTALDELLO, Ângela Cássia. *Aportes para um ideário brasileiro de gestão pública: a função do controle externo*. p. 19.

<sup>174</sup> Bacellar Filho distingue procedimento de processo: aquele representa série de atos concatenados logicamente que convergem para determinado fim, enquanto que processo seria uma espécie de procedimento (gênero), adicionando-se a este a cooperação entre sujeitos sob a ótica do contraditório. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. p. 46-47. Ainda sobre o tema, cf. MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. p. 35-41.

<sup>175</sup> Sobre o movimento de procedimentalização da Administração Pública, cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. p. 232-239.

<sup>176</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. p. 269.

<sup>177</sup> Bucci afirma que a participação procedimental ocorre em três momentos: (i) formação da política (apresentação dos pressupostos materiais e técnicos pela Administração, quando serão discutidos os interesses das partes interessadas); (ii) execução da política (medidas administrativas, financeiras e legais de implementação do programa); (iii) avaliação (dos efeitos sociais e jurídicos da política, sob o crivo do contraditório). BUCCI, Maria Paula Dallari. *Idem*. p. 266.

processo de formulação da política racionaliza a atuação administrativa<sup>178</sup>, ampliando as possibilidades de concretização das disposições constitucionais.<sup>179</sup>

Nesse sentido, a inserção da comunidade no processo de definição da política pública representa significativo avanço na aferição da efetividade da política como mecanismo de implementação dos ditames constitucionais. Sobretudo porque, ao se definir materialmente quais atividades deverão ser adotadas pela Administração para que a finalidade pública seja atendida, os parâmetros de controle<sup>180</sup> da atuação estatal estarão estabelecidos de maneira mais clara. Desse modo, os fins a que o administrador está vinculado<sup>181</sup> se tornam mais concretos, fazendo com que os recursos públicos sejam destinados de maneira adequada.<sup>182</sup>

Ainda, 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”<sup>183</sup>. Ou seja, definidos os resultados que devem ser atingidos, mediante determinadas ações administrativas, a Administração

---

<sup>178</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. Diálogo institucional como pressuposto da efetividade constitucional. p. 195.

<sup>179</sup> BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. p. 219.

<sup>180</sup> Sobre o tema do controle externo, cf. COSTALDELLO, Ângela Cássia. Aportes para um ideário brasileiro de gestão pública: a função do controle externo. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 10, n. 40, p. 13-31, abr./jun. 2010.

<sup>181</sup> De qualquer sorte, ressalta-se que as metas estabelecidas constitucionalmente são prioritárias e vinculam a Administração Pública, ainda que não haja densificação normativa infraconstitucional. Por outro lado, o que se defende neste trabalho é que a participação popular no processo de formulação das políticas públicas faz com que os objetivos constitucionais se tornem mais bem delineados, racionalizando a atuação administrativa e permitindo que o controle externo ocorra sobre parâmetros mais claros.

<sup>182</sup> Ademais, como leciona a professora Ângela Costaldello, os serviços indispensáveis à proteção do direitos fundamentais básicos muitas vezes são prestados de maneira precária, enquanto que atividades sem relevância pública – como publicidade governamental – recebem elevados recursos. COSTALDELLO, Ângela Cássia. *Aportes para um ideário brasileiro de gestão pública: a função do controle externo*. p. 18.

<sup>183</sup> COSTALDELLO, Ângela Cássia. *Idem*. p. 21.

Pública deve estabelecer estratégias e se planejar para que, dentro de determinado lapso temporal, sejam tais objetivos alcançados.<sup>184</sup>

### ***3.1.2 Políticas públicas como instrumento de construção do conteúdo material do direito à saúde***

As formulações teóricas apresentadas no tópico anterior (3.1.1) são de relevante utilização para o objetivo deste trabalho. Este posicionamento decorre, inicialmente, de duas constatações: (a) dificuldade de definição, exclusivamente a partir do texto da lei, da extensão do conteúdo material do direito à saúde; (b) a imposição, feita pela Constituição, de que tal direito seja concretizado, notadamente pela Administração Pública<sup>185</sup>.

Conforme apresentado no ponto 2.2.1, a concepção do que vem a ser vida é controversa. Ainda que sejam esboçados pela doutrina e pela legislação os traços do que seria saúde, nota-se que são bastante imprecisos os contornos concretos do que viria a ser o direito à saúde. Nem poderia ser diferente, afinal a saúde não se resume a enunciados normativos e doutrinários.

É sobretudo quanto à dimensão positiva do direito à saúde (direito a prestações materiais) que se verifica essa imprecisão, tendo em vista que as carências específicas de cada comunidade demandam atuações estatais diferenciadas. É a realidade social, em dado momento histórico (com suas tecnologias, suas condições culturais, seu nível de desenvolvimento econômico), que permite determinar o que seria a saúde e quais as ações necessárias para implementá-la. E tal realidade apenas é apreendida se ouvidos

---

<sup>184</sup> A autora ressalta que a noção de planejamento estratégico se enquadra na concepção de *gestão pública*, que amplia a idéia de Administração Pública. Os elementos que informam a *gestão pública* objetivam melhorar a atuação administrativa, de modo a concretizar o princípio da boa administração pública. No presente trabalho, ainda que não se tenha adotado o conceito específico de *gestão pública*, verifica-se que a partir dos pressupostos apresentados (notadamente quanto à idéia do estabelecimento, a partir de 1988, de um regime constitucional-administrativo), é possível inserir o tema do *planejamento estratégico* sem que haja qualquer incompatibilidade teórica.

<sup>185</sup> Rogério Gesta Leal afirma que a responsabilidade da Administração pela efetivação do direito à saúde decorre da dimensão operacional exigida: havendo previsão normativa da atuação, bem como dotação orçamentária devidamente aprovada pelo Legislativo (Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias, Lei Orçamentária), a Administração deve operacionalizar a materialização do direito. LEAL, Rogério Gesta. *A efetivação do direito à saúde por uma Jurisdição-Serafim: limites e possibilidades*. p. 69.

os destinatários da atuação estatal. Ademais, como salienta Sueli G. DALLARI, a sofisticação conceitual das construções normativas deve ser somada aos elementos do contexto em que serão aplicadas.<sup>186</sup>

Ou seja, o avanço constitucional quanto à previsão expressa do direito à saúde como direito fundamental não marca a conquista definitiva desse direito como realidade concreta, como direito efetivado: “Enquanto houver indicadores sociais a demonstrar iniquidades, injustiça social e quadros epidemiológicos não favoráveis, o direito à saúde permanece em construção. Mas também é assim que deve ser a saúde: uma obra nunca acabada, até porque o que é saúde está em constante transformação.”<sup>187</sup>

Havendo determinação constitucional de que o direito à saúde seja concretizado, devem ser tomadas as providências para que tal objetivo seja alcançado. Nesse sentido, a própria Constituição elegeu as políticas públicas como instrumento privilegiado, ao definir em seu art. 196 que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante *políticas sociais e econômicas*<sup>188</sup> que visem à redução do risco da doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” Ainda, o art. 198, § 2º da Constituição<sup>189</sup> estabelece os recursos mínimos que deverão ser aplicados em ações e serviços de saúde. A partir disso que Rogério Gesta LEAL fala em “políticas públicas constitucionais vinculantes”<sup>190</sup>.

As políticas públicas, além de representarem mecanismo previsto constitucionalmente para a concretização do direito à saúde, mostram-se adequadas à concepção dinâmica de saúde aqui exposta. Como apresentado anteriormente (item 3.1.1), a formulação da política pública consiste em um processo, no qual devem ser inseridos todos aqueles que serão afetados pela atuação estatal. E para que sejam

---

<sup>186</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi. *O conteúdo do direito à saúde*. p. 96.

<sup>187</sup> DELDUQUE, Maria Célia; OLIVEIRA, Mariana S. de Carvalho. *Tijolo por tijolo: a construção permanente do direito à Saúde*. p. 110.

<sup>188</sup> Destacou-se.

<sup>189</sup> Art. 198. § 2.º 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: (...)

<sup>190</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Idem*. p. 68.

identificadas todas as pretensões e as demandas sociais, é imprescindível a participação da comunidade, que deverá ser inserida no processo de formulação da política de saúde desde a sua formulação (quando serão definidos os contornos materiais do direito à saúde), passando pela fiscalização dos atos de execução, até o controle de seus resultados.<sup>191</sup>

Importante ressaltar, ainda, que aproximar a esfera pública da comunidade é dado ligado à própria dinâmica evolutiva da concepção de Estado. Enquanto Estado Democrático de Direito, sobretudo em seus desdobramentos a partir do pós-segunda guerra, às conquistas de seus modelos anteriores<sup>192</sup> soma-se a possibilidade de intervenção popular na elaboração da decisão estatal.<sup>193</sup> Trazendo essa reflexão para a realidade brasileira, percebe-se que o Estado Democrático de Direito erigido com a Constituição de 1988 funda-se justamente em bases democráticas. Como apresentado no Capítulo 1 (item 1.2.1), o texto constitucional procurou democratizar o Poder Público brasileiro, inclusive com a previsão de diversos mecanismos que garantissem o exercício do direito de participação.

No âmbito da formulação de políticas públicas de saúde, além da previsão do art. 196 da Constituição, deve-se atentar para a Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde) e para a Lei nº 8.142/90 (Lei do Sistema Único de Saúde), que estruturam o Sistema Único de Saúde (SUS). Importante notar que a legislação dispôs expressamente a respeito da participação popular na gestão do SUS, com a criação da Conferência de Saúde e o Conselho de Saúde, instâncias colegiadas existentes em âmbito federal, estadual e municipal. As Conferências de Saúde apresentam caráter consultivo, com competência para avaliar a situação da saúde e propor novas diretrizes para a política de saúde de seu respectivo ente federativo. Os Conselhos de Saúde, que apresentam composição paritária de representantes do governo, prestadores de serviço,

---

<sup>191</sup> OLIVEIRA, Mariana Siqueira de Carvalho. *Fragmentos de discursos construídos a várias vozes: notas sobre democracia, participação social e Conselhos de Saúde*. p. 171.

<sup>192</sup> Notadamente o Estado de Direito (Estado liberal clássico, das garantias de liberdade e de não intervenção) e o Estado Social (que passa a intervir na realidade social para modificá-la, através de serviços públicos etc.).

<sup>193</sup> DALLARI, Sueli Gandolfi. *O conteúdo do direito à saúde*. p. 98-99.

trabalhadores da saúde e usuários, possuem competência nas áreas de planejamento e controle dos serviços de saúde (definida no art. 1º, § 2º da Lei nº 8.142/90<sup>194</sup>).

Assim, se por um lado as políticas públicas representam programa de ação governamental, por outro o conceito abrange também a idéia de democratização da Administração Pública, na medida em que o processo de formulação da política demanda participação da comunidade. No tema específico deste trabalho, a relevância da participação popular no processo de elaboração da política consiste justamente na possibilidade de construção do conteúdo material do direito à saúde, ou seja, são os próprios destinatários das ações governamentais que devem ter a possibilidade de estabelecer, em processo dialógico com a Administração, os contornos que o direito adquirirá na realidade concreta: quais serviços de saúde são necessários ou precisam ser modificados, qual o alcance do sistema de saneamento básico e tratamento de água, quais as carências nutricionais existentes, quais regiões demandam atuações específicas etc.

Dessa maneira, ocorre uma densificação normativa do direito à saúde, facilitando inclusive o posterior controle dos atos da Administração Pública, de modo a verificar se o direito foi concretizado pelo administrador (controle social), bem como se os recursos públicos foram destinados de maneira adequada, considerando as prioridades estabelecidas no processo de formulação da política pública (controle feito, sobretudo, pelos Tribunais de Contas).

E nesse processo de definição do conteúdo concreto do direito à saúde a ser efetivado pelas políticas públicas, papel destacado deve ser atribuído aos Conselhos de

---

<sup>194</sup> Art. 1º O Sistema Único de Saúde (SUS), de que trata a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, contará, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, com as seguintes instâncias colegiadas:

I - a Conferência de Saúde; e

II - o Conselho de Saúde.

(...)

§ 2º O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo.

Saúde. Fruto de lutas de movimentos sociais que remontam à década de 1970<sup>195</sup>, a institucionalização jurídica dos Conselhos possibilita a inserção procedimental da comunidade nos processos decisórios administrativos no âmbito das políticas de saúde. Não se trata de mera participação formal, legitimatória de qualquer ato do Poder Público. A participação da população nos Conselhos deve ser substantiva, ou seja, com efetivo poder de decisão sobre as políticas públicas<sup>196</sup> – notadamente na definição do conteúdo material do direito à saúde. É esse espaço, composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários (art. 1º, § 2º da Lei nº 8.142/90), em que a luta pode ser travada, em que os atores sociais (movimentos sociais, associações de bairros, sindicatos etc.) podem agir organizadamente para vincular a Administração Pública quanto às suas reivindicações.

Apesar de institucionalizada a democratização da gestão da saúde pública através dos Conselhos, a maneira como são regulamentados faz com que nem sempre a participação popular tenha efetivo poder decisório sobre os destinos das políticas públicas. Ainda que a Lei nº 8.142 estabeleça que os Conselhos de Saúde possuem “caráter deliberativo” (art. 1º, § 2º), não é definido como ocorrerá o processo decisório, definição delegada ao regimento de cada Conselho (art. 1º, § 5º). Assim, em muitos casos o poder de decisão do Conselho é prejudicado devido às ingerências da Administração Pública local. Isso ocorre especialmente pelo fato de o administrador muitas vezes ter receio de o Conselho absorver o prestígio (“capital político”) pelas ações realizadas. Trata-se de visão retrógrada que dificulta a concretização do projeto constitucional brasileiro.<sup>197</sup>

De qualquer forma, a existência de bons exemplos, como o Conselho Municipal de Saúde de Porto Alegre<sup>198</sup>, indicam que a luta democrática tem alcançado importantes conquistas. Ou seja, como existe arcabouço constitucional e infraconstitucional – nos termos apresentados acima –, torna-se viável a democratização dos sistemas de definição das políticas públicas de saúde. Ademais, a

---

<sup>195</sup> Sobre esse tema, cf. o item 3.2.1, abaixo.

<sup>196</sup> OLIVEIRA, Mariana Siqueira de Carvalho. *Fragmentos de discursos construídos a várias vozes: notas sobre democracia, participação social e Conselhos de Saúde*. p. 175.

<sup>197</sup> OLIVEIRA, Mariana Siqueira de Carvalho. *Idem*. p. 174.

<sup>198</sup> Como demonstrado no item 1.2.2 deste trabalho.

gestão democrática da política sanitária representa não só a efetivação do projeto idealizado pela Constituição, mas também a garantia de que o direito à saúde terá seu conteúdo material definido de acordo com as verdadeiras demandas sociais. Entretanto, certo é que não se trata de um processo mecânico, exigindo intensa pressão popular para que essa demanda seja concretizada na realidade administrativa brasileira.

### **3.2 A concretização do direito à saúde pela Administração Pública brasileira: a experiência do Sistema Único de Saúde**

Falar em concretização do direito à saúde pressupõe a delimitação clara sobre o conteúdo do direito a ser efetivado. De outro modo, deixar a tarefa de definição desse conteúdo exclusivamente a cargo do legislador, do administrador ou do juiz, representaria um afastamento da realidade social que conduziria a um possível quadro de não efetivação do direito à saúde, ou de uma efetivação precária do direito. Em razão disso foi trabalhado no subcapítulo anterior (3.1) o significado de políticas públicas em direito, e, especificamente, a utilização desse instrumento como mecanismo de inserção da comunidade, que atuará desde a etapa de formulação da política (momento em que será definido o conteúdo material do direito à saúde), passando pela fiscalização de sua execução, e realizando o controle posterior.

Essa compreensão inicial a respeito das políticas públicas se faz necessária para que seja possível estudar a concretização do direito à saúde pela Administração Pública. Definidas pela Constituição de 1988 como instrumento privilegiado de intervenção na esfera sanitária, as políticas públicas são implementadas através do Sistema Único de Saúde. Previsto constitucionalmente pelo art. 198, o SUS representa verdadeira conquista da população brasileira, marcando o início de uma nova etapa histórica da realidade sanitária do nosso país. O item 3.2.1 será dedicado à compreensão desse movimento que conduziu à estruturação do SUS, movimento esse ligado umbilicalmente com a luta pela efetivação do direito à saúde no Brasil. Em seguida, o item 3.2.2 analisará o atual contexto do SUS, seus principais desafios e perspectivas para o futuro. Nesse momento, será também abordado, em poucas linhas,

o problema da judicialização do direito à saúde, com rápida análise da jurisprudência a respeito do tema.

### ***3.2.1 Sistema Único de Saúde: breve reconstrução histórica da luta pela efetivação do direito à saúde no Brasil***

Em 2010, as Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90, que regulamentam o Sistema Único de Saúde em nível infraconstitucional, completam vinte anos. Entretanto, um olhar descuidado para o presente impede que o SUS seja avaliado em sua real magnitude e importância. E mais, investigar as raízes históricas do Sistema Único de Saúde permite compreendê-lo em sua essência, viabilizando que sejam encontradas as soluções adequadas para os seus problemas. Aliás, é justamente por um desvirtuamento de sua concepção inicial que são originados diversos dos problemas sanitários brasileiros. Considerado isso, o presente tópico (3.2.1) terá como objetivo fazer um rápido resgate histórico do movimento que culminou com a construção do SUS, o que se justifica plenamente, tendo em vista o tema desse trabalho: o campo da efetivação do direito à saúde não se limita a formulações teóricas; é sobretudo a partir de uma correta compreensão da realidade e do problema a ser enfrentado que se pode direcionar a produção do saber, para que seja de fato emancipador e esteja em sintonia com as demandas sociais.<sup>199</sup>

E o resgate histórico remonta à década de 1970. Período de repressão política e de aumento da pobreza. O tri-campeonato 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

---

<sup>199</sup> Registre-se a relevante publicação do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (Conasems), intitulado “Movimento Sanitário Brasileiro na década de 70: a participação das Universidades e dos Municípios – memórias”, principal fonte bibliográfica desse tópico do trabalho. Tal publicação, além de fazer uma análise do contexto sócio-político do Movimento Sanitário Brasileiro, traz uma série de entrevistas de entrevistas com pessoas que encabeçaram o Movimento, o que torna enriquece sobremaneira seu conteúdo. Disponível em [http://www.conasems.org.br/files/Livro\\_Movimento\\_SanitarioDecada\\_70.pdf](http://www.conasems.org.br/files/Livro_Movimento_SanitarioDecada_70.pdf)

aos demais atores sociais que, pacificamente ou através da luta armada, se contrapunham ao regime militar.<sup>200</sup>

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 do Instituto Oswaldo Cruz (IOC), com fundamento no art. 6º, § 1º do Ato Institucional nº 5<sup>201</sup>, pelo fato de serem defensores da valorização da pesquisa básica e da criação do Ministério da Ciência, posturas consideradas subversivas.<sup>202</sup>

Ao longo da década de 1970, a lógica estatal de proteção da saúde pública era de caráter “campanhista”, 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, conforme apresentado no ponto 2.2.1, acima, e, por outro lado, muitos dos serviços eram prestados por instituições privadas, que recebiam repasses do Estado; curativista porquanto as medidas preventivas eram desprestigiadas (a extrema pobreza e a falta de saneamento básico não eram considerados 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 dólares por habitante/ano, o que garantiu ao Brasil posto de liderança entre os países americanos que menos gastavam com políticas sanitárias (ficava à frente apenas de Equador e Haiti). Dados dessa mesma

---

<sup>200</sup> BRASIL (Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde - Conasems). *Movimento Sanitário Brasileiro na década de 70: a participação das Universidades e dos Municípios – memórias*. p. 17.

<sup>201</sup> 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.

<sup>202</sup> BRASIL (Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde - Conasems). *Movimento Sanitário Brasileiro na década de 70: a participação das Universidades e dos Municípios – memórias*. p. 33-34.

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 Instituto Nacional de Previdência Social (INPS).<sup>203</sup>

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 um perspectiva crítica e ampla (em termos de conhecimentos médicos), esses pesquisadores estabeleciam debates com as comunidades (principalmente sindicatos de trabalhadores e associações de bairros), mobilizando-as.<sup>204</sup>

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 médica, e (ii) por meio da busca de práticas médicas democratizadoras, 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 democratizadoras 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.<sup>205</sup>

Após essa estruturação inicial do Movimento nos Departamentos de Medicina Preventiva, os projetos de medicina comunitária puderam ser implementados em três

---

<sup>203</sup> BRASIL (Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde - Conasems). *Movimento Sanitário Brasileiro na década de 70: a participação das Universidades e dos Municípios – memórias..* p. 34-35.

<sup>204</sup> BRASIL (Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde - Conasems). *Idem.* p. 33-34.

<sup>205</sup> BRASIL (Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde - Conasems). *Idem.* p. 44.

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, com abrangência por todo o município. 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; 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.<sup>206</sup>

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 toda a discussão promovida anteriormente, que se iniciara na interlocução entre municípios e Universidade, 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<sup>207</sup>. Em razão disso que Sérgio Arouca refere-se à formação do SUS como acontecimento natural, dado todo o acúmulo obtido anteriormente.<sup>208</sup>

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

---

<sup>206</sup> BRASIL (Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde - Conasems). *Movimento Sanitário Brasileiro na década de 70: a participação das Universidades e dos Municípios – memórias*. p. 51.

<sup>207</sup> Inclusive era lema da Conferência: “A saúde é direito de todos e dever do Estado”, posteriormente positivada no texto da Constituição (discussão que, na Assembleia Constituinte, levou duas semanas). BRASIL (Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde - Conasems). *Idem*. p. 54.

<sup>208</sup> BRASIL (Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde - Conasems). *Idem*. p. 55.

texto da Constituição os instrumentos necessários para que fosse garantida a participação social no processo de formulação, execução e fiscalização das políticas sanitárias.<sup>209</sup> O Movimento foi exitoso, com a maioria 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.

### ***3.2.2 Análise contextual: a estrutura normativa do SUS e o problema da judicialização excessiva***

No tópico anterior (3.2.1) foi possível apresentar, ainda que sucintamente, as origens do Sistema Único de Saúde, restando clara sua íntima ligação com o movimento pela redemocratização não só da esfera sanitária, como também da própria sociedade brasileira. Ademais, a compreensão das raízes históricas do SUS é determinante para que se faça uma correta leitura de sua realidade atual, bem como possam ser mais bem compreendidos os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que o conformam. Isto posto, na sequência verificar-se-á como está estruturado o Sistema Único de Saúde, bem como os principais dilemas a serem enfrentados (inclusive o problema da judicialização do direito à saúde) e as perspectivas da realidade brasileira quanto à concretização do direito à saúde.

Na sistemática constitucional, a saúde integra a Seguridade Social (que, além da saúde, engloba a previdência e a assistência social), a qual por sua vez está inserida no Título VIII da Constituição, dedicado à Ordem Social. Trata-se de “direito de todos e dever do Estado” (art. 196, CF). Apesar de considerados de relevância pública, os serviços e ações de saúde poderão ser exercidos pela iniciativa privada, por força do art. 197 da Constituição. De qualquer sorte, pelo princípio da universalidade (explícito no inciso I, parágrafo único do art. 194, CF), que baseia o SUS, toda a população

---

<sup>209</sup> DELDUQUE, Maria Célia; OLIVEIRA, Mariana S. De Carvalho. *Tijolo por tijolo: a construção permanente do direito à Saúde*. p. 110.

deverá ter acesso às políticas de saúde, reforçando o papel do Poder Público na efetivação desse direito.

A própria estruturação da saúde através de um sistema tem sua razão no Movimento pela Reforma Sanitária. Isso porque, para garantir que as políticas sanitárias não sejam desmembradas (como eram antes da CF), ficando a cargo de cada ente da Federação, a Constituição positiva a idéia de sistema, que impõe a atuação do SUS através de um conjunto de unidades articuladas pelo Poder Público, de modo que as ações e serviços de saúde sejam integrados para a consecução de objetivos comuns.<sup>210</sup> Ainda, verifica-se que cuidar da saúde da população representa competência material comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 23, I, CF), o que reforça a idéia de que a atuação desses entes deverá ser cooperada, para que os objetivos sanitários sejam alcançados.

As diretrizes do SUS são definidas pelo art. 198 da Constituição, e consistem: (i) na descentralização (com comando único em cada âmbito governamental); (ii) no atendimento integral da população (ligada à noção ampla de saúde, não restrita às ações curativas; ainda, ressalta o texto constitucional que serão priorizadas as atividades preventivas, mas sem prejuízo dos serviços assistenciais); (iii) na participação da comunidade (garantindo, em sede constitucional, a democratização da gestão sanitária).

Em nível infraconstitucional, destacam-se as Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90. Esses diplomas regulamentam de maneira mais específica as disposições constitucionais, reforçando as conquistas do Movimento pela Reforma Sanitária.<sup>211</sup> Nesse sentido, a Lei nº 8.080 tornou mais definidos os contornos das diretrizes do SUS, merecendo citação: (i) a ênfase dada à descentralização administrativa, no sentido de municipalização da saúde (art. 7º, inciso IX); (ii) a positivação do princípio da universalidade (tratada especificamente como diretriz da saúde, enquanto que no texto constitucional se encontra disposto na seção dedicada às disposições gerais da seguridade social - art. 7º, inciso I); (iii) o fortalecimento da noção ampla de saúde ao

---

<sup>210</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. p. 97.

<sup>211</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Idem*. p. 96.

determinar não só a integralidade da assistência (nos aspectos curativo, preventivo e promocional, nos âmbitos individual e coletivo), como também a integração executiva na realização das ações e serviços de saúde, saneamento básico e meio ambiente (art. 7º, incisos II e X).

Ressalta-se que a descentralização administrativa aponta a necessidade de democratização do sistema de saúde: apesar de a efetivação do direito exigir esforços conjugados de todos os entes da Federação, a formulação das políticas públicas deve ser realizada em nível local, de modo a atender as necessidades de cada comunidade.

Por seu turno, a Lei nº 8.142 regulamenta a participação da comunidade na gestão do SUS. É este diploma que prevê a criação dos Conselhos de Saúde e das Conferências de Saúde. Ademais, o art. 4º dessa Lei estabelece a estruturação do Conselho de Saúde como pré-requisito para que seja autorizado o repasse ao município das verbas que serão destinadas às ações e serviços de saúde. Ainda, as Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90 dispõem a respeito da forma como deverá ocorrer a interação entre todos os níveis da Federação para que seja garantida a assistência à saúde.

Apesar de a estrutura normativa do SUS representar verdadeiro progresso em termos de proteção sanitária, os problemas de saúde pública enfrentados pelo Brasil ainda são enormes. Percebe-se que estão na base desses problemas: a adoção de políticas inadequadas por parte de alguns gestores públicos (que tratam a saúde como questão a ser resolvida com cortes de gastos) e a resistência, por parte de algumas Administrações, a democratizar a gestão da saúde pública. A conjugação desses fatores restringe as possibilidades de efetivação do direito à saúde pela Administração Pública, gerando como consequência, em muitos casos, o acionamento do Poder Judiciário.

A ausência de uma participação adequada do Estado na saúde pode ser verificada a partir de um dado: segundo o IBGE<sup>212</sup>, do total de leitos hospitalares disponíveis para internações do SUS em 2005, 141.264 se encontravam em

---

<sup>212</sup> Pesquisa disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/ams/2005/tabela14.pdf>

Instituições Públicas, enquanto que 192.274<sup>213</sup> eram ofertados pela iniciativa privada. Ou seja, apesar de a Constituição estabelecer que “As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde” (art. 199, § 1º), a pesquisa do IBGE aponta que 57,6% do total de leitos do SUS são disponibilizados pela iniciativa privada.<sup>214</sup>

A resistência por parte de algumas Administrações Públicas em implementar uma gestão democrática da saúde também representa barreira à efetivação do direito à saúde. O distanciamento entre a comunidade e a esfera administrativa, além contrariar determinações constitucionais e infraconstitucionais, faz com que as decisões do Poder Público sejam menos informadas, haja vista que as necessidades daqueles que serão beneficiários das ações administrativas não tomaram parte no processo decisório.

Disso resulta, basicamente: (i) políticas públicas possivelmente menos eficientes, já que a alocação de recursos não foi definida a partir da verdadeira demanda social; (ii) concretização insatisfatória do direito à saúde. Isso gera um círculo vicioso, na medida em que a existência de um quadro deficitário de efetivação do direito à saúde muitas vezes é utilizada como justificativa para algumas Administrações Públicas adotarem posturas privatizantes (sem, no entanto, enfrentar os reais problemas – notadamente a falta de investimentos e a gestão antidemocrática da saúde).

A conjugação desses problemas faz com que, em muitos casos, a única esperança de concretização do direito à saúde seja através da tutela jurisdicional. Através de demandas coletivas, sobretudo mediante Ação Civil Pública, é possível a obtenção de resultados positivos, obrigando a Administração Pública a promover políticas públicas para que o direito à saúde, bem como outros direitos sociais e

---

<sup>213</sup> Desse número, 68.110 se encontravam em instituições com fins lucrativos, e 124.164 em estabelecimentos sem fins lucrativos.

<sup>214</sup> Apesar do número alarmante, a legislação não impõe restrições à participação da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde. A Lei nº 8.080, em seu artigo 24, apenas reforça a determinação de subsidiariedade: “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.”

fundamentais, seja satisfeito. Nesse sentido, interessante uma recente decisão do STF, em que a Relatora, Ministra Ellen Gracie, ressalta que

O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo.<sup>215</sup>

Nesses casos, o Poder Judiciário atua para corrigir eventuais distorções de prioridades, impondo à Administração Pública que as políticas definidas pela Constituição sejam implementadas. Ademais, esse entendimento encontra-se pacificado no Supremo Tribunal Federal. Ressalte-se, de qualquer forma, que no caso específico da saúde, a política pública a ser formulada deverá contar com a participação dos Conselhos de Saúde, de modo a definir o interesse público na realidade concreta.

Por seu turno, as demandas individuais nem sempre são capazes de viabilizar a concretização do direito à saúde. A princípio, porque nem toda a população tem acesso ao Poder Judiciário. Além dos altos custos para se manter os serviços de advogado, a ausência de Defensoria Pública adequadamente estruturada em diversos locais faz com que grande contingente populacional esteja impossibilitado de recorrer à Justiça. De outro modo, a proposição da demanda não garante a prestação da tutela jurisdicional. Eventual indeferimento do pedido liminar ou de antecipação da tutela poderá redundar em graves consequências para o litigante.

Quanto à atuação do magistrado diante de pedido particular de tutela do direito à saúde, Ingo SARLET propõe o caráter emergencial da demanda como critério para o deferimento da demanda individual. Assim, se a negação do pedido puder implicar um comprometimento irreversível da integridade física do indivíduo, então o direito subjetivo à prestação reclamada deve ser reconhecido.<sup>216</sup> Apesar de a uma primeira análise a posição parecer interessante, identifica-se o problema de que o indivíduo

---

<sup>215</sup> AI 734487 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 03/08/2010, DJe-154 DIVULG 19-08-2010 PUBLIC 20-08-2010 EMENT VOL-02411-06 PP-01220

<sup>216</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*. p. 103.

precisa estar em estado já bastante debilitado para ter garantido o direito à saúde, o que não parece ser razoável. De qualquer modo, verifica-se que o Judiciário tem atuado no sentido de conceder a tutela, notadamente em relação a medicamentos e tratamentos médicos, como ressalta Luis Roberto BARROSO.<sup>217</sup>

Naturalmente, as políticas públicas representam instrumento privilegiado de concretização do direito à saúde, por sua amplitude de alcance e por garantir uma repartição mais adequada dos recursos públicos. Entretanto, o Poder Judiciário não pode se eximir da tarefa de efetivar o direito à saúde, sobretudo quando a Administração Pública não implementa políticas sanitárias capazes de suprir as demandas do contexto considerado. Não obstante uma análise minuciosa exigiria pesquisa específica, é possível concluir que as ações judiciais, sejam coletivas, sejam individuais, cumprem importante papel na tarefa de concretização do direito à saúde. É de se registrar, inclusive, que as demandas individuais, além de promoverem a tutela de interesse particular, podem funcionar como instrumento de provocação, conduzindo a Administração Pública a formular e executar políticas públicas.

Quanto às perspectivas a respeito da efetivação do direito à saúde no Brasil, dois pontos merecem destaque: (i) o problema do financiamento e (ii) a democratização da gestão da saúde pública.

Quanto ao primeiro ponto, apesar de o governo federal ter lançado, no final de 2007, o “Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) da Saúde” (oficialmente chamado de Programa Mais Saúde), a questão ainda se mostra bastante grave. Esse Programa, apesar de sua importância (na medida em que prevê o investimento de R\$ 89 bilhões na saúde até 2011), não elimina o problema a longo prazo. Para que seja possível a garantia de financiamento público adequado, é imprescindível a regulamentação da EC nº 29/2000, que definiu recursos mínimos a serem aplicados em saúde (art. 198, § 2º, CF). Apesar da previsão constitucional, tal dispositivo permanece sem eficácia, porquanto o § 3º do mesmo artigo dispôs que os percentuais mínimos a que se refere o § 2º serão estabelecidos em Lei Complementar, ainda não promulgada.

---

<sup>217</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação estatal*. p. 20 e ss.

Entretanto, resolver a questão do financiamento não garante, por si, níveis mais satisfatórios de concretização do direito à saúde. Isso porque, ainda que existentes os recursos, a destinação dada a eles não pode ficar a cargo do voluntarismo político dos administradores, sobretudo quanto à definição do conteúdo material do direito a ser efetivado. Por isso, a democratização da gestão da saúde, inserindo a comunidade nos processos de formulação, de fiscalização e de execução das políticas públicas é determinante para que a realidade sanitária possa ser modificada. Ademais, a vinculação do administrador aos contornos definidos de acordo com as reais demandas da sociedade faz com que a concretização do direito atinja níveis mais adequados, evitando a judicialização excessiva dos problemas relacionados à saúde.

## CONCLUSÃO

As conclusões obtidas ao longo do desenvolvimento desta pesquisa estão dispostas de maneira sistematizada, a partir das análises específicas de cada capítulo.

(i) No capítulo I, ponto 1.1.1, demonstrou-se que, a partir da Constituição de 1988, o princípio da legalidade adquiriu uma noção ampliada, restringindo o poder de discricionariedade do administrador, que se encontra vinculado diretamente à Carta Magna. Ainda, a Constituição estruturou uma Administração *burocrática*, de modo que a efetivação dos ditames constitucionais deve ocorrer de acordo com os procedimentos estabelecidos em lei (*procedimentalização*), o que representa garantia de que a atuação administrativa será não só transparente, mas também integrada pelos cidadãos cuja esfera jurídica poderá ser alterada em razão da atividade administrativa. Contudo, na tentativa de implantar reformas neoliberais na estrutura da Administração Pública, foi tomada uma série de iniciativas durante o governo FHC (1995-2002). Mesmo com a aprovação de uma Emenda Constitucional (EC nº 19/98), o modelo burocrático da Administração Pública brasileira não foi superado (item 1.1.2). O ponto 1.2.1 apresentou como a Constituição delineou as bases democráticas do Estado brasileiro, garantido o direito de participação administrativa, ou seja, além de burocratizada, a Administração também deve ser democrática, sendo inclusive previstos diversos mecanismos através dos quais o cidadão pode interferir na esfera administrativa (item 1.2.2).

(ii) O capítulo II, no ponto 2.1.1, discorreu sobre a fundamentalidade formal e material dos direitos sociais (art. 6º a 11 da Constituição): aquela decorre basicamente da localização desses direitos no Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) do texto constitucional; a fundamentalidade material, por sua vez, é definida pelo fato de que os direitos sociais se direcionam à realização da igualdade material, viabilizando que as liberdades civis possam ser usufruídas pelos indivíduos. Ainda, demonstrou-se que os direitos fundamentais são dotados de aspecto subjetivo (atuando como direitos subjetivos individuais), bem como atuam conformando o ordenamento jurídico (aspecto objetivo). Defendeu-se também utilização da classificação funcional

dos direitos fundamentais, segundo a qual eles poderão atuar como direitos de defesa ou como direitos a prestações (em sentido amplo e restrito). E, apesar de possuírem aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º da CF), muitas vezes é negada a aplicação dos direitos sociais a partir do argumento de reserva do possível (item 2.1.2); adentrando o direito à saúde, demonstrou-se inicialmente como a idéia de vida saudável não é unívoca (item 2.2.1); ainda, foi apresentado como o regime jurídico-constitucional desse direito mostra-se bastante complexo, notadamente quanto a seu conteúdo e sua extensão (item 2.2.2).

(iii) O capítulo III trabalhou, inicialmente, a utilização do conceito de políticas públicas na esfera jurídica, defendendo-se que representam instrumento privilegiado de concretização dos mandados constitucionais, sobretudo os direitos sociais (ponto 3.1.1). Ademais, como a idéia de políticas públicas pressupõe a participação popular, a comunidade deverá tomar parte no processo de formulação, execução e fiscalização da política; na etapa de formulação, destaca-se que a participação popular se direciona sobretudo para definir o conteúdo do direito à saúde a ser concretizado (promovendo verdadeira densificação normativa), ao qual fica vinculado o administrador público (item 3.1.2). Na sequência, foi analisada a experiência brasileira de efetivação do direito à saúde através de políticas públicas, tendo como enfoque o Sistema Único de Saúde. Inicialmente, foi realizado um resgate histórico, demonstrando-se que a luta pela saúde esteve muito próxima à luta pela redemocratização do Brasil, no final da década de 1970 e durante a década de 1980. A organização popular, articulada a práticas inovadoras em termos de saúde pública, configurou o Movimento pela Reforma Sanitária, que culminou com a estruturação do SUS na Constituição (item 3.2.1). Finalmente, foi delineada a estrutura normativa do Sistema Único, analisando-se os principais problemas que o atingem (sobretudo a questão do financiamento – com a falta de regulamentação da EC nº 29/2000 – e da falta de democracia na gestão da saúde pública), o que promove, em diversos casos, a judicialização excessiva da busca pelo direito à saúde.

Em razão disso, percebe-se que a luta pela efetivação do direito à saúde exige também a luta pela efetivação do projeto democrático delineado na Constituição de

1988. E para que seja alterada a realidade sanitária de nosso país, o primeiro passo é identificar a correta compreensão dos fundamentos e objetivos do Estado e da Administração Pública. Definir o conceito de políticas públicas a partir de uma ótica democratizante – com participação popular nos momentos da formulação, da execução e do controle – é o caminho defendido neste trabalho. Trata-se de veículo capaz de promover a ligação entre as previsões constitucionais de democratização da esfera pública brasileira e o dever de concretização do direito fundamental à saúde. Certamente o processo não é simples nem automático – exige luta. Embora o caminho seja longo, o primeiro passo foi dado, com o estabelecimento de um projeto democrático pela Constituição e com a positivação do Sistema Único de Saúde. E a caminhada não pode ser interrompida.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales* (traducción Ernesto Garzón Valdés). Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

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.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo*. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. *Processo Administrativo Disciplinar*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETTO, Vicente Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação estatal*. Disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Interesse Público*. Ano 7, n. 33, p. 13-54, set./out. 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistencia, por uma nova hermeneutica, por uma repolitização da legitimidade*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL (Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde - Conasems). *Movimento Sanitário Brasileiro na década de 70: a participação das Universidades e*

dos Municípios – memórias. Brasília: Athalaia, 2007. Disponível em [http://www.conasems.org.br/files/Livro\\_Movimento\\_SanitarioDecada\\_70.pdf](http://www.conasems.org.br/files/Livro_Movimento_SanitarioDecada_70.pdf)

BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CASIMIRO, Lígia Maria Mello de. Novas perspectivas para o Direito Administrativo: a função administrativa dialogando com a juridicidade e os direitos fundamentais sociais. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 7, n. 30, p. 109-130, out./dez. 2007.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

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

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; GIBSON, Sérgio Armanelli. Direito Administrativo em enfoque: as contribuições da Teoria Discursiva de Jürgen Habermas. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 6, n. 70, p. 8258-8266, dez. 2006.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *O conteúdo do direito à saúde*. In COSTA, Alexandre Bernardino; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; DELDUQUE, Maria Célia; OLIVEIRA, Mariana Siqueira de Carvalho; DALLARI, Sueli Gandolfi (orgs.). *O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD/UnB, 2009.

\_\_\_\_\_. Uma nova disciplina: o direito sanitário. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 22, n. 4, ago. 1988.

DELDUQUE, Maria Célia; OLIVEIRA, Mariana S. De Carvalho. *Tijolo por tijolo: a construção permanente do direito à Saúde*. In COSTA, Alexandre Bernardino; SOUSA

JUNIOR, José Geraldo de; DELDUQUE, Maria Célia; OLIVEIRA, Mariana Siqueira de Carvalho; DALLARI, Sueli Gandolfi (orgs.). *O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD/UnB, 2009.

DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanello. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

\_\_\_\_\_. Inovações no Direito Administrativo Brasileiro. *Interesse Público*, ano 6, n. 30, p. 39-56, mar./abr. 2005.

\_\_\_\_\_. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Princípios Constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas. *Interesse Público*, ano 5, nº 21, p. 57-80, set./out. 2003.

FAGOT-LARGEAULT, Anne. Reflexões sobre a noção de qualidade de vida. *Revista de Direito Sanitário*, v. 2, n. 2, p. 82-107, jul. 2001.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. A constitucionalização do direito administrativo e as políticas públicas. In BERARDI, Luciana Andrea Accorsi; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes (orgs.). *Estudos de direito constitucional: homenagem à professora Maria Garcia*. 2. ed. São Paulo: IOB, 2008.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. *A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética. 2002.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. La dignidad de la persona y el Derecho Administrativo. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 7, n. 29, p. 11-35, jul./set. 2007.

GORDILLO, Augustín. *Tratado de Derecho Administrativo: la defensa del usuario y del administrado*. T. 2. 4ª ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. A efetivação do direito à saúde por uma Jurisdição-Serafim: limites e possibilidades. *Interesse Público*, ano 8, n. 38, jul./ago. 2006. p. 63-76. Porto Alegre: Notadez, 2008.

\_\_\_\_\_. Considerações preliminares sobre o direito administrativo brasileiro contemporâneo e seus pressupostos informativos. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 43-58, jan./mar. 2003.

\_\_\_\_\_. 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.

MAFRA FILHO, Francisco de Salles Almeida. Administração Pública Burocrática e Gerencial. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 5, n. 55, p. 6121-6129, set. 2005.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo moderno*. 10ª ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. *O direito administrativo em evolução*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2008.

MILANEZ, Daniela. O direito à saúde: uma análise comparativa da intervenção judicial. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 237, p. 197-221, jul./set. 2004.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

\_\_\_\_\_. O direito da saúde! In SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *A saúde sob os cuidados do direito*. Passo Fundo: UPF, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novo referencial no Direito Administrativo: do controle da vontade ao do resultado – a juridicização dos resultados na Administração Pública. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 6, n. 67, p. 7801-7810.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. Participação administrativa. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 5, n. 20, p. 167-194, abr./jun. 2005.

OLIVEIRA, Mariana Siqueira de Carvalho. *Fragments de discursos construídos a várias vozes: notas sobre democracia, participação social e Conselhos de Saúde*. In COSTA, Alexandre Bernardino; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de; DELDUQUE, Maria Célia; OLIVEIRA, Mariana Siqueira de Carvalho; DALLARI, Sueli Gandolfi (orgs.). *O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde*, p. 167-178. Brasília: CEAD/UnB, 2009.

PESSOA, Robertônio Santos. Constitucionalismo, Estado e direito administrativo no Brasil. *Interesse Público*. Ano 11, n. 53, p. 151-180, jan./fev. de 2009. Belo Horizonte: Editora Forum.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo, política e administração pública: dilemas a serem enfrentados. *Interesse Público*. Ano 8, n. 39, p. 43-54, set./out. 2006.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Democracia, Constituição e Administração Pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Ano 2, n. 9, p. 91- 102, 2002.

RUARO, Regina Linden. Reforma administrativa e a consolidação da esfera pública brasileira: o caso do orçamento participativo no Rio Grande do Sul. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano 5, n. 19, p. 81-102, mai./jun. 2003.

SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia – tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente – contra o desperdício da experiência*. 2ª ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

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

\_\_\_\_\_. Os direitos fundamentais sociais como cláusulas pétreas. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano 5, n. 17, p. 56-74, jan./fev. 2003.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *A participação popular na administração pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. Vigilância epidemiológica e direitos constitucionais. *Revista de Direito Sanitário*, v. 3, n. 2, p. 90-106, jul. 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. V. 3: os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Diálogo institucional como pressuposto da efetividade constitucional. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, ano 6, n. 23, p. 189-206, jan./mar. 2006.

WEBER, Max. A política como vocação. In \_\_\_\_\_. *Ensaio de sociologia política*. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1963.

\_\_\_\_\_. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. 3ª ed. Brasília: UnB, 1994.